

SÉRIE PROFESSOR EDVALDO BRITO

# Estudos sobre jurisdição constitucional comparada I

Edvaldo Brito  
Organizador



Este livro é produto de pesquisas orientadas pelo Prof. Dr. Edvaldo Brito, notadamente no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA), onde leciona a disciplina Jurisdição Constitucional Comparada e Novos Direitos há mais de 15 anos. Tem como objetivo questionar a natureza de poder do Judiciário brasileiro, além da sua legitimidade em face da comparação da escolha dos seus integrantes com a escolha dos membros dos outros dois poderes e do estudo comparativo de Direitos nessa especialidade. É necessário saber o que se considera como poderes do Estado para os efeitos de ser parte em conflito de competência em face do exercício da jurisdição constitucional. Espera-se, com essa pesquisa conjunta, contribuir para a delimitação do conflito no ordenamento jurídico brasileiro, oferecendo solução em favor do equilíbrio entre os poderes diante da repercussão desse conflito na efetividade dos princípios democrático e republicano.

Antonio Ali Brito  
Carlos Lima Cavalcanti Neto  
Carlos Ramos  
Daniela Lima de Andrade Borges  
Dermeval Rocha da Silva Filho  
Edvaldo Brito  
Ingrid Radel Ribeiro  
Josiane Minardi  
Luana Costa de Senna  
Marcus Vinicius Leal Gonçalves  
Sêmada Paranhos Freitas

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

REITOR

*Paulo Cesar Miguez de Oliveira*

VICE-REITOR

*Penildon Silva Filho*



EDITORA DA UNIVERSIDADE  
FEDERAL DA BAHIA

DIRETORA

*Susane Santos Barros*

CONSELHO EDITORIAL

*Angelo Szaniecki Perret Serpa*

*Caiuby Alves da Costa*

*Cleise Furtado Mendes*

*Evelina de Carvalho Sá Hoisel*

*Maria do Carmo Soares de Freitas*

*Maria Vidal de Negreiros Camarg*

SUPLENTES

*George Mascarenhas de Oliveira*

*José Amarante Santos Sobrinho*

*Mônica de Oliveira Nunes de Torrenté*

*Monica Neves Aguiar da Silva*

*Paola Berenstein Jacques*

*Rafael Moreira Siqueira*

Apoio:

Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFBA)

Proap/Capes

Edvaldo Brito  
Organizador

# **Estudos sobre jurisdição constitucional comparada I**

Salvador  
Edufba  
2024

2024, autores.

Direitos para esta edição cedidos à Edufba.

Feito o Depósito Legal.

*Grafia atualizada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, em vigor no Brasil desde 2009.*

COORDENAÇÃO EDITORIAL

*Cristovão Mascarenhas*

COORDENAÇÃO GRÁFICA

*Edson Nascimento Sales*

ASSISTENTE EDITORIAL

*Bianca Rodrigues de Oliveira*

CAPA E PROJETO GRÁFICO

*Gabriela Nascimento*

EDITORIAÇÃO

*Zeta Studio*

REVISÃO

*Discovery*

NORMALIZAÇÃO

*Maíra de Souza Lima*

Sistema Universitário de Bibliotecas – UFBA

---

Estudos sobre jurisdição constitucional comparada I / Edvaldo Brito,  
organizador. - Salvador: EDUFBA, 2024.  
6,3 MB [PDF] ; (Professor Edvaldo Brito).

Acesso em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/39277>

ISBN: 978-65-5630-602-5

1. Direito constitucional. 2. Jurisdição constitucional. 3. Direito comparado. 4. Controle de constitucionalidade. I. Brito, Edvaldo.

CDD – 342.023

---

Elaborada por Jamilli Quaresma CRB-5: BA-001608

EDITORA AFILIADA À



**Edufba**

Rua Barão de Jeremoabo, s/n, *campus* de Ondina  
Salvador - Bahia CEP 40170-115 Tel: +55 (71) 3283-6164  
[www.edufba.ufba.br](http://www.edufba.ufba.br) | [edufba@ufba.br](mailto:edufba@ufba.br)

# SUMÁRIO

**Introdução ... 7**

**Poder judicial norte-americano: distinções com o Brasil ... 9**

*Antonio Ali Brito*

**Legitimidade da iniciativa do Congresso Nacional para alterar as competências de jurisdição constitucional ... 41**

*Carlos Lima Cavalcanti Neto*

**As tentativas de objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis no Brasil: um estudo comparativo do precedent norte-americano e do precedente brasileiro ... 96**

*Daniela Lima de Andrade Borges*

**Mesocomparação entre o Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte norte-americana e as Cortes Constitucionais europeias (Itália, Portugal, Espanha, Alemanha, França e Áustria) ... 134**

*Dermeval Rocha da Silva Filho*

**Controle de constitucionalidade nos estados-membros da Federação brasileira: normas de reprodução e normas de imitação ... 195**

*Ingrid Radel Ribeiro*

**A inalterabilidade da cobrança judicial do crédito tributário à luz da Constituição de 1988: efetivação do Estatuto do Contribuinte ... 233**

*Josiane Minardi*

*Carlos Ramos*

*Antonio Ali Brito*

**A função contramajoritária das cortes constitucionais no direito comparado ... 262**

*Luana Costa de Senna*

**Conceito de jurisdição constitucional e de jurisdição constitucional comparada ... 291**

*Marcus Vinicius Leal Gonçalves*

**Agrupamento de jurisdições constitucionais: abordagens micro, macro e mesocomparadas: Estados Unidos da América, Inglaterra, Itália, Portugal, Espanha, França, Alemanha, Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Índia e Japão ... 328**

*Sêmada Paranhos Freitas*

**Sobre os autores ... 352**



# INTRODUÇÃO

As atividades da universidade consistem em ensino, pesquisa e extensão, as quais tanto podem estar sendo exercidas de modo isolado como coletivo.

O nível de ensino em pós-graduação integra, especialmente, a pesquisa.

Formei um grupo para esta atividade, com os meus alunos da disciplina DIRA 03 – Jurisdição Constitucional Comparada e Novos Direitos, com o propósito de orientá-los na organização de artigos que reflitam a técnica de investigação de cada um sobre temas que constituem o conteúdo programático da disciplina.

Há muita perplexidade em relação ao funcionamento da Suprema Corte de Justiça brasileira, objeto de comparação com a de outros Estados, quando se busca igualdade onde não existe.

Veja-se, de logo, que o controle de constitucionalidade, no Brasil, pode ser feito desde o embrião de uma norma, no processo do seu fazimento, mas a declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade, embora seja espécie desse gênero controle, é uma função, exclusivamente, do Poder Judiciário e, na peculiaridade brasileira, é difusa, porque qualquer membro do Judiciário pode exercê-la, o que leva, então, à necessidade de classificá-la em duas espécies: abstrata e concreta.

Declaração *in abstracto* é resultado do controle exercido mediante processo objetivo, cuja finalidade ou é a solução de um conflito entre a Constituição Federal e uma lei ou ato normativo federal ou estadual ou é a de um conflito entre a constituição de um estado-membro e leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual.

A declaração *incidenter tantum* resolve, no caso concreto, a dúvida sobre possível ofensa desses atos normativos a um direito subjetivo individual, por isso cabe apenas em processos dessa natureza, nos quais são identificadas as partes em litígio.

As repercussões dos trabalhos do grupo de pesquisa dessa disciplina que ministro decorrem do tema “O conflito entre Poderes do Estado e o exercício da jurisdição constitucional”, da linha de pesquisa Estado Democrático de Direito e Acesso à Justiça.

Questiona-se, nesse grupo, sobre a natureza de poder do Judiciário brasileiro; e sobre a sua legitimidade, em face da comparação da escolha dos seus integrantes com a escolha dos membros dos outros dois Poderes e da comparação com o *recall* norte-americano e com o contencioso administrativo da França.

É necessário saber o que se considera como Poderes do Estado para os efeitos de ser parte em conflito de competência, em face do exercício da jurisdição constitucional.

Espera-se, com esse grupo, contribuir para a delimitação do conflito no ordenamento jurídico brasileiro, oferecendo solução em favor do equilíbrio entre os Poderes diante da repercussão desse conflito na efetividade dos princípios democrático e republicano.

Disso resultaram nove estudos, que investigam a jurisdição constitucional brasileira, norte-americana, alemã, italiana, portuguesa, espanhola, austríaca e francesa, dentre outras, com propósito de abordagens micro, macro e mesocomparadas.

A publicação que a disciplina, por mim ministrada, oferece à leitura, preenche, assim, os objetivos de ensino e pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA).

A pesquisa continuará, a fim de abranger outros elementos constitutivos do tema.

Salvador, fevereiro de 2022.

Edvaldo Brito

# PODER JUDICIAL NORTE-AMERICANO: DISTINÇÕES COM O BRASIL<sup>1</sup>

*Antonio Ali Brito*

## Introdução

É histórica a discussão doutrinária sobre a influência do sistema judicial norte-americano no sistema respectivo brasileiro. Necessário se faz, desse modo, enfrentar o tema com originalidade, sem, entretanto, deixar de lado a profundidade, inclusive embasada por referências pertinentes ao tema.

O presente capítulo busca, assim, examinar o sistema judicial dos Estados Unidos da América do Norte, perpassando pela sua idealização nas discussões anteriores à promulgação da Constituição americana de 1787 e pela estruturação do Poder Judiciário no país; além do aspecto funcional, expresso na análise dos métodos de atuação judicial dos magistrados, inclusive por meio do exame do *judicial power*, objeto deste trabalho, que tem como derivações o *judicial review* e o *stare decisis*, conceitos que serão abordados posteriormente, de forma pormenorizada.

Partindo dessa premissa, é realizada uma análise comparativa com o Poder Judiciário brasileiro, abrangendo, inclusive, a atuação do juiz no caso concreto.

.....  
1 O autor declara responsabilidade pela revisão dos trechos e palavras em língua estrangeira contidos neste capítulo.

Assim, estaremos diante da realização da macrocomparação, que é a comparação entre sistemas, agrupamentos e famílias de direito<sup>23</sup>, já que se propõe a fazer uma análise das famílias do *common law* e do *civil law*; da mesocomparação, aquela realizada entre ramos do direito, porquanto se estará examinando interfaces do direito constitucional e processual dos Estados Unidos e do Brasil<sup>4</sup>; além da microcomparação, na medida em que se analisam institutos jurídicos afins – por exemplo, os precedentes judiciais – em ordens jurídicas distintas (Brasil e Estados Unidos da América).<sup>5</sup> Destarte, ao abordar sobre o caso do sistema jurídico brasileiro, também se investigará em que medida este fora influenciado pelo direito norte-americano, notadamente nos métodos de atuação judicial, a partir da análise de elementos como a eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), os seus efeitos vinculantes e a súmula vinculante.

## **Os ideais federalistas: formação institucional dos Estados Unidos da América**

Antes de adentrar na efetiva análise da estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos, é necessário compreender as bases teóricas que o formaram.

- 2 DAVID, R. *Le droit comparé droits d'hier, droits de demain*. Paris: Economica, 1982. p. 110.
- 3 ANCEL, M. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980. p. 66-67.
- 4 SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 148.
- 5 ALMEIDA, C. F. de. *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p. 7.

Não são poucos os que conhecem a obra de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, o famoso *The Federalist Papers*<sup>6</sup>, que retrata as discussões sobre a criação de um sistema federativo – por sinal, único no mundo – no qual os Poderes não são concentrados na União, mas distribuídos aos estados-membros que, por meio da fiscalização desta primeira, mantêm-se coesos e harmônicos. É o que se convencionou chamar de “Federação Centrífuga”.

Assim, percebe-se que as discussões que revolveram o contexto da criação do federalismo americano foram travadas com a finalidade de idealizar uma forma de Estado que pudesse contrapor o legado das antigas colônias, cuja desunião havia resultado em conflitos significantes, à exemplo da Guerra de Secessão.

Sustentaram que a Confederação, até então existente, não seria suficiente para preservar a União, de modo a ser esta última incapaz de impor sua autoridade legislativa diante de possíveis disputas entre estados, a partir de leis que mais se assimilariam a “recomendações” que os entes federados poderiam observar por mera conveniência, em razão de sua supremacia.

Assim, conceberam que a União, naquela ordem constitucional então elaborada, deveria funcionar como um ente que admitisse a autonomia e a autoridade dos estados no cumprimento das atribuições que lhe fossem competidas constitucionalmente, mas que exercesse também uma função conformadora no funcionamento das instituições públicas americanas (a partir da Constituição e das leis federais), bem como a de preservação do vínculo harmônico entre os demais entes federados<sup>7</sup>.

6 HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003.

7 “The great and radical vice in the construction of the existing Confederation is in the principle of LEGISLATION for STATES or GOVERNMENTS, in their CORPORATE or COLLECTIVE CAPACITIES, and as contradistinguished from the INDIVIDUALS of which they consist. Though this principle does not run through all the powers delegated to the Union, yet it pervades and governs those on which the efficacy of the rest

No mesmo sentido, pensou-se a formação de um Judiciário que funcionasse com base nesses ideais federalistas, com a preocupação de respeitar a cogência da normatização de cada estado, sobretudo nos casos que envolvessem conflitos interestatais, observando a convicção da igualdade de privilégios e imunidades entre todos os cidadãos americanos<sup>8</sup>.

E assim o é, na medida em que, quando dos debates acerca da forma republicana de governo, defendia-se que a gerência da coisa pública, exercida em favor do povo nos Três Poderes da República, não fosse dada no chamado plano nacional, que privilegiaria a atuação da União, mas, sim, por meio do sistema federal, de modo a dar as condições para que os estados também trabalhassem diretamente na manutenção da ordem social<sup>9</sup>.

---

depends. Except as to the rule of appointment, the United States has an indefinite discretion to make requisitions for men and money; but they have no authority to raise either, by regulations extending to the individual citizens of America. The consequence of this is, that though in theory their resolutions concerning those objects are laws, constitutionally binding on the members of the Union, yet in practice they are mere recommendations which the States observe or disregard at their option. It is a singular instance of the capriciousness of the human mind, that after all the admonitions we have had from experience on this head, there should still be found men who object to the new Constitution, for deviating from a principle which has been found the bane of the old, and which is in itself evidently incompatible with the idea of GOVERNMENT; a principle, in short, which, if it is to be executed at all, must substitute the violent and sanguinary agency of the sword to the mild influence of the magistracy" (Hamilton; Madison; Jay, 2003, p. 103-104).

- 8 "It may be esteemed the basis of the Union, that 'the citizens of each State shall be entitled to all the privileges and immunities of citizens of the several States.' And if it be a just principle that every government OUGHT TO POSSESS THE MEANS OF EXECUTING ITS OWN PROVISIONS BY ITS OWN AUTHORITY, it will follow, that in order to the inviolable maintenance of that equality of privileges and immunities to which the citizens of the Union will be entitled, the national judiciary ought to preside in all cases in which one State or its citizens are opposed to another State or its citizens. To secure the full effect of so fundamental a provision against all evasion and subterfuge, it is necessary that its construction should be committed to that tribunal which, having no local attachments, will be likely to be impartial between the different States and their citizens, and which, owing its official existence to the Union, will never be likely to feel any bias inauspicious to the principles on which it is founded" (Hamilton; Madison; Jay, 2003, p. 476-477).
- 9 "That it will be a federal and not a national act, as these terms are understood by the objectors; the act of the people, as forming so many independent States, not

O que se verá a seguir é a concreção dessas discussões na estruturação de um Poder Judiciário que refletisse os ideais federativos e republicanos, pensados, originalmente, para o contexto norte-americano – sem importações.

## **Estrutura do poder judiciário nos EUA**

O Poder Judiciário dos Estados Unidos da América é composto de peculiar estrutura, refletindo a forma federativa daquele país. É dividido em algumas esferas, que serão, a seguir, estudadas.

### **Esfera federal**

A esfera federal do Poder Judiciário americano é organizada a partir do artigo III da Constituição dos Estados Unidos da América, que dispõe sobre a estruturação do Poder Judiciário federal em três instâncias de jurisdição.

---

as forming one aggregate nation, is obvious from this single consideration, that it is to result neither from the decision of a MAJORITY of the people of the Union, nor from that of a MAJORITY of the States. It must result from the UNANIMOUS assent of the several States that are parties to it, differing no otherwise from their ordinary assent than in its being expressed, not by the legislative authority, but by that of the people themselves. Were the people regarded in this transaction as forming one nation, the will of the majority of the whole people of the United States would bind the minority, in the same manner as the majority in each State must bind the minority; and the will of the majority must be determined either by a comparison of the individual votes, or by considering the will of the majority of the States as evidence of the will of a majority of the people of the United States. Neither of these rules have been adopted. Each State, in ratifying the Constitution, is considered as a sovereign body, independent of all others, and only to be bound by its own voluntary act. In this relation, then, the new Constitution will, if established, be a FEDERAL, and not a NATIONAL constitution" (Hamilton; Madison; Jay, 2003, p. 239-240).

## *Cortes distritais*

Responsáveis pela prestação jurisdicional de competência federal, em 1ª instância, correspondente aos 94 distritos judiciais, estabelecidos pelo Congresso americano, em uma divisão geográfica que varia de acordo com a abrangência territorial de cada local específico que se busca tutelar.

São órgãos julgadores de causas gerais (tanto civis como criminais), e podem decidir o caso com base na lei, na equidade e nas normas marítimas, portanto, as cortes distritais acumulam as competências de corte de direito (*court of law*), corte de equidade (*court of equity*) e corte marítima (*court of admiralty*).

## *Cortes de apelação ou cortes de circuito*

Responsáveis pela prestação jurisdicional de competência federal, em 2ª instância. A abrangência territorial de cada uma das cortes de apelação é dividida a partir de 13 circuitos judiciais, correspondentes a regiões geográficas do território americano, comparáveis aos tribunais regionais federais no Brasil.

Não têm competência originária, somente podem apreciar casos por via de apelação das decisões das cortes distritais que correspondem ao território respectivo de cada um dos circuitos, com exceção de um, porque, dentre os 13 circuitos, este um excepciona a apelação com base em critérios territoriais.

É o denominado “Circuito Federal” (Federal Circuit), que aprecia apenas questões oriundas de tribunais específicos e tem competência para julgar matérias determinadas, como cortes que julgam os casos relacionados a veteranos do Exército americano; cortes que julgam apenas casos de reclamação de ordem monetária contra o governo americano (uma espécie de Fazenda Nacional); e cortes que julgam apenas litígios oriundos do comércio internacional, além das apelações oriundas de agências governamentais.



## *Suprema Corte dos Estados Unidos*

É a última instância do Poder Judiciário dos Estados Unidos. Tem competência originária para julgar casos de conflitos entre dois ou mais estados-membros da Federação (título 28, § 1251-a: Código de Leis dos Estados Unidos) e litígios que envolvam um cônsul, um embaixador ou um ministro americano (artigo III, seção 2 da Constituição dos EUA). Exerce competência recursal para julgar apelações das cortes de apelação ou de cortes estaduais, nos casos em que haja incidência de norma constitucional e/ou lei federal, exercendo o seu poder de aplicar o *judicial review*.

## Esfera estadual

O ordenamento jurídico de cada estado-membro da Federação define as instâncias da estrutura do Poder Judiciário correspondente ao estado em particular, como a existência de uma suprema corte de cada estado, a separação de competências territoriais, materiais, além do percurso do processo de eventuais apelações das decisões dos órgãos estaduais.

A título exemplificativo, assinale-se que, nos estados de Delaware, Mississippi, New Jersey e Tennessee, é feita uma distinção entre cortes de direito e cortes de equidade, enquanto no Texas e em Oklahoma são divididas entre as que julgam matérias criminais e as que julgam matérias civis.

## **O poder judicial (*judicial power*) norte-americano**

A melhor compreensão do tema exige a apresentação de três conceitos iniciais: poder judicial (*judicial power*), jurisdição (*jurisdiction*) e *common law*.

- a) É do *justice* da Suprema Corte americana, Samuel Miller, o conceito de *judicial power*, também mencionado no artigo III da Constituição americana, como “[...] o poder, atribuído a uma corte, de decidir e pronunciar um julgamento, dando-lhe efeito entre pessoas e partes que o submeteram a esta apreciação judicial”<sup>10 11</sup>.
- b) O segundo conceito, o de jurisdição, é fornecido por meio do julgamento do caso *Williams vs. United States* (1933), cuja opinião da corte foi escrita pelo *justice* George Sutherland; além do caso *Yakus vs. United States* (1944), especificamente por meio do voto de discordância do *justice* Wiley Rutledge. Em ambos, entenderam a jurisdição como um pré-requisito, uma aptidão, uma autoridade para o exercício do *judicial power* no caso concreto.
- c) Todos esses dois atributos devem ser compreendidos no contexto da família da *common law* (anglo-americano), bem definido pelo *justice* Antonin Scalia como a família em que se “aprende a lei, não pela leitura da legislação promulgada ou o tratado que a sumariou, mas, sim, pelo estudo das interpretações judiciais que a criaram no caso concreto”<sup>12</sup>. Assim, são extraídas duas funções dos magistrados nessa família de direito, segundo nos informa Scalia: c.1) a aplicação da lei aos fatos; c.2) a formação de leis a partir dessas aplicações efetuadas nos julgamentos.

10 “[...] the power of a court to decide and pronounce a judgment and carry it into effect between persons and parties who bring a case before it for decision”. MILLER, S. *Lectures on the Constitution of the United States*. New York: Banks and Brothers, 1891. p. 314, tradução nossa.

11 No mesmo sentido, a Suprema Corte afirmou, no caso *Osborn vs. Bank of the United States* (1824), que o “judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge, always for the purpose of giving effect to the will of the legislature; or, in other words, to the will of the law” (Miller, 1891, p. 314).

12 “learns the law, not by reading statutes that promulgate it or treatises that interpret it, but rather by studying the judicial opinions that invented it”. SCALIA, A. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 2018. p. 4, tradução nossa.

Assim entendidas as noções basilares, partimos, então, para as duas derivações do *judicial power* americano: a) o poder de criar precedentes; b) o poder de realizar o *judicial review*, modalidade difusa do controle de constitucionalidade.

## Precedentes judiciais nos EUA

As cortes americanas, por força da doutrina do *stare decisis*, consideram, ao julgar uma causa, decisões judiciais anteriores que se referem a temas semelhantes ao do caso posto em juízo. Essas decisões são denominadas de “precedentes”.

### Classificação dos precedentes quanto ao seu grau hierárquico

Os precedentes podem encontrar algumas distinções quanto ao seu grau hierárquico, conforme se verá a seguir.

#### *Stare decisis vertical*

As cortes devem, em regra, obedecer aos precedentes advindos de tribunais superiores, hierarquicamente, em correspondência à estrutura jurisdicional de sua respectiva esfera (estadual ou federal). Na esfera federal, por exemplo, as cortes distritais devem seguir os precedentes das cortes de apelação e da Suprema Corte, assim como as cortes de apelação devem seguir os precedentes da Suprema Corte.

Todas as cortes (independentemente de sua esfera) devem obedecer aos precedentes advindos da Suprema Corte americana.

## *Stare decisis horizontal*

Em regra, as cortes também devem obedecer aos seus próprios precedentes, além de poderem (ver item 5.2.2) observar precedentes de outros tribunais em igual patamar hierárquico.

## Classificação dos precedentes quanto à sua vinculação

Os precedentes podem, também, encontrar distinções quanto ao seu grau de vinculação, conforme se verá a seguir.

### *Precedentes obrigatórios (binding precedents)*

São os casos em que uma corte fica vinculada a obedecer a decisões judiciais anteriores, proferidas por ela mesma ou por um tribunal superior hierarquicamente (item 5.1), que apresentem semelhança com as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas no caso em questão. Esse “juízo de semelhança” será realizado pelo próprio tribunal, o que traz à tona a discussão sobre a efetividade do caráter vinculante desses precedentes obrigatórios.

### *Precedentes persuasivos (persuasive precedents)*

É a hipótese em que um precedente judicial não é vinculante na apreciação de um caso, mas pode, no entanto, ser levado em consideração pelo juiz do caso concreto ao proferir uma decisão, sem qualquer obrigatoriedade em relação a este. São exemplos de precedentes persuasivos: decisões judiciais oriundas de cortes inferiores hierarquicamente; de cortes com competência para julgar matérias específicas, distintas do caso concreto, como as citadas cortes para os casos envolvendo os veteranos, ou as que envolvem questões de comércio internacional; e de cortes com competência territorial distinta (diferentes circuitos no caso das cortes de apelação, por exemplo).

## Superação (*overruling*) de precedentes

O clássico Louis Brandeis, *justice* da Suprema Corte americana, fez, no caso *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.* (1932), considerações no sentido de que as cortes devem se curvar às lições de experiência e à força do melhor senso de razão. A adesão absoluta ao precedente ameaçaria, assim, minar o sentido principal do *stare decisis*: assegurar decisões judiciais precisas que apliquem fielmente os princípios legais corretos<sup>13</sup>.

Nesse sentido, se houver, por parte da corte, uma “justificativa especial” e relevante, ela poderá superar um precedente judicial, ainda que obrigatório. Ainda há de se lembrar do *overriding*, hipótese em que somente parte do precedente pode ser sobrelevado. Haveria, nesse caso, uma superação parcial do precedente.

Para construir as referidas justificativas, as cortes podem levar em consideração os seguintes fatores, sem prejuízo de outros<sup>14</sup>:

- a) A “não aptidão” dos precedentes para que possam ser trabalhados, apresentando inconsistências na aplicação atual, falta de clareza, vagueza, incerteza e dificuldade em sua implementação.
- b) A confiança do litigante no sentido de que suas expectativas de continuidade da aplicação da lei sejam cumpridas. Trata-se, assim, de uma forma de conservar a segurança jurídica, uma

.....

13 “But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions. The Court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error, so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function. The reasons why this Court should refuse to follow an earlier constitutional decision which it deems erroneous are particularly strong where the question presented is one of applying, as distinguished from what may accurately be called interpreting, the Constitution. In the cases which now come before us there is seldom any dispute as to the interpretation of any provision. The controversy is usually over the application to existing conditions of some well-recognized constitutional limitation” (Scalia, 2018, p. 314).

14 WALKER JR., J. M. The role of precedent in the United States: how do precedents lose their binding effect? *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, Stanford, CA, 26 Feb. 2016.

vez que, se o jurisdicionado comete determinado ato estando resguardado por um direito subjetivo, não poderia esse direito ser anulado pela corte em uma decisão posterior (no caso *Casey vs. Planet Parenthood*, por exemplo, a Suprema Corte decidiu pela manutenção do direito ao aborto em casos específicos, já abordado no célebre precedente *Roe vs. Wade*, não frustrando a expectativa do litigante de manter seu direito).

- c) Casos subsequentes em que tenham levado a interpretação dos tribunais em outra direção, tornando o precedente antigo em uma prática anacrônica da sociedade, ou uma doutrina “abandonada” (o caso *Lawrence vs. Texas*, por exemplo, declarando inconstitucional a proibição de práticas homossexuais, superando o precedente do caso *Bowers vs. Hardwick*).
- d) A legitimidade da corte frente ao povo, de modo que este não deixe de acreditar na sua boa-fé ao julgar um caso.

### Distinção (*distinguishing*)

As cortes americanas podem, na análise de um precedente (o tal “juízo de semelhança” entre o precedente e o caso em juízo), identificar que a determinação judicial ou o raciocínio jurídico contido na decisão anteriormente analisada poderá, eventualmente, ser diferente do caso presente, em razão de circunstâncias fático-jurídicas específicas de cada processo. Assim, o precedente poderá não ser aplicado. Examine-se, assim, um exemplo do conceito exposto.

O caso *Balfour vs. Balfour* (1919), distinguido no caso *Merrit vs. Merrit* (1970), por exemplo: em ambos, houve alegações da quebra de acordos informais realizados entre marido e mulher. Nas duas situações, teve de ser examinada a aplicação da doutrina do *intention to create legal relations*, segundo a qual a corte pode forçar o cumprimento desses acordos – às vezes, até informais – se as partes

comprovadamente o celebraram com a vontade de fazê-lo passível de ser executado na via judicial.

Em *Balfour vs. Balfour*, foi criado um precedente no sentido de que, em não havendo evidências da “intenção de criar relações jurídicas”, o acordo não poderia ser vinculante, nem, portanto, executado.

Anos depois, porém, ao examinar *Merrit vs. Merrit*, a corte distinguiu este último caso do precedente anterior (*Balfour*), arguindo que, no plano fático, as circunstâncias do acordo no caso posterior foram diferentes, pois o marido e mulher não mais viviam juntos, nem mantinham relações quando o celebraram por escrito.

Por isso, não poderia ser aplicado o precedente de *Balfour vs. Balfour*, pois, neste, o casal se relacionava como tal, e, portanto, o seu acordo seria interpretado como um combinado familiar informal. Assim, houve uma distinção, *distinguishing*<sup>15</sup>.

## Precedentes e *acts*

Fixadas as premissas teóricas que permitem compreender a sistemática dos precedentes, passemos, então, a estudar a sua relação com os *acts*.

### Aplicação e relação dos precedentes com os *acts*

Os *acts* são as leis votadas pelo Congresso americano e sancionadas pelo presidente dos Estados Unidos da América, seguindo a simetria em relação aos estados e municípios, pois, estes últimos, embora não sejam entes da Federação nos EUA, têm as suas leis votadas no *city council* (conselho municipal, em tradução livre, comparável às câmaras municipais no Brasil).

.....  
15 Os exemplos dados anteriormente são casos de referência da Corte de Apelação britânica, mas podem ser utilizados no âmbito norte-americano, por conta da abrangência do *common law*.

Portanto, os precedentes são decisões judiciais prévias, que são observadas pelas cortes americanas em razão de sua similaridade com o caso concreto posto em juízo. A vinculação dos precedentes “vigentes” em relação aos Poderes Legislativo e Executivo é controversa e atribuída de grande indefinição, na medida em que:

- a) Toca no problema do *ativismo judicial*<sup>16</sup>, pois uma interpretação legal da Suprema Corte pode ser revertida por uma nova lei do Congresso, contrariando o seu sentido, a qual, por sua vez, pode ser novamente revertida pela Suprema Corte com base no precedente anterior, e assim sucessivamente<sup>17</sup>.
- b) O precedente é oriundo de decisão judicial, que faz direito no caso concreto. A depender de qual seja a *ratio* adotada pela Suprema Corte no precedente, o tal “juízo de semelhança” em relação ao caso atual poderia ser manipulado arbitrariamente pelo Executivo ou Legislativo para se eximir de cumprir o precedente.

Assim, a execução desse precedente contrariado ficaria dependente de uma nova judicialização do ato específico que o desacolheu, para que fique a critério da corte aplicar o precedente negado, se entender

.....

16 Adota-se, nesse sentido, a posição do professor Eros Roberto Grau: “Cogitando da liberdade do juiz de exprimir sua vontade, Michel Troper [...] exorciza a confusão entre livre arbítrio e liberdade em sentido jurídico. Quando dizemos que uma autoridade judicial é livre não desejamos afirmar que ela se subtrai a quaisquer determinismos. Pois entendemos por ‘liberdade’ não uma situação privada de determinação, mas apenas uma liberdade ‘jurídica’. Ora, precisamente porque a interpretação é juridicamente livre, podemos compreender que ela está sujeita a um determinismo. Uma teoria que admita a interpretação consiste em descobrir um sentido já existente no texto não pode indagar senão o que o intérprete deve fazer, e se proíbe de explicar o que ele realmente faz. Afastando-me da linha de exposição de Troper, devo apontar a circunstância de que o intérprete está sujeito a inúmeras determinismos, o mais relevante dos quais é o determinismo do texto do direito, todo ele. De outra banda, o fato de o descobrimento do sentido já existente no texto não importar conversão da interpretação em mero ato de conhecimento”. GRAU, E. R. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 93.

17 CHRISTIANSEN, M. R.; ESKRIDGE JR., W. N. Congressional overrides of Supreme Court statutory interpretation decisions, 1967-2011. *Texas Law Review*, Austin, v. 92, p. 1317-1515, 2014.



que é similar ao caso concreto posto em juízo. Essa situação de *insegurança* pode ser ilustrada a partir do registro do caso concreto, a seguir analisado.

## Um exemplo de repercussão prática

A Suprema Corte americana decidiu, em 1954 (*Brown vs. Board of Education of Topeka*), um de seus mais célebres e festejados casos, pelo fim da segregação racial nas instituições públicas de ensino do país, superando o precedente do caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), que declarou constitucional a doutrina do *separate but equal*, “separados, mas iguais” (tradução livre).

O senador Harry F. Byrd, da Virginia, em 1956, discordando da decisão, organizou um movimento que, dentre as medidas tomadas, impediu o repasse de recursos às instituições de ensino que promovessem a integração racial – que só foi totalmente atingida no estado em 1980. No mesmo ano de 1956, 101 congressistas emitiram um manifesto contrário à decisão, arguindo a usurpação de poder por parte do Judiciário. Em 1957, o governador do Arkansas, Orval Faubus, bloqueou a entrada de estudantes negros na Little Rock High School, o que motivou o presidente Dwight D. Eisenhower a mandar as tropas americanas para o estado, a fim de forçar o cumprimento da decisão da Suprema Corte.

Também em 1957, a Legislatura Estadual da Flórida declarou, arbitrariamente, a decisão da Suprema Corte como nula, por meio de uma *interposition resolution*. Ainda assim, o governador Thomas LeRoy Collins recusou-se a assinar a resolução, mesmo sendo contra a decisão da Suprema Corte, afirmando que deveria esta ser derrubada por meio de uma lei aprovada, e não por uma resolução, como era o caso.

Em 1963, o governador George Wallace, do Alabama, bloqueou, pessoalmente, a porta do auditório de uma universidade para impedir a entrada de dois estudantes negros.

A resposta veio dos presidentes John F. Kennedy e Lyndon B. Johnson, com a assinatura do Civil Rights Act (Lei dos Direitos Civis – 1964) e do Voting Rights Act (Lei dos Direitos de Voto – 1967), para dar suporte legal à decisão da Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education*.

Como se vê, o problema do *judicial power* norte-americano não é tão simples para ser objeto de adoção brasileira, sob o falso entendimento de que se estaria fazendo direito comparado.

## **O *judicial review***

É de conhecimento geral a famosa decisão proferida pelo *chief justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, julgado no ano de 1803.

Trata-se, como cediço, de uma construção pretoriana, na qual se instituiu, nos Estados Unidos, o *judicial review*, definido como o poder de declarar uma lei como inconstitucional a todos os juízes daquele país – daí a ideia de um controle difuso – na medida em que “a Constituição delega todo o Poder Judiciário dos Estados Unidos a um Supremo Tribunal e tantos tribunais inferiores quantos o Congresso, de quando em quando, decretar e estabelecer”, tendo em vista que “se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso em que ambas se aplicam”<sup>18</sup>.

A despeito de tal medida não ter previsão na Constituição daquele país, tem, sim, fundamento nas convicções daqueles que também a idealizaram. Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, nas mencionadas discussões que ensejaram a produção da já referida fundamental obra *O federalista (The Federalist Papers)*, prelecionavam, no contexto de ideias

.....  
18 MARSHALL, J. *Decisões constitucionales de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903. p. 22, 26.

que fundariam a Constituição americana, que a autoridade proposta para a Suprema Corte dos Estados Unidos, idealizada como um órgão separado e independente, seria superior à do Legislativo. Ao admitir que os juízes teriam o poder de interpretar as leis segundo o espírito da Constituição, que deveria servir de base a estas primeiras, reconheceu que todas as vezes em que houver uma oposição evidente entre ambas, as leis devem ceder diante da Carta Magna<sup>19</sup>.

Além disso, cabe salientar que o artigo VI da própria Constituição americana a prevê como a “lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”.

Interessante notar que a nobreza dessas ideias se confronta com a frigidéz dos fatos que revolviam aquela época, bastando se recordar que James Madison, um dos mencionados autores dessa percuciente obra, fora a pessoa em face de quem se pediu o *writ of mandamus*<sup>20</sup> no caso em comento, vindo daí o “Madison” na nomenclatura daquela disputa.

.....

19 “The authority of the proposed Supreme Court of the United States, which is to be a separate and independent body, will be superior to that of the legislature. The power of construing the laws according to the SPIRIT of the Constitution, will enable that court to mould them into whatever shape it may think proper; especially as its decisions will not be in any manner subject to the revision or correction of the legislative body. Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental. [...] In the first place, there is not a syllable in the plan under consideration which DIRECTLY empowers the national courts to construe the laws according to the spirit of the Constitution, or which gives them any greater latitude in this respect than may be claimed by the courts of every State. I admit, however, that the Constitution ought to be the standard of construction for the laws, and that wherever there is an evident opposition, the laws ought to give place to the Constitution. But this doctrine is not deducible from any circumstance peculiar to the plan of the convention, but from the general theory of a limited Constitution; and as far as it is true, is equally applicable to most, if not to all the State governments” (Hamilton; Madison; Jay, 2003, p. 481).

20 Ordem emanada por uma corte para vincular uma autoridade estatal a realizar (ou deixar de realizar) determinado ato, de modo a implicar na obediência de um dever legal.

Tais fatos são de grande importância para a compreensão do caso, sobretudo pelo contexto político daquele tempo: é imprescindível lembrar que William Marbury fora nomeado juiz de paz do distrito de Colúmbia pelo então presidente dos Estados Unidos, John Adams, de modo a ter sua indicação aprovada pelo Senado daquele país.

Ocorre que, para a sua efetiva investidura no cargo, deveria ser entregue a Marbury uma certidão/diploma assinado pelo próprio John Marshall que, antes de ser nomeado *chief justice* da Suprema Corte, exercia o cargo de secretário de Estado no país e, portanto, tinha atribuição de assinar a certidão – o que fez – sem, entretanto, tê-la dado a Marbury, de modo a deixar a Secretaria de Estado e assumir a presidência da Suprema Corte sem entregá-lo o diploma de investidura.

No ano de 1801, Thomas Jefferson é empossado presidente dos Estados Unidos, sucedendo Adams, e, conforme já dito, indica James Madison para o cargo de secretário de Estado, sendo, portanto, o sucessor de Marshall naquela posição.

Como se tratava de dois governos diferentes e politicamente opostos, já que John Adams integrava o então Partido Federalista, e Thomas Jefferson pertencia ao então Partido Democrata-Republicano, essa divergência política fez com que James Madison se negasse a entregar o diploma de investidura a William Marbury.

Tal negação serviu de motivação para que este último viesse à Suprema Corte, pugnando que fosse determinada a entrega de seu diploma, por meio de um *writ of mandamus* contra um ato que, alegadamente, teria sido proferido por um “ministro público” (no caso, Madison).

Marshall, não obstante, estava atemorizado com a possibilidade de movimentos defendendo a marginalização da corte no cenário institucional do país, diante das repercussões políticas que sua decisão causaria, já que decidiria contrariamente aos interesses do Governo Jefferson e, ainda por cima, derrubaria, pela primeira vez, uma lei aprovada pelo Congresso. Mesmo assim, em ato de coragem, proferiu a sua celeberrima decisão.

Com efeito, invoca-se o pensamento instigante do também *justice* da Suprema Corte americana, John Paul Stevens, que faz considerações interessantes sobre o referido caso.

Malgrado tenha apontado, inicialmente, que o fato de Marshall ter sido o secretário de Estado que assinou a certidão de investidura o faria inapto a participar do julgamento daquele caso à luz da regulamentação americana atual, questionou a declaração de inconstitucionalidade de uma seção do artigo 13 do Judiciary Act de 1789, que possibilitava justamente a corte ordenar o *writ of mandamus* em casos que envolvessem a sua competência originária.

Assim, o *justice* Stevens controverteu a *ratio decidendi* de Marshall, argumentando que este último, ao invés de sustentar que Marbury não havia suscitado corretamente a competência originária da corte contra os atos de “ministros públicos” estrangeiros, que poderiam ser distinguidos do secretário de Estado americano, como era o caso de Madison, decidiu, entretanto, que Marbury somente poderia ter seu *writ* concedido se fosse arguido na Suprema Corte pela via recursal<sup>21</sup>.

.....

21 “He concluded that Marbury had a right to receive his commission, and that the Judiciary Act enacted by Congress intended to give the Supreme Court the authority to issue a writ of mandamus commanding Madison to deliver it. But then, and what might be described as a surprise ending, he concluded that the statute authorizing the Court to issue the writ was unconstitutional. The case is famous primarily for establishing the Court’s authority to declare an act of Congress unconstitutional. For me, the case has always been puzzling because I have never found satisfying Marshall’s explication of why the statute was unconstitutional. He quite correctly identified a distinction of constitutional magnitude between cases, like Marbury’s, that invoke the courts original jurisdiction – that is, its jurisdiction to hear cases filed for the first time in the Supreme Court – and those invoking its appellate jurisdiction to review cases that had first been filed in a lower court. Unless Marbruy’s suit properly invoked the Court’s original jurisdiction, the Court could not provide him with the remedy. While article III of the Constitution authorizes original Supreme Court jurisdiction over any action against ‘public Ministers’, Marshall might reasonably have construed that phrase to refer only to foreign ministers and not to the American secretary of state. But instead of holding that the court could not grant relief against Madison for that reason, Marshall stated that the Court could not issue a mandamus in Marbury’s case unless doing so could be characterized as an exercise of the Court’s appellate jurisdiction”. STEVENS, J. P. *Five chiefs: a Supreme Court memoir*. New York: Back Bay Books, 2012. p. 16-17.

Assim, questionou: por que o artigo 13 não seria perfeitamente válido nos casos em que a Suprema Corte teria, propriamente, competência originária para conceder o *writ* em um caso que verdadeiramente envolvesse o ato de um “ministro público” estrangeiro?

A despeito de tais considerações, não se nega a importância monumental dessa decisão, contribuindo efetivamente para a solidificação da jurisdição constitucional ao redor do mundo, inclusive no Brasil, conforme será posteriormente abordado, em abordagem envolvendo o direito comparado.

## O caso brasileiro

Utiliza-se aqui o direito comparado, na sua faceta de pesquisar e relacionar semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas, enquanto organizações jurídicas de determinada região.

Assim, busca-se conhecer cada ordenamento detalhadamente, confrontando entre eles, por meio da macrocomparação, analisando famílias de direito distintas (*common law* e *civil law*); da mesocomparação entre ramos do direito diferentes (como direito constitucional e processual, aqui analisados); e da microcomparação, na investigação de institutos específicos de cada ordem jurídica, a exemplo dos precedentes judiciais.

Analisa-se, assim, as diferenças e as analogias da estrutura e da disciplina reconhecíveis de cada um desses sistemas, de modo a conhecer, também, a contribuição que o direito comparado dá ao estudo do direito nacional, considerado na totalidade dos seus diferentes setores e, assim, verificar a sua possível unificação<sup>22</sup>.

Inicialmente, é imperioso salientar que, ao contrário do que se entende ordinariamente, na doutrina constitucional brasileira, o personagem que haveria atuado diretamente para a concreção da

.....  
22 PIZZORUSSO, A. *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 80-84.

influência americana no Judiciário do Brasil foi o então senador Amaro Cavalcanti, depois ministro do STF, que fora egresso da Faculdade de Direito da Universidade de Albany, nos Estados Unidos, e que advogou perante a Suprema Corte daquele país: diante de tal experiência<sup>23</sup>, apresentou uma emenda de redação que continha o texto que veio a ser previsto no art. 13, § 10 da Lei nº 221 de 1894, dispondo que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”<sup>24</sup>.

Tal influência de fato se efetivou, conforme é indicado por Aliomar Baleeiro, ao salientar: “parto daquela velha regra que copiamos do primeiro país que teve um tribunal do tipo do nosso”<sup>25</sup>.

Aqui, chega-se ao ponto central: a utilização do modelo judicial americano para a estruturação brasileira é inquestionável. Discute-se, entretanto, se essa transposição foi realizada de maneira fidedigna.

Para isso, interessante apontar que a falada influência americana na adoção do controle difuso de constitucionalidade no Brasil<sup>26</sup> dis-

23 “O direito de resolver sobre a constitucionalidade de uma lei, tanto cabe ao Supremo Tribunal Federal, como aos tribunais e juízes inferiores, dentro da respectiva jurisdição. Onde quer que a questão for suscitada, o tribunal o juiz deve pronunciar-se a respeito; porque o direito de aplicar a lei ao caso envolve necessariamente o de conhecer da validade ou legitimidade dela”. CAVALCANTI, A. *O Regime Federativo e República Brasileira*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2003. (Coleção Temas Brasileiros, v. 48). p. 203.

24 CONGRESSO NACIONAL. *Anais do Senado Federal, 23ª Legislatura, 1894, livro 3*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1894.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 72.810/PE – Pernambuco. Mandado de segurança. Lei em tese. Ação direta. Ilegitimidade ad causam. Não cabe, em princípio, mandado de segurança contra lei em tese. O controle jurisdicional das leis in abstracto, por ação direta, foi incorporado ao nosso direito em 1967, ao estabelecer a constituição a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação do Procurador Geral da República. Falta de legitimidade ad causam dos impetrantes. Tribunal Pleno. Relator: Min. Bilac Pinto, 14 de março de 1973. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 15 jun. 1973.

26 BRITO, E. 30 anos da Constituição Federal: avanços e retrocessos em interpretação. Tendências para o futuro. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, 2018. p. 211.

tingue-se, naturalmente, de uma pretensa reprodução completa da atuação judicial estadunidense para o nosso país. E essa reprodução não ocorre em razão de pelo menos três motivos:

- a) A falta de noção dos métodos de atuação judicial nos Estados Unidos, para que estes pudessem ser razoavelmente empregados nesse simulacro brasileiro. Não foi outra a opinião de Aliomar Baleeiro, ao sustentar que a compreensão pormenorizada de tais métodos é escassa no Brasil, justamente por conta de uma limitação observada no estudo do direito estadunidense, que se reduzira ao exame de doutrinas e julgados que já seriam, à época, de conhecimento geral:

Já me referi, por vezes, ao escasso conhecimento dos meandros do direito norte-americano nos albores da República. Uma coisa era a lei — a Constituição de 1787, o Federalista, e o resumo de alguns Acórdãos famosos da primeira metade do século XIX; outra, penetrar-se nos pormenores processuais, que pela *common law* e pela *equity*, deitavam raízes no velho casuístico direito inglês dos séculos anteriores estavam em plena evolução quando da liberaram os constituintes de 1890-91<sup>27</sup>.

No mesmo sentido, também é exato o diagnóstico de Edvaldo Brito, ao indicar que o estudo dos temas que envolvem a atuação judicial brasileira, aos quais se atribui, erroneamente, a total influência norte-americana, carece de maior profundidade. E foi além: argumentou, ainda, que essa profundidade exigiria, no Brasil, uma análise dos temas mencionados à luz da teoria do direito e da filosofia do direito, não se restringindo, apenas, à abordagem de aspectos procedimentais:

.....  
27 BALEEIRO, A. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 73.



A teoria da decisão, enquanto jurisprudência está a reclamar maior reflexão dos estudiosos do tema em face da verdadeira revolução que está a operar no pensamento jurídico brasileiro, especialmente, quando se vasculha o texto constitucional e se verifica que ele é prenhe de elementos na linha dessa revolução: mandado de injunção; ação de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade; argüição de descumprimento de preceito fundamental; efeito vinculante de decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, ainda que não seja pela via concentrada; tudo isto é o desafio que este desprezioso ensaio serve de provocador para quem tenha fôlego para um estudo aprofundado dessas categorias tão caras à Filosofia do Direito e à Teoria Geral do Direito, tão carentes de maior quantidade de cultores<sup>28</sup>.

b) A Federação brasileira – ao contrário da norte-americana, conforme já apontamos no início deste trabalho – é centrípeta, ou seja, funciona a partir da concentração de poderes na União, embora seja respeitada a autonomia dos estados, municípios e Distrito Federal, conforme dispõe o art. 18 da Constituição de 1988.

Conforme bem assenta Josaphat Marinho, “das tendências políticas dominantes à estrutura e a prática do direito positivo, que retrata a contradição da convivência de uma Carta Constitucional com instrumentos discricionários, a linha prevalecente é adversa à pureza do federalismo”, abrangendo “todos os problemas, políticos e jurídicos, econômicos e financeiros, de partilha de

.....  
28 BRITO, E. Teoria da decisão. *Revista do MAGISTRADO*, Salvador, ano 2, n. 2, ago. 2005. p. 9.

competências, de distribuição de rendas, de subvenções, de planejamento”<sup>29</sup>.

Assim, em se tratando de uma Federação em que o Poder Judiciário é dual (compreendendo as esferas estadual e federal), consoante aprendemos com Carlos Mário da Silva Velloso<sup>30</sup>, a estrutura do Poder Judiciário não poderia, de modo algum, buscar assemelhar-se a uma Federação como a americana, ainda mais tendo em vista essa diferença no fluxo de seus poderes.

- c) A perda da noção acerca da diferença entre a família do *common law*, abrangendo o sistema americano, e a família do *civil law*, abrangendo o sistema brasileiro. É por essa razão que a doutrina processual brasileira está, erroneamente, sustentando a existência de um método de aplicação de precedentes judiciais incompatível com o sistema romano-germânico, que é o caso do Brasil. Do mesmo modo sustenta Calmon de Passos, ao salientar que os precedentes, no sistema norte-americano, são normas de caráter geral, gerando efeitos que, no Brasil, são comparáveis à vinculação exercida pelas leis e atos normativos, próprias do *civil law*:

No sistema do *common law*, como sabido de todos, o direito legislado não é o predominante; o processo costumeiro de produção jurídica leva a institucionalizar e legitimar os tribunais com maior dependência e controle social, deferindo-lhes a tarefa de positivação do direito, editando normas de caráter geral (precedentes) que viabilizem a previsibilidade e segurança indispensáveis à convivência social. Daí que o precedente tenha força obrigatória, à semelhança da norma legislada, pelo que nele se tornam

.....  
29 MARINHO, J. *Estudos constitucionais: da Constituição de 1946 à de 1988*. Salvador: Centro de Estudos Baianos: Universidade Federal da Bahia, 1989. p. 196.

30 VELLOSO, C. M. da S. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 35.

relevantes os aspectos fatos que eles serviram do suposto. Diversamente se ocorre no sistema do *civil law* em que a produção do direito pelo processo legislativo implica a determinação prévia da hipótese de fato colocada como suporte da consequência jurídica, mesmo quando alguns elementos do tipo sejam deixados para subseqüente preenchimento hermenêutico pelos magistrados. [...] A par disso, o sistema do *common law* tem peculiaridades em termos de formação, recrutamento e controle dos magistrados, desconhecidos não utilizados no sistema do *civil law*. Onde minha reação, quase virulenta, quando vejo nossa vocação macaqueadora esforçar-se por nos maquiagem com os cosméticos de nossos irmãos do norte, que graças a Deus tem um magnífico desprezo pelo que somos e pelo que fazemos e não desejo nos impingir, garganta abaixo, os alimentos e remédios que utilizam nem muito menos correr o risco de tomar os nossos<sup>31</sup>.

## Súmula vinculante, eficácia vinculante e eficácia *erga omnes* das decisões judiciais no Brasil

A já alegada incompatibilidade dos métodos de atuação judicial no Brasil e nos Estados Unidos, em virtude de pertencerem, respectivamente, às famílias do *civil law* e do *common law*, encontra mais alguns óbices para a pretensa comparação entre os modelos de ambos os países, que são a súmula vinculante, a eficácia vinculante e a eficácia *erga omnes*.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o art. 102, § 2º no texto da Constituição, dispondo que 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 (*erga omnes*) e efeito vinculante em casos

.....  
31 PASSOS, J. J. C. de. *Ensaios e Artigos*: v. II. Salvador: Juspodvim, 2014. p. 97-98.

análogos e posteriores, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Não obstante, o próprio tribunal interpretou, no julgamento conjunto das ADIs 3406 e 3470, em 2017, que a mencionada eficácia contra todos e o efeito vinculante também se dariam nos casos de controle incidental de constitucionalidade, já que estes somente chegariam ao STF se reconhecida a sua repercussão geral na sociedade.

Assim, entenderam, nesses julgamentos, pela ocorrência de mutação constitucional no art. 52, X, da Constituição, que, se antes previa ser da competência do Senado Federal a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, após a mutação, entendeu-se que essa competência seria restrita à mera publicação das declarações de inconstitucionalidade do STF, já que estas últimas, como visto, teriam, pretensamente, eficácia *erga omnes*.

Desse modo, foi observada uma verdadeira tentativa de atribuir uma conformação de caráter abstrato a todas as decisões envolvendo matéria constitucional, proferidas pelo STF, mesmo no exercício do controle difuso, já que os próprios processos subjetivos perderiam a sua feição *inter partes* em razão do caráter coletivo que deve estar presente no reconhecimento da repercussão geral utilizada nos recursos extraordinários<sup>32</sup>.

E, mesmo assim, a mencionada tentativa não foi bem-sucedida: tome-se, por exemplo, o Habeas Corpus Coletivo 143641, impetrado em favor de mulheres presas que fossem gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência. A ordem foi concedida a partir da análise de matérias constitucionais, como a intranscendência das penas (art. 5, inc. XLV), ou mesmo o dever de proteção às crianças (art. 227).

Mesmo se tratando de um processo subjetivo, enfrentado pelo STF a partir do envolvimento de matérias constitucionais, o fundamento para

.....  
32 BRITO, 2018, p. 223.

extensão do benefício concedido às carcerárias em condições análogas às das partes não fora o fato de se tratar de um precedente vinculante, mas, sim, o art. 580 do Código de Processo Penal, que preleciona que “no caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”. É, assim, uma demonstração da confusão realizada entre a vinculação e autoridade das leis, e a dos juízes em sua aplicação.

Contudo, para além da pretensa eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ainda adveio o problema da súmula vinculante, também por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, incluindo o art. 103-A na Constituição, dispondo que:

o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei, [sendo essa lei a de nº 11.417/2006].

Ora, se o mencionado cunho vinculante foi expressamente reconhecido somente nas providências tomadas pelo STF, nos parece que os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil<sup>33</sup> se tratam, apenas, de

.....

33 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e

determinações genéricas acerca do dever de uniformização da jurisprudência pátria, e observação dos precedentes de outros tribunais na condição de precedentes persuasivos, já apontados no item 5.2.2 deste trabalho. Estes, sim, são objetos presentes no direito norte-americano, passíveis de comparação ao sistema judicial brasileiro.

Afora tais elementos, é imperioso repetir que, pelo fato dos Estados Unidos pertencerem à família do *common law*, a dição do direito no caso concreto se dá pela interpretação dos juizes, que analisam as situações jurídicas específicas de partes determinadas. Assim, essa *ratio decidendi* pode ser aplicada em situações posteriores e análogas, se o magistrado que atuar nestas últimas reconhecer alguma similitude entre os casos concretos.

Diferentes são as circunstâncias no Brasil, já que a mencionada tendência de atribuir caráter obrigatório ao julgamento de *processos objetivos* – tanto no aspecto formal, por conta das disposições constitucionais acerca das possibilidades de controle concentrado, como no plano essencial, em virtude da coletivização dos processos subjetivos por meio da repercussão geral – conferiria, em verdade, uma função verdadeiramente legislativa ao STF, o que ofenderia o princípio da separação dos poderes, assim como os direitos individuais do jurisdicionado, já que se restringiria, assim, a titularidade do direito subjetivo ao juiz natural que examinasse cada caso concreto<sup>34</sup>.

## Conclusão

Não poderia ser outra a conclusão adotada neste trabalho senão a de constatar a insegurança causada pela tentativa de equiparação do poder judicial brasileiro ao norte-americano, em se tratando de famílias de

---

do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

34 BRITO, 2018, p. 221.

direito distintas, com formas procedimentais distintas, o que causa confusões, conforme já visto, especialmente no caso brasileiro.

Aqui, se confundem a autoridade das leis elaboradas em um processo legislativo, próprias do *civil law*, com o caráter vinculante de precedentes judiciais, que fazem lei no caso concreto, como elemento próprio do *common law*. Abram-se os olhos para tais pontos de divergência, a fim de que o Brasil deixe de ser refém de colonialismos culturais, inconciliáveis com a vivência da realidade pátria.

## Referências

- ALMEIDA, C. F. de. *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- ANCEL, M. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980.
- BALEEIRO, A. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARACHO, J. A. de O. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BISKUPIC, J. *The chief*. New York: Basic Books, 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 72.810/PE. Mandado de segurança. Lei em tese. Ação direta. Ilegitimidade ad causam. Não cabe, em princípio, mandado de segurança contra lei em tese. O controle jurisdicional das leis in abstracto, por ação direta, foi incorporado ao nosso direito em 1967, ao estabelecer a constituição a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação do Procurador Geral da República. Falta de legitimidade ad causam dos impetrantes. Tribunal Pleno. Relator: Min. Bilac Pinto, 14 de março de 1973. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 15 jun. 1973.
- BREYER, S. *Making our democracy work: a judge's view*. New York: Vintage Books, 2010.

- BRITO, E. 30 anos da Constituição Federal: avanços e retrocessos em interpretação. Tendências para o futuro. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, 2018.
- BRITO, E. ICMS e a PSV 69: insegurança do pronunciamento do STF. In: BRIGAGÃO, G.; MATA, J. C. da. (org.). *Temas de direito tributário: em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. v. 1, p. 523-534.
- BRITO, E. Jurisdição constitucional. *ERGA OMNES: revista da Escola de Magistrados da Bahia*, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, 2013.
- BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- BRITO, E. Teoria da decisão. *Revista do MAGISTRADO*, Salvador, ano 2, n. 2, ago. 2005.
- BUZAID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAVALCANTI, A. *O Regime Federativo e República Brasileira*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2003. (Coleção Temas Brasileiros, v. 48).
- CHRISTIANSEN, M. R.; ESKRIDGE JR., W. N. Congressional overrides of Supreme Court statutory interpretation decisions, 1967-2011. *Texas Law Review*, Austin, v. 92, p. 1317-1515, 2014.
- CONGRESSO NACIONAL. *Anais do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1894.
- CORRÊA, O. D. *Estudos de Direito Político-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CORRÊA, O. D. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DAVID, R. *Le droit comparé droits d'hier, droits de demain*. Paris: Economica, 1982.
- GINSBURG, R. B. *My own words*. New York: Simon & Schuster, 2018.
- GRAU, E. R. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação do direito e os princípios)*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.



- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003.
- MARINHO, J. *Direito, Sociedade & Estado*. Salvador: Memorial das Letras, 1998.
- MARINHO, J. *Estudos constitucionais: da Constituição de 1946 à de 1988*. Salvador: Centro de Estudos Baianos: Universidade Federal da Bahia, 1989.
- MARINHO, J. *À margem da Constituinte*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1992.
- MARSHALL, J. *Decisões constitucionales de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- MILLER, S. *Lectures on the Constitution of the United States*. New York: Banks and Brothers, 1891.
- OBAMA, B. Our Constitution. In: OBAMA, B. *The audacity of hope: thoughts on reclaiming the American dream*. New York: Crown Publishers, 2006. p. 71-100.
- PASSOS, J. J. C. de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PASSOS, J. J. C. de. *Ensaios e Artigos: v. II*. Salvador: Juspodvim, 2014.
- PIZZORUSSO, A. *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Ariel, 1987.
- RODRIGUES, L. B. *A história do Supremo Tribunal Federal*. Rio Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. t. 1.
- SCALIA, A. *A matter of interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 2018.
- SCALIA, A.; GARNER, B. A. *Reading law: the interpretation of legal texts*. St. Paul: West, 2012.
- SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.
- STEVENS, J. P. *Five chiefs: a Supreme Court memoir*. New York: Back Bay Books, 2012.
- TUSHNET, M. V. *Thurgood Marshall*. Chicago: Lawrence Hill Books, 2001.
- VELLOSO, C. M. da S. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WALKER JR., J. M. The role of precedent in the United States: how do precedents lose their binding effect? *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, Stanford, CA, 26 Feb. 2016.

# LEGITIMIDADE DA INICIATIVA DO CONGRESSO NACIONAL PARA ALTERAR AS COMPETÊNCIAS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*Carlos Lima Cavalcanti Neto*

## Introdução

O presente capítulo analisa a legitimidade da iniciativa do Congresso Nacional para alterar as competências da jurisdição constitucional no Brasil. Para tanto, houve a necessidade de apresentar um estudo capaz de fornecer os instrumentos necessários à obtenção de uma resposta clara e efetiva ao problema proposto.

Inicialmente, será realizada uma análise sobre constituição, constitucionalismo – sua origem e sua concepção nos dias atuais – e jurisdição, abordando alguns elementos que se constituem determinantes em sua aceção. Ato contínuo será feita uma breve análise da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, para complementar o estudo proposto.

Os temas apresentados têm como objetivo criar um ambiente metodológico que será muito utilizado no decorrer do trabalho, auxiliando, sobremaneira, a sua compreensão e aclarando as hipóteses quando se chegar a uma resposta ao que se propõe neste capítulo.

Na sequência, se analisará a legitimidade, especificamente o conceito semântico desse termo, incluindo o que é, sua origem e utilidades

num Estado Democrático de Direito, principalmente em relação aos limites das reformas e revisões constitucionais.

Após esse estudo, abordar-se-á o poder constituinte – generalidades, natureza jurídica e formas de manifestação –, que se constitui como poderoso elemento de aferição também dos limites e competências para modificar o texto constitucional.

Assim, chega-se ao tema: a supremacia da Constituição e os limites das alterações constitucionais, que foi muito bem estudado por Edvaldo Brito no seu livro *Limites da revisão constitucional*, editado em 1993, cinco anos após a vigência da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>.

Antes de adentrar ao problema, serão apresentados casos concretos de propostas de alteração das competências da jurisdição constitucional, para verificar essa possibilidade por iniciativa do Congresso Nacional.

Ao final da exposição geral, far-se-á uma breve contextualização da legitimidade da iniciativa do Congresso Nacional para alterar as competências da jurisdição constitucional no Brasil, o que será determinante para resposta e entendimento do que se pretende com este capítulo.

## **Constituição, constitucionalismo e jurisdição constitucional**

A constituição, o constitucionalismo e a jurisdição constitucional são temas correlatos e interdependentes. Assim, as abordagens foram fracionadas para uma melhor compreensão estrutural do trabalho proposto.

### **Historicidade**

Atenas, berço da história da filosofia, da política e de tantos outros aspectos culturais que hoje lidamos, tem sua origem fincada na Grécia.

1 .....  
BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

Para Barroso, ali “foi identificado o primeiro precedente de limitação de poder político – governo de leis e não de homens e de participação dos cidadãos”<sup>2</sup>.

O ideal constitucionalista de limitação do poder foi compartilhado por Roma, onde a república se implantou em 529 a.C., ao fim da monarquia etrusca, com a Lei das Doze Tábuas. Somente alguns fragmentos dessa lei ficaram conhecidos, mas num deles se lê: “*salus populi lex esto*” (o bem-estar do povo é o bem supremo).

Sucessivos impérios sucederam ao Romano até, após o nascimento e morte de Jesus Cristo, a Igreja Católica começar a dominar as condutas na sociedade. Não apenas as condutas religiosas, mas as políticas, culturais e econômicas no mundo, surgindo assim o direito canônico que, apesar de se constituir num conjunto de regras religiosas internas, teve forte influência na formação do direito ocidental moderno.

Após isso, o período feudalista foi determinante para marcar a supremacia política nas quais as relações de poder se estabeleciam entre os donos da terra e os vassalos, deixando para os reis a chamada nobreza, um lugar de pouca importância. Isso retorna num segundo momento, na chamada Alta Idade Média, quando nasce o Estado absolutista com todo o poder concentrado nas mãos dos reis.

Esse Estado surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem desprezar o potencial de legitimação. Soberania é conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os

.....  
2 BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28-29.

senhores feudais no plano doméstico, e sobre a Igreja e o império no plano internacional<sup>3</sup>.

Percebe-se muito claramente nas palavras de Barroso “que o poder dos monarcas da época medieval se escoimava no direito divino, construindo, dessa forma, o Estado absolutista que vigorou até 1789”.

Surgem nesse período autores que ainda influenciam a política e o direito, como Maquiavel que, com o livro *O príncipe*, empregou, pioneiramente, o termo Estado; Jean Bodin, quem primeiro desenvolveu o conceito de soberania; Thomas Hobbes, com sua teoria do contratualismo; e John Locke, que foi um dos precursores do pensamento liberal, cujas ideias foram repercutidas não somente na Inglaterra, mas na França e nos Estados Unidos, principalmente em referência aos estudos sobre a existência de Três Poderes, além de ser um dos fundadores do empirismo e da liberdade religiosa.

Durante a Idade Média, não obstante a organização feudal e a rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos fundamentais, sempre com o mesmo traço básico de limitação do poder estatal<sup>4</sup>.

A necessidade de impor à sociedade uma forma de organização e limitação estatal surgiu ainda em 1215. O termo “constituição” foi consolidado e estudado a partir das revoluções liberais na Europa, especialmente na Inglaterra e na França. Fora do continente europeu, os Estados Unidos foram os primeiros a estudar e a adotar o termo na América do Norte.

Importante mencionar que um dos grandes baluartes da Revolução Francesa e um dos fundadores do constitucionalismo moderno foi o Abade Emmanuel Joseph Sieyés, que vislumbrava em sua obra mais

.....  
3 BARROSO, 2013, p. 31.

4 MORAES, A. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33.

lida *Qu'est-ce que le tiers état?* – em tradução livre, *O que é o Terceiro Estado?* – a existência de um poder imanente à nação, superior inclusive aos poderes ali estabelecidos, que é o poder constituinte.

Diz-se que a primeira constituição do mundo foi a Carta Magna de 1215, da Inglaterra, assinada pelo Rei João Sem Terra. Foi elaborada e promovida pelos barões da época, numa tentativa de limitar o poder do rei. Mas como, num Estado absolutista, o rei se submeteria a esses limites? Enfraquecido com diversas derrotas fora do seu reino e com desgastes internos, essa foi a única opção para não ser deposto.

Segue-se a ela o *Petition of Right*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701. Nesse momento, já se verifica que a linha mestra do constitucionalismo são os direitos fundamentais e assim afirma Cappelletti:

[...] quem devia garantir afinal de contas, a supremacia da common law contra os arbítrios do soberano, de um lado, e do parlamento de outro? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram função dos juízes<sup>5</sup>.

A partir da Carta de João Sem Terra, inaugurou-se outros documentos, contendo, principalmente, as bases para uma ampliação e consolidação dos direitos fundamentais – constituiu-se um caminho sem volta a partir das Constituições americana e francesa, marcos desse novo momento constitucionalista.

Lassale já advertia que

[...] todos os países possuem ou possuiriam sempre e em todos os momentos de sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença nos tempos modernos – e isso não deve ficar

.....  
5 CAPPELLETTI, 1992, p. 48-50 *apud* MORAES, 2003, p. 33.

esquecido – não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel<sup>6</sup>.

De fato, na maioria dos Estados modernos, vemos aparecer, num determinado momento de sua história, uma constituição escrita, cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente. Para Lassale, questões constitucionais não são questões jurídicas e sim políticas. É a constituição de um país que expressa as relações de poder nele dominantes.

Para Konrad Hesse, “a Constituição Jurídica não significa simples pedaço de papel”, tal como caracterizada por Lassale. Ela não se afigura “impotente para dominar efetivamente a distribuição de poder”<sup>7</sup>, tal como ensinado por Jellinek e como hodiernamente divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético.

A constituição, afirma Hesse, não está desvinculada da realidade histórica de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade.

Segue ele afirmando que a constituição se transforma em força ativa caso exista disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, fazendo-se presente, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só vontade de poder, mas também a vontade da constituição.

.....  
6 LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liberjurism 1988. p. 27 *et seq.*

7 HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 19 *et seq.*



## A origem do constitucionalismo moderno

Essa origem está formalmente ligada às Constituições rígidas e escritas dos Estados Unidos de 1787, após a independência das Treze Colônias, e da França de 1791, a partir da Revolução Francesa de 1789. Apesar disso, a Bill of Rights (Carta de Direitos) inaugurou o processo de predominância dos direitos fundamentais, consolidados, como dito, nas Constituições americana e francesa. “Diferentemente do constitucionalismo antigo, o moderno limita o poder não só do soberano, mas também do judiciário, como também do parlamento, cujo respeito ao texto constitucional deve ser observado”<sup>8</sup>.

Lenio Streck chama o constitucionalismo de “movimento constitucionalizador”<sup>9</sup>. Para ele,

o Estado Moderno, fruto do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*). A primeira versão do Estado Moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe.

Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração de Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787<sup>10</sup>.

Dessa forma, ainda para Lênio,

o constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição

8 MORAES, 2003, p. 36-37.

9 STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 16 et seq.

10 STRECK, 2018, p. 16.

como lei fundamental apta a limitar o poder, porém, mais do que isso, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais). O constitucionalismo é, assim, um movimento que objetiva colocar limites no político. E essa limitação assume diferentes matizes, chegando ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito<sup>11</sup>.

O constitucionalismo, a partir principalmente da Revolução Francesa, ganha contornos de separação muito melhor definidos, permitindo um maior controle e limitação dos poderes. Além disso, esse limite político assume um papel relevante como condutor de novos direitos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

## Breve análise da jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade

A constituição do Estado é uma lei fundamental que agrega um conjunto de normas (regras e princípios) e que abriga os diversos pensamentos de uma sociedade acerca da forma de Estado, forma de governo, suas competências, direitos e garantias fundamentais, além de outras disposições necessárias ao livre exercício da cidadania e os freios e contrapesos iminentes às instituições.

Cria-se, para tanto, o controle de constitucionalidade das leis como instrumento necessário do Estado moderno, voltado à concretização da efetiva observância e cumprimento da constituição, esta entendida como marco de um documento legal que obriga todos os Poderes do Estado e os cidadãos a ela se sujeitarem.

.....  
11 STRECK, 2018, p. 16.

Chiovenda afirma que “para o exercício desse controle é necessário a jurisdição constitucional” que “consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, seja no afirmar a existência de uma vontade das leis, seja em torná-la posteriormente efetiva”<sup>12</sup>.

A jurisdição constitucional é uma afirmação do Poder Judiciário, como poder que, além de solucionar conflitos, atua como guardião da constituição de um país em todos os seus órgãos, sendo, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) – o tribunal constitucional e de recursos em última instância –, cujas competências estão disciplinadas no art. 102 e seguintes da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Segundo Kelsen,

a garantia jurisdicional da Constituição é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução<sup>13</sup>.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é unicamente difuso, pois opera tanto no sentido concreto, denominado de *incidenter tantum*, quanto no sentido abstrato. Segundo esse sistema, na sua forma concreta, qualquer juiz ou órgão tem a prerrogativa de afastar a norma inconstitucional da lide em debate.

De outro modo, a Constituição Federal, no caput do art.102, disciplina que cabe precipuamente ao STF a guarda da Constituição.

12 CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. 3 v. p. 3.

13 KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123-124.

Dessa forma, cabe ao órgão máximo de cúpula, no caso o STF, a proteção da Carta Magna brasileira, declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, em prestígio ao princípio da supremacia da Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade, como aquele realizado por um juiz ou por uma corte, objeto essencial da jurisdição constitucional, foi inaugurado em 1803, nos Estados Unidos, no caso *Marbury vs. Madison*, decisão até hoje estudada e tida como pioneira na resolução dos conflitos constitucionais.

Havia nesses autos os seguintes fatos:

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 embarcar 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 de Colúmbia. Em confirmação desse requerimento, mostrava certificados de que John Adams, último presidente dos Estados Unidos, propusera Marbury ao Senado para ser nomeado juiz de paz desse distrito; de que o Senado aprovara tal nomeação; e de que, em consequência disso, a comissão fora lavrada, subscrita pelo presidente e selada com selo dos Estados Unidos, mas que o senhor Madison não quisera entregá-la, a despeito de já estar subscrita e selada<sup>14</sup>.

Inaugurou-se ali o controle difuso de constitucionalidade, pois a jurisdição constitucional já existia anteriormente, conforme o artigo III da Constituição americana, que prevê em sua seção I que o Poder Judiciário será investido de uma Suprema Corte e de tribunais inferiores que forem estabelecidos pelo Congresso daquele país. A característica

.....  
14 MARSHALL, J. *Decisões constitucionales de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903. p. 5.

mais marcante no sistema constitucional americano é a supremacia da Constituição de forma absoluta.

O controle de constitucionalidade é exercido de forma preventiva ou repressiva, no modo concentrado ou difuso. É a verificação da adequação de um ato jurídico à constituição, é o exame da adequação das normas à constituição, de maneira a oferecer harmonia e unidade a todo sistema, e, para que esse controle exista, necessário se faz a existência de uma constituição rígida.

Conforme Lenza,

num sistema de constituição flexível – o da Inglaterra, por exemplo – descabe cogitar de impugnação de inconstitucionalidade, sendo o parlamento poder legislativo e constituinte ao mesmo tempo. Podemos afirmar que são dois pressupostos para o controle de constitucionalidade: a existência de uma Constituição Rígida e a previsão constitucional de um mecanismo de fiscalização de validade das leis<sup>15</sup>.

## Sistemas de controle

Cada ordenamento jurídico é livre para arbitrar sobre o tipo de controle que irá optar, assim podemos ter o controle jurídico, político e o misto. Para alguns autores como Edvaldo Brito, não existe o controle misto, apenas o difuso ou o concentrado.

De acordo com Lenza,

se a Constituição outorgar a competência para controlar a constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário, teremos o sistema jurisdicional. Esse sistema nasceu nos Estados Unidos. Primeiro Estado a reconhecer a competência de juízes e tribunais do Poder

.....  
15 LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 738-739.

Judiciário para, nos casos concretos, declarar a inconstitucionalidade das leis<sup>16</sup>.

Caso o controle à constituição outorgue a competência a órgão distinto do Judiciário, o controle será o político, a exemplo da França, cujo controle é realizado por um conselho constitucional desde a Constituição de 1958.

No Brasil, o controle político é realizado por Poderes de natureza estritamente política: o Executivo, pelo chefe de governo, e o Legislativo, pelo Congresso Nacional. É um controle preventivo, não judicial, pois ocorre antes que a lei entre em vigor no interior do processo legislativo.

O controle político de constitucionalidade das leis e dos atos normativos pelo Congresso Nacional se faz mediante duas formas: uma preventiva e outra suspensiva. A primeira se alicerça no processo legislativo mediante atuação da Comissão de Constituição e Justiça que, no juízo de admissibilidade e constitucionalidade de leis e medidas provisórias, exerce esse controle preventivo.

A segunda forma visa sustar os atos normativos que exorbitem o poder regulamentar, conforme o art. 49 da Constituição, por meio de uma espécie de “veto legislativo”.

O Poder Executivo exerce o controle de constitucionalidade dos projetos votados pelo Congresso Nacional por meio de vetos, que podem ser integrais ou parciais, cujos motivos devem ser fundamentados, podendo alegar-se a inconstitucionalidade do ato normativo ou contrário ao interesse público, este revestido de grande discricionariedade.

## Modelos de controle

O controle constitucional pode ser exercido de dois modos: o difuso e o concentrado. Enquanto o controle difuso, criado nos Estados Unidos,

.....  
16 LENZA, 2013, p. 753.

é realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário – juiz ou tribunal –, o controle concentrado ou reservado se dá quando a competência para fiscalizar o cumprimento da constituição é outorgada a apenas um órgão.

O modelo concentrado teve sua origem na Áustria, em 1920, sob a influência de Hans Kelsen. Para ele, “a Corte Constitucional – [é] o único [órgão] competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, segundo um modelo exclusivo de ‘controle concentrado’”<sup>17</sup>, que depois se estendeu a várias constituições europeias.

Ainda para Kelsen,

devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional todos os atos que revestem a forma de leis, mesmo se contêm tão-somente normas individuais, por exemplo o orçamento ou todos os outros atos que a doutrina tradicional, por uma razão qualquer, tende a ver, a despeito de sua forma de lei, como simples atos administrativos<sup>18</sup>.

Temos autores no Brasil que admitem que o controle exercido é o misto, ou seja, o difuso dos atos concretos e o concentrado (ou *in abstracto*), exercido exclusivamente pelo STF. Assim pensam José Afonso da Silva, Moreira Alves, Lênio Streck e outros. Em posição contrária, Edvaldo Brito afirma que o Brasil adota o controle difuso, não existindo para ele o controle misto.

Antes do aprofundamento na matéria, seguíamos o que a maioria da doutrina brasileira convencionou chamar de controle de constitucionalidade misto, pois é realizado na forma difusa e concentrada. Mas atualmente o nosso entendimento é no sentido de adotar o modelo americano preconizado, estudado e incluído por Ruy Barbosa

.....  
17 KELSEN, 2003, p. 172.

18 KELSEN, 2003, p. 172.

na Constituição de 1891, que é o modelo difuso, podendo ser realizado por todos os órgãos do Judiciário.

## Estudo da legitimidade

A legitimidade, como sabido, é objeto de estudos e averiguação em diversas áreas de conhecimento, como na teoria geral do direito, na sociologia política e jurídica e na filosofia. Aqui se abordará a legitimidade no sentido jurídico-constitucional, para determinar a concepção de se elaborar uma constituição jurídica.

Segundo Faria,

legitimidade deriva de legítimo que, por sua vez, se origina do latim *legitimu*, que significa em conformidade com a lei. A palavra lei – *lex* – designava em Roma, diversos tipos de atos jurídicos, porém mais especificamente os atos emanados das autoridades públicas<sup>19</sup>.

Para Ferraz Júnior<sup>20</sup>, o termo, de certo modo, se constrói paralelamente, e às vezes superiormente, à noção de lei, tomada pelo seu conteúdo positivista como norma legal, editada conforme procedimentos constitucionais fixados pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, costuma-se distinguir legítimo de legal, e legitimidade de legalidade.

Essa distinção, veiculada por pensadores como Bobbio e Schmitt, acentua uma possível incompatibilidade entre um ordenamento legal vigente e as aspirações de seu substrato empírico (social, econômico, político, cultural) ou de ordem moral (aspirações éticas superiores, direito natural). Diz-se assim da ilegitimidade de uma lei ou da legalidade ilegítima.

.....  
19 FARIA, J. E. *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 9.

20 FERRAZ JÚNIOR, T. S.; DINIZ, M. H.; GEORGAKILAS, R. A. S. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 15.



Outro pensador que contribuiu com o conceito e aplicação da legitimidade em diversas áreas, mas principalmente a jurídica, foi Max Weber, sociólogo, jurista e economista alemão que buscou identificar os tipos de dominação e responder ao questionamento: por que obedecer? Esse pensador alemão, em seu livro *Economia e sociedade*, definiu conceitos como a dominação, dominação esta influenciada e exercida por interesses, monopólios econômicos, sempre praticada por uma autoridade,

[...] ou seja, o poder de dar ordens, por isso ele acrescenta a cada tipo de atividade tradicional, afetiva ou racional um tipo de dominação particular. Weber<sup>[21]</sup> definiu as dominações como a oportunidade de encontrar uma pessoa determinada pronta a obedecer a uma ordem de conteúdo determinado<sup>22</sup>.

O autor identificou três formas de poder de dominação, a seguir apresentados:

O poder legal em virtude de estatuto. O tipo mais puro é o poder burocrático. A ideia fundamental é que, através de um estatuto arbitrário formalmente correcto, se podia criar qualquer direito e alterar [opcionalmente o existente]. A associação de poder é ou escolhida ou imposta; ela própria e todas as suas partes são empresas. Uma empresa (parcial) heterónoma e heterocéfala deve ter o nome de autoridade (s). O corpo administrativo consiste em funcionários nomeados pelo senhor, os súbditos são membros da associação ('cidadãos', 'camaradas')<sup>23</sup>.

No tipo do poder 'legal' inclui-se, naturalmente, não só a estrutura moderna do Estado e da comunidade, mas também a relação

.....  
21 WEBER, M. Três tipos puros de poder legítimo. In: WEBER, M. *Três tipos de poder e outros escritos*. Lisboa: Tribuna da História, 2005. p. 1-16. p. 1.

22 WILD, B. *Os Tipos de Dominação segundo Max Weber*. [S. l., 2007].

23 WEBER, 2005, p. 2.

de domínio na empresa capitalista privada, numa associação de fins ou união de qualquer espécie, que dispõe de um numeroso corpo administrativo e hierarquicamente articulado. As modernas associações políticas são apenas os representantes mais proeminentes do tipo<sup>24</sup>.

A burocracia é o tipo tecnicamente mais puro de poder legal. Mas nenhum poder é só burocrático, isto é, gerido apenas mediante funcionários contratualmente recrutados e nomeados. Tal não é possível. As cúpulas mais altas das associações políticas são ou ‘monarcas’ (governantes carismáticos por herança [...]) ou ‘presidentes’ eleitos pelo povo (portanto, senhores carismáticos plebiscitários [...]) ou eleitos por uma corporação parlamentar, onde, em seguida, os seus membros ou, melhor, os líderes, mais carismáticos ou mais notáveis [...], dos seus partidos predominantes, são os senhores efectivos<sup>25</sup>.

### O poder tradicional, exercido

[...] em virtude da fé na santidade dos ordenamentos e dos poderes senhoriais desde sempre presentes. O tipo mais puro é a dominação patriarcal. A associação de poder é a agremiação, o tipo de quem manda é o ‘senhor’, o corpo administrativo são ‘servidores’, os que obedecem são os ‘súbditos’. Obedece-se à pessoa por força da sua dignidade própria, santificada pela tradição: por piedade. O conteúdo das ordens é vinculado pela tradição, cuja violação inconsiderada por parte do senhor poria em perigo a legitimidade do seu próprio poder [...]<sup>26</sup>.

.....  
24 WEBER, 2005, p. 3.

25 WEBER, 2005, p. 3.

26 WEBER, 2005, p. 4.

## O poder carismático, aplicado

[...] mediante a dedicação afectiva à pessoa do senhor e aos seus dons gratuitos (carisma), em especial: capacidades mágicas, revelações ou heroísmo, poder do espírito e do discurso. O eternamente novo, o fora do quotidiano, o nunca acontecido e a sujeição emocional são aqui as fontes da rendição pessoal. Os tipos mais puros são a autoridade do profeta, do herói guerreiro, do grande demagogo. A associação de domínio é a agremiação na comunidade ou o séquito<sup>27</sup>.

Conforme o mesmo autor, “a obrigação de obedecer é gradual numa hierarquia de ofícios com a submissão dos inferiores aos superiores e com processos de recurso regulamentados. A base do funcionamento técnico é: a *disciplina empresarial*”<sup>28</sup>.

Dessa forma, o ato de obedecer a uma norma, a uma tradição ou a um carisma foi um dos pontos de partida do século XX, a partir da publicação do livro *Economia e sociedade*, para que outros autores surgissem e questionassem ou aprofundassem as análises sobre a legitimidade.

Um desses proeminentes autores que estudaram a legitimidade a partir de uma nova vertente foi o escritor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que se constitui num dos grandes estudiosos e intelectuais da filosofia do direito.

Ferraz Júnior abordou a legitimidade a partir da dogmática hermenêutica, também conhecida como a “Teoria da Interpretação”.

Para o autor,

não apenas a nossa, mas as constituições contemporâneas sofreram um processo de transformação que nos atinge de uma forma peculiar. O fato de que a estrutura institucional das

.....  
27 WEBER, 2005, p. 9.

28 WEBER, 2005, p. 3.

leis básicas enquanto constitutivas do Estado de Direito provém do século XIX e se aplica a uma realidade que não mais existe na atualidade, não nos permite ater-nos a certas fórmulas de rigor formalista, sem que se obrigue a inúmeras exceções<sup>29</sup>.

Ainda para Ferraz Júnior,

ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o aspecto onomasiológico, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto semasiológico, isto é, sua significação normativa.

[...]

A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui uma tarefa dogmática hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas<sup>30</sup>.

Para se compreender as transformações afirmadas por Ferraz Júnior, parte-se, segundo ele, do caráter positivado das normas das constituições modernas, exigindo, portanto, uma formalidade constitucional, fornecendo a essas constituições a possibilidade de cumprir e aplicar as regras usuais de interpretação. Trazendo a hermenêutica constitucional para o Estado de Direito, concebido como um Estado mínimo, a interpretação tinha uma orientação de bloqueio, conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade.

.....  
29 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 15.

30 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 9.

Afirma Ferraz Júnior<sup>31</sup> que a determinação do sentido das normas é um dos propósitos da dogmática interpretativa empírica, ou seja, sob a égide de um conhecimento prático fornecido pelas regras, a dogmática funciona como um norte das obras jurídicas, que são carregadas de aspectos axiológicos e sociológicos, sem as quais não existiria a ciência jurídica.

O que Weber tinha em mente talvez pudesse ser esclarecido em termos de uma distinção entre procedimentos interpretativos de bloqueio e procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição. Essa interpretação de legitimação significaria que certas aspirações se tornariam metas privilegiadas até mesmo acima ou além de uma conformidade constitucional estritamente formal.

Essa distinção é no sentido da interpretação de bloqueio da estrita legalidade num contraponto à legitimação social, esta que é o poder soberano do povo de autorizar certas ações aos representantes, como por exemplo a elaboração de uma nova constituição.

A legitimidade estudada por Weber e por Ferraz Júnior tem ligação com a legitimidade do Congresso Nacional para alterar a jurisdição constitucional, no sentido de estudo teórico para se compreender quais os fatores que levam o legislador a propor uma emenda constitucional que tem por objetivo alterar as competências da jurisdição constitucional.

Deduz-se daí a teoria da dominação social e racional, que torna o legislador livre, limitado pela constituição para legislar, fundado na legalidade no procedimento formal para a alteração das normas jurídicas, o que inclui nesse bojo a alteração constitucional.

Assim, Ferraz Júnior torna a interpretação das normas menos formalista, explicando a norma de bloqueio conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucional, em contraponto com a busca por uma hermenêutica constitucional que se compreenda as transformações da sociedade.

.....  
31 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989.

Por essa abordagem, Ferraz Júnior<sup>32</sup> afirma ser essencial que o problema proposto seja respondido na medida em que, quando se trata de emenda constitucional, a interpretação deva ser realizada pelo legislador derivado, de forma a preservar o desejo do constituinte originário de retirar daquela fonte algumas possibilidades de alteração da constituição, preservando assim a supremacia da constituição no seu nascedouro.

De outro modo, num artigo intitulado de “Legitimidade do poder”, José Alfredo de Oliveira Baracho assevera que a legitimidade do poder para inovar ou alterar alguma norma passa por uma

[...] relação entre direito e poder é tema imprescindível na reflexão jurídico-política, quando o direito passa a ser instrumento de governo e realização do exercício do poder. É a correção entre direito e poder que leva à legitimidade do poder e à justiça da norma<sup>33</sup>.

Daí, afirma o autor que

as teorias do poder político podem ser sintetizadas em dois tipos essenciais: aquelas que se fundam sobre um poder de fato, proveniente da tradição ou comando atual constrangedor e absoluto e o que está assentado no direito, isto é, sobre a escolha expressa ou tácita de toda a comunidade nacional<sup>34</sup>.

Deduz-se desse modo que o poder só será legítimo se assentar-se no direito de a comunidade “[...] participar da elaboração dos contornos de poder, suas limitações controle, enfim, de sua legitimidade”<sup>35</sup>.

.....  
32 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989.

33 BARACHO, J. A. de O. Legitimidade do poder. *Revista de Informação Legislativa*, [Brasília, DF], v. 22, n. 86, p. 13-28, 1985. p. 14.

34 BARACHO, 1985, p. 15.

35 BARACHO, 1985, p. 15.

Além disso, para ser cumprida pela comunidade a que se destina, a norma legítima deve ter em sua essência a imperatividade propagada por Norberto Bobbio. Afirma ele

que as proposições que compõem um ordenamento jurídico pertençam à esfera da linguagem prescritiva é velha doutrina, conhecida pelo nome de teoria da imperatividade do direito, ou das normas jurídicas como comandos (ou imperativos). Citando duas passagens, uma da escola de Cícero [...], que [a lei é algo de eterno, que rege todas as nações, com sabedoria para ordenar e proibir ... capaz de prescrever e dissuadir] (De legibus, II c., 8), e a de Modestino, que diz: [...] [A essência da lei é esta: ordenar, vetar, permitir, punir] (D.I. 7, De Legibus, 1, 3)<sup>36</sup>.

Bobbio traduz dois termos de escritores clássicos que atestam a imperatividade da lei.

Ainda segundo Bobbio, “pode-se acrescentar que é também a doutrina mais comum entre os juristas, a que constitui, não obstante a crítica que lhe foi feita, a *communis opinio*”<sup>37</sup>, ou seja, a opinião dos mais festejados doutores e mestres juristas.

Ao lado da teoria imperativista, segundo a qual todas as normas são imperativos, onde a imperatividade é elevada ao caráter constitutivo do direito, foram sustentadas doutrinas mistas, segundo as quais apenas uma parte das proposições que compõem um ordenamento jurídico são imperativas, e doutrinas negativas, segundo as quais as proposições que compõem um ordenamento jurídico não são imperativas<sup>38</sup>.

.....  
36 BOBBIO, N. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 106.

37 BOBBIO, 2010, p. 106.

38 BOBBIO, 2010, p. 106.

Mesmo sucintamente, demonstramos o quão largas são as definições dos conceitos da legitimidade que, trazendo para o objetivo do texto, se concebe como a autorização de um Estado Democrático de Direito, governado por uma carta constitucional, emanada de seu povo, por meio de seus representantes, para praticar atos por meio de suas instituições às quais se insere o Poder Legislativo, cuja atuação é limitada pelo império da constituição, salvaguarda da democracia.

## Legalidade x legitimidade

Esses dois termos muito utilizados na teoria do sistema jurídico brasileiro foram objetos de estudo desde a Revolução Francesa, com escritores e filósofos que se destacam pelo pioneirismo de suas propostas até os dias atuais.

Destacam-se, entre esses, François Guizot, Marx Weber, Carl Schmitt, Kelsen e tantos outros que se propuseram a analisar as diferenças e semelhanças semânticas e práticas da legalidade e legitimidade.

Carl Schmitt escreveu o livro *Legalidade e legitimidade (Legalität und Legitimität)* sob a ótica da Alemanha em 1932. Nessa publicação, diversas controvérsias foram geradas e transformadas em novas e salutaras obras que se perpetuam no tempo.

Assevera ele que:

Para se entender corretamente toda a problemática do conceito hodierno da legalidade, bem como a questão inerente ao estado legiferante parlamentar e ainda aquela relativa ao positivismo jurídico proveniente do período pré-guerra, são misteres as definições conceituais nos campos da Teoria do Estado e da Constituição, para que não se perca de vista as presentes circunstâncias da política interna em seus conceitos estatais<sup>39</sup>.

.....  
39 SCHMITT, C. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 1.



O autor se refere à constituição alemã, denominada de Weimar. Percebe-se na transcrição anterior que o autor aduz sobre o “estado legiferante parlamentar” como ponto de partida para, junto ao conceito de legalidade, evocar definições da teoria do Estado e da constituição. Para tanto, é importante definir o conceito desse Estado legiferante que, para Schmitt,

é um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, gerais, bem como predeterminadas e, consequentemente, concebidas, visando a uma duração permanente. Em tal Estado, lei e aplicação da lei existem separados entre si. São as leis que regem, e não os indivíduos, as autoridades ou as instâncias superiores. Dito de uma maneira mais clara, as leis não regem, elas vigem apenas como normas<sup>40</sup>.

Portanto, o Estado legiferante schmittiano tem como característica a superioridade de lei. Quem atua, atua com base em uma lei. O legislador apenas elabora a norma e atua em nome dela.

Continua Schmitt que a submissão do indivíduo à lei é um

[...] princípio básico, construtivo e imediatamente necessário do Estado legiferante, no qual, portanto, indivíduos e pessoas não detêm o poder, mas em que normas devem ser vigentes. O último e verdadeiro sentido do ‘princípio’ fundamental da ‘legalidade’ de toda e qualquer vida estatal consiste, enfim, em que não mais imponham, de maneira alguma, poderes e ordens, afinal de contas, somente se pode fazer valer normas impessoalmente vigentes<sup>41</sup>.

Disso resulta que a legalidade da aplicação das normas estatais reside na “justificação” de um Estado legiferante, separando os poderes e as normas por ele aplicadas.

.....  
40 SCHMITT, 2007, p. 2.

41 SCHMITT, 2007, p. 3.

Pedro Castelo Branco, em seu artigo “Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber”, asseverou que:

Poucos autores apresentaram uma reflexão tão explícita e profunda sobre o problema da legalidade e legitimidade quanto Max Weber. Para alguns, sua análise compreensiva da legitimidade teria desencadeado uma ‘reviravolta copernicana’ nos campos da sociologia, do direito e, em especial, da teoria política. Tais estudos sobre a sociologia da dominação teriam modificado o modo de ver as relações de mando em consequência da mudança de paradigma: o deslocamento do eixo de análise do dominador – a exemplo da literatura que se debruça sobre as técnicas de aquisição e manutenção do poder pelo príncipe – para os motivos de submissão dos dominados. A questão da legalidade e da legitimidade está presente em todo o desenvolvimento e todas as configurações do conflito social. O exame dos tipos de legitimidade, sobretudo a crença na legitimidade da legalidade, está intimamente ligado a uma das principais contribuições de Weber à racionalização do direito moderno. A utilização singular do método comparativo e a mobilização de um conhecimento de caráter enciclopédico são postos a serviço de sua preocupação central com o fenômeno da racionalização – não apenas do direito, da economia e da religião, mas de diversos outros âmbitos da vida social. Embora Weber não tenha tido tempo de concluir *Economia e sociedade*, é inestimável o valor de sua principal obra<sup>42</sup>.

Por sua vez, a legitimidade, que tinha concepção semelhante à legalidade na visão de Weber, se diferencia dessa semântica para outros autores. Para o próprio Ferraz Júnior<sup>43</sup>, a expressão “legitimidade” é um lugar comum (*topos*) da retórica jurídica e política. Embora sua inteligência verbal faça pensar no legítimo como o

42 CASTELO BRANCO, P. H. V. B. Burocracia e Crise de Legitimidade: a profecia de Max Weber. *Lua Nova: revista de cultura e política*, São Paulo, n. 99, p. 47-77, 2016. p. 48.

43 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989.

“conforme a lei”, no uso comum dos nossos dias, o termo se constrói paralelamente, e às vezes superiormente à noção de lei, tomada pelo seu conteúdo positivista como norma legal, isto é, editada conforme procedimentos constitucionalmente fixados pelo Poder Legislativo. Costuma-se distinguir nesse sentido entre legítimo e legal, legitimidade e legalidade.

Segundo Faria,

uma norma é legítima quando sustentada sobre um valor e sua legalidade é dada pelo direito vigente, impessoal e objetivo. A questão aí é definir qual o valor irá verificar a legitimidade da norma para que não seja uma questão aberta e se compreenda qual o seu sentido, delimitando-a em relação as demais para que o fim a ser atingido seja o pretendido pelo legislador<sup>44</sup>.

Outro aspecto importante levantado por Faria<sup>45</sup> para os estudos do conceito de legitimidade reside no fato de que a legitimidade deve pressupor um valor que se reveste de elemento mínimo de autoridade, que a torna aceita independentemente do uso da força. Essa autoridade, por sua vez, não deve fundamentar-se no direito positivo, porque é justamente quem precisa de autoridade para ser eficaz.

Dessa forma, a necessidade do uso da força não desaparece, mas esta é minimizada, dando lugar à autoridade advinda de um poder político que, à medida que vai acrescentando-a às instituições provenientes do seu ato de fundação, faz com que a força seja reduzida a um papel cada vez mais acessório.

Assim, uma das mais evidentes diferenças entre o poder e a violência é o fato de que, enquanto a autoridade necessita de quantidade, esta tida como poder de governo proporcional à quantidade de opinião pública com que está associada, a violência pode arrumar-se sem isso,

.....  
44 FARIA, 1978, p. 80.

45 FARIA, 1978.

pois não está associada à opinião pública, mas sim a implementos de persuasão e coação.

Para Bobbio, “a noção de legitimidade diz respeito ao título para o exercício do poder que provém da ação de muitos, na comunidade, de uma adesão de uma mesma lei”<sup>46</sup>. Assim, infere-se que a legitimidade deve ocorrer com o referendo da comunidade que será atingida pela norma, principalmente se se tratar de uma constituição, por exemplo.

Para um poder ser legítimo, nas palavras de Faria, “é preciso que seus detentores tenham um título que justifique sua dominação, enquanto a legalidade depende justamente do exercício desse poder em conformidade com as leis estabelecidas”<sup>47</sup>. Para Bobbio, “do ponto de vista do governante, a legitimidade expressa o fundamento de seu direito de mando, enquanto a legalidade estabelece seu dever”<sup>48</sup>.

Ferraz Júnior aborda em sua obra sobre legitimidade os componentes epistemológicos e semânticos que irão compor o seu conceito. Entre estes está “[...] o caráter e o uso ideológico de legitimidade, como por exemplo na dogmática constitucional. Esta é um dos componentes de uma constituição jurídica”<sup>49</sup>.

Ainda para esse autor, “o uso retórico da legitimidade tem um acentuado caráter ideológico. Aplicado à constituição, ele nos leva ao problema da ideologia na dogmática constitucional”<sup>50</sup>.

Pela amplitude do tema e para melhor delimitar os seus estudos, Ferraz Júnior nos apresenta exemplos para que se possa destrinchar melhor o conceito sob o ponto de vista ideológico.

Ferraz Júnior<sup>51</sup> afirma que:

.....

46 BOBBIO, 2010.

47 FARIA, 1978.

48 BOBBIO, 2010.

49 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 16.

50 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989.

51 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989.

Se disséssemos que a Constituição anterior a 1967/1969 é ilegítima, na medida em que foi expressão de uma vontade autoritária, isto poderia ser tomado como uma espécie de observação sobre um dos caracteres ideológicos de 69 (a). Se disséssemos que a Constituição de 1988 consagrou legitimamente o princípio republicano e que, se assim o é, as medidas provisórias têm de ser usadas muito restritamente sob pena de inconstitucionalidade, isso poderia ser considerado como uma compreensão ideológica da legitimidade constitucional (b). Se ainda disséssemos que, numa constituição legítima, ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, estaríamos reproduzindo um texto e, simultaneamente, produzindo um efeito de reforço ideológico, posto que é como se o princípio da legalidade fosse capaz de conferir à constituição o reconhecimento de um conteúdo como legítimo.

Com a discriminação desses enunciados – o primeiro (a) e os demais (b-c) –, pode-se distinguir entre um enunciado sobre ideologia e um enunciado ideológico. O autor faz uma alusão a Hart para afirmar que um enunciado sobre ideologia manifesta um ponto de vista externo e um enunciado ideológico manifesta um ponto de vista interno. O primeiro é aquele emitido por um observador sem compromisso com a ideologia que menciona, ao passo que o segundo é emitido por um observador que se compromete [...].

O que Ferraz Júnior apresenta nessa transcrição é um apontamento prático para que se possa realizar a distinção entre um enunciado sobre ideologia e um enunciado ideológico, como forma de compreender o contexto dessa vertente.

Ferraz Júnior<sup>52</sup> ainda aponta que é a ideologia que permite também o entendimento da legitimidade de uma constituição, no sentido de

.....  
52 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 17.

um mútuo entendimento, isto é, da criação de pressupostos básicos em torno dos quais parece ocorrer um consenso implícito e ainda permite uma prática constitucional legítima, assegurando a correspondência entre norma, conteúdos normativos e institucionalizações da conduta social.

Do ponto de vista das regras dogmáticas de legitimação das normas, Ferraz Júnior<sup>53</sup> afirma que para legitimá-las, isto é, para realizar o pressuposto difuso da legitimidade, a dogmática se serve de instrumentos operacionais. Estes são constituídos de regras e princípios legitimantes, distinguindo-os em três grupos: regras de fixação de valores, regras de programação e regras de consecução. Pelas primeiras, estabelece-se um sistema constante de valores. Pelas segundas, o sistema é projetado num fluxo de adaptações. Pelas terceiras, ele se atualiza. No caso concreto, as duas últimas acabam por depender das primeiras, o que confere à legitimação um evidente caráter ideológico, entendendo-se ideologia última e primeira dos valores, a partir do qual estes adquirem um conteúdo e um espaço de variação possível.

Portanto, após análise de três autores consagrados na doutrina brasileira, quais sejam, Marx Weber, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e José Eduardo Faria, infere-se que, para se elaborar uma norma ou uma constituição democrática, deve existir uma autoridade que irá autorizar a feitura de uma carta fundamental. Nesse caso, essa delegação parte do povo, a sociedade que decide, e, após a ruptura de uma ordem estabelecida, há a fundação de uma nova ordem legal. Frise-se que são grupos vitoriosos que impõem um projeto político, cuja meta final é a introdução de novas formas de convivência.

Legitimidade é o exercício de uma autoridade que pode tanto fornecer quanto retirar bases para o poder.

Para Leonardo Lima (2011),

.....  
53 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 23.

a ideia de democracia por representação fez da legitimidade um dos institutos jurídicos mais analisados pela Teoria do Direito, bem como pelas demais ciências sociais e humanas, uma vez que, muito embora o poder continuasse a emanar do povo ou grupo, seu exercício foi delegado a um determinado sujeito<sup>54</sup>.

Continua Lima (2011):

essa dissociação entre a titularidade e exercício do poder provoca uma crise de legitimidade. É que o sujeito que faz uso do poder nem atua em perfeita simetria com os interesses grupo que, por sua vez, nem sempre obedece espontaneamente aos comandos de seu representante. Para saber se em casos similares a legitimidade foi ou não ferida é imprescindível compreender o real significado desse instituto<sup>55</sup>.

Estudiosos, ao longo dos anos, trouxeram à luz alguns aspectos sobre o conceito de legitimidade, a exemplo de Max Weber e Hans Kelsen. Apesar disso, não há consenso sobre uma teoria que confirme tal definição.

Daí a necessidade de apresentação dos títulos de legitimidade, isto é, dos valores em nome dos quais o poder é exercido. Como não encontra uma resposta única, mas pressupõe o concurso de opinião pública e implica a capacidade do sistema de manter a crença de que as instituições são as mais apropriadas à sociedade, o processo de legitimação não termina aqui: representa apenas o final de um ciclo descendente dos valores aos fatos<sup>56</sup>.

.....  
54 LIMA, L. T. B. O conceito de legitimidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2898, 8 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19278>. Acesso em: 1 set. 2023.

55 LIMA, 2011.

56 FERRAZ JÚNIOR; DINIZ; GEORGAKILAS, 1989, p. 114.

Max Weber e Hans Kelsen, numa afirmação de Leonardo Lima<sup>57</sup>, entendem a legitimidade

como a expressão da lei, imposta por *coerção*, sendo legítimo o que for legal, a teor do que o legislador estabelecer como direito. A coerção seria a possibilidade jurídica de aplicação de uma sanção, segundo os autores positivistas, diferenciando-se da coação, que é um vício de vontade. Não há na teoria desses pensadores, portanto, necessária correspondência (ao menos constante ou contínua) de fato entre a atuação do representante e a vontade dos representados. Escolhido aquele, é por força que estes devem se submeter às decisões decorrentes do exercício do poder.

Num contraponto a esses conceitos, Luhmann, citado em Lima, aduz que “nenhum sistema político pode se apoiar apenas sobre a força física da coação, mas antes deve alcançar um consenso maior para permitir um domínio duradouro”<sup>58</sup>.

Portanto, longe estamos da epistemologia unívoca desse conceito que passa, no sentido jurídico-político, pela ética e pela impessoalidade. Tal pessoa está autorizada pelo Estado a desempenhar uma determinada função ou celebrar um convênio ou um acordo comercial. Daí infere-se que a instituição é legitimadora de tais atos.

Por fim, Leonardo Lima conclui seu artigo com a seguinte definição:

Em que pese sua natureza análoga, os diversos significados do termo em estudo aqui expostos permitem sugerir, finalmente, um conceito: legitimidade é a qualidade atribuída à *manifestação de vontade* de um determinado sujeito, no exercício de um poder decorrente da tomada de decisões por um determinado grupo de interessados, autorizada pela norma jurídica (lega-

.....  
57 LIMA, 2011.

58 LUHMANN, 1980, p. 29-30 *apud* LIMA, 2011.



lidade), determinada pelo consenso e exercida nos limites da ética (juridicidade)<sup>59</sup>.

Paulo Bonavides aclara ainda mais os conceitos de legalidade e legitimidade, trazendo-os para o campo dos princípios. Para ele,

a legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deve atuar sempre em conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula<sup>60</sup>.

Sob o aspecto do conceito da legitimidade, aduz o autor que

a legitimidade tem exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar<sup>61</sup>.

## O poder constituinte

O poder constituinte é a vontade soberana de um povo que a expressa por meio de seus representantes, para fundar uma nova ordem constitucional. Essa vontade, quando voltada ao estabelecimento de um poder constituinte originário, ocorre normalmente a partir de uma

.....  
59 LIMA, 2011.

60 BONAVIDES, 2000, p. 120.

61 BONAVIDES, 2000, p. 121.

ruptura social – conforme os estudos realizados neste trabalho – ou por uma ditadura.

De outro modo, há no sistema jurídico democrático a possibilidade de um outro poder constituinte ser autorizado na própria carta originária, o que se denomina de poder derivado ou reformador, permitindo que o legislador faça alterações na constituição, respeitando a supremacia de sua origem.

## Elementos gerais

Poderia se falar em constituição desde o período aristotélico, quando, na sua obra *Política*, Aristóteles já suscitava sua existência.

Mas a teoria do poder constituinte só passou a ser estudada acerca de sua natureza, titularidade e limites a partir das Constituições americana e francesa. Esta última, apesar de ter sido contemporânea da americana, mereceu maiores atenções dos filósofos da época, ainda mais porque a deflagração do processo constituinte francês deveu-se a uma ruptura revolucionária em 1789, culminando com sua promulgação em 1791.

Foi nesse ambiente que o abade Emmanuel Sieyès desenvolveu sua teoria até hoje difundida e estudada. Sua obra intitulada *Qu'est-ce que le tiers état?*, anteriormente comentada, apresentou diversas reivindicações do Terceiro Estado, representado pela burguesia francesa. Afirmou Sieyès que é “uma ideia sã e proveitosa que se estabeleceu em 1788: a divisão entre o poder constituinte e o poder constituído. Há de figurar como uma das descobertas que fizeram a ciência dar um passo à frente e se deve aos franceses”<sup>62</sup>. Daí deduz-se que houve uma divisão entre os poderes constituinte e constituído, que permitiu a elaboração de uma carta com limitação de poder por meio da definição de competências dos três Poderes.

62 SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

Nota-se que Sieyès se afastou da doutrina rousseuniana da vontade geral e da necessidade de participação direta de cada indivíduo, substituindo-a pelo conceito de representação.

Engenhosamente trata, pois, Sieyès, de inserir o poder constituinte na moldura do regime representativo, de modo que se atenuem assim as consequências extremas oriundas do sistema de soberania popular, conforme o modelo de Rousseau. A fórmula é sabida: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais (a convenção)<sup>63</sup>.

É antigo o debate sobre a caracterização do poder constituinte, a ponto de ser classificado como fundacional, originário e derivado, que são adjetivações, em parte, retóricas. Rigorosamente, por ser potência, o poder constituinte é o denominado fundacional ou o originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma outra ordem completamente nova ao acionar a sua eficácia atual. Não há, assim, poder constituinte constituído ou derivado. Há, sim, órgãos com competência para promover modificações na constituição jurídica, observados os limites dessas atribuições.

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, citando Paulo Bonavides, afirmam que

não se deve confundir o poder constituinte propriamente dito com a sua teorização, já que, como fenômeno social e político, o poder constituinte sempre existiu em todas as sociedades politicamente organizadas, mas a sua formulação teórica e sua vinculação com a noção moderna de uma constituição jurídica é obra do pensamento iluminista do século XVIII<sup>64</sup>.

Continuam Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

.....  
63 BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 145.

64 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 102.

A constituição, ao contrário, não extrai seu fundamento da validade de uma ordem jurídica (formal) superior, mas se estabelece e alcança autoridade jurídica superior, em função da vontade das forças determinantes e representativas da sociedade na qual surge<sup>65</sup>.

## A natureza do poder constituinte

Existem algumas teses sobre a natureza do poder constituinte, como a de que não se trata propriamente de um poder jurídico, mas sim, especialmente considerando a relação entre soberania e poder constituinte, de um poder político, portanto, pré-jurídico e mesmo extrajurídico, assim o define, por exemplo, Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>66</sup>.

Em sentido totalmente contrário, Edvaldo Brito<sup>67</sup> afirma que a natureza do poder constituinte é jurídica. O poder constituinte pode ser definido como uma potência, no sentido de uma força em razão da qual determinada sociedade política se dá uma nova constituição e, com isso, recria e/ou modifica a estrutura jurídica e política de um Estado.

Afirma Edvaldo Brito:

As afirmações que definem o poder constituinte ora como mero fato, ora como poder jurídico. Seria mero fato porque o poder constituinte operaria no mundo pré-jurídico; fato porque estaria no campo político-social; fato, porque não poderia ser poder jurídico, uma vez que, operando, como dito nas linhas anteriores, não estaria no meio do Direito, desde quando ele precederia a formação do Direito.

.....  
65 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 102.

66 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018.

67 BRITO, 1993.

Aqui manifestamos discordância a este entendimento porque, admitida a convenção institucional, nos termos em que este trabalho vem mencionando, o poder constituinte tem de estar no meio jurídico, sob pena de carência de legitimidade das regras que estabelece que serão até passíveis da censura daqueles a quem incumbe encontrá-las compatíveis com os valores fundamentais antes referidos, se elas não estiverem conforme estes valores<sup>68</sup>.

Por essas linhas transcritas do primoroso livro de Edvaldo Brito, *Limites da revisão constitucional*, percebe-se claramente a firmeza com o que o autor afirma que a natureza do poder constituinte é jurídica e detalha com muita propriedade esse entendimento doutrinário, indo assim em mão contrária à doutrina que adere à natureza política ou até mesmo político-jurídica do poder constituinte originário.

Como já lecionava Carl Schmitt<sup>69</sup>, o poder constituinte é a vontade política cujo poder e autoridade é capaz de tomar decisão concreta sobre tipo e forma da própria existência política, ou seja, de determinar, na sua integralidade, a existência da unidade política.

O poder constituinte é origem, é causa, por isso, é titular de prerrogativas, ou seja, tem atribuições próprias. É potência. Diversamente, os entes a que incumbe a emenda ou a revisão da constituição jurídica têm competência.

Como o tema deste capítulo envolve a legitimidade da iniciativa do Congresso Nacional para alterar as competências da jurisdição constitucional, apresentamos outros temas correlatos que embasam a resposta do problema apresentado, a exemplo da análise do poder constituinte e suas generalidades, para melhor compreensão dos limites da alteração da constituição.

.....  
68 BRITO, 1993, p. 72.

69 SCHMITT, 2007.

## O poder constituinte e suas formas de expressão

Em lição preclara acerca das formas de expressão do poder constituinte, Sarlet, Marinoni e Mitidiero descrevem que

as formas de manifestação do poder constituinte são diversas, não podendo ser reduzidas a um único modelo ou fórmula. Como bem descreve Gomes Canotilho, é possível reduzir com três palavras: revelar, dizer e criar os traços característicos das três principais experiências constituintes que estão na base do constitucionalismo contemporâneo: a inglesa, a americana e a francesa. Ainda na compreensão de Canotilho, os ingleses compreendem o poder constituinte como um processo histórico de revelação de sua constituição; os americanos dizem num texto escrito, produzido por um poder constituinte, em que consiste o direito fundamental da nação; ao passo que os franceses criam uma nova ordem jurídica e política por meio da destruição do antigo regime e sua substituição por uma nova ordem, expressa por meio de um texto escrito: a constituição<sup>70</sup>.

Nesse âmbito – as chamadas formas democráticas de exercício do poder constituinte –, é comum que se estabeleça uma distinção entre dois modelos básicos: a constituição é feita por uma assembleia constituinte soberana, que poderá ser exclusiva ou não, e uma assembleia constituinte não soberana, que poderá ser da mesma forma exclusiva ou não. Na história brasileira, a tradição se mostra mais afinada com a instauração de assembleias não exclusivas, assim foram as Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e a de 1988.

Nessa esteira do processo histórico, cabe mencionar que há ainda o poder constituinte não democrático, como é o caso da outorga de uma constituição por um ditador.

.....  
70 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 221.

## A supremacia da constituição e os limites das alterações constitucionais

A Constituição Federal é a Lei Fundamental, na qual uma sociedade organizada restringe atos ou estabelece prestações estatais, ou seja, prescrevendo deveres ou garantindo direitos, criando-se uma atmosfera de controle desse Estado garantidor. Nesse diapasão, José Afonso da Silva ensina que a constituição é algo que tem como forma um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo<sup>71</sup>.

Os preceitos ou normas (regras e princípios) que integram a constituição encontram-se num grau hierarquicamente superior em face de todas as demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro<sup>72</sup>. A supremacia constitucional é dividida em material e formal. A supremacia material se refere ao conteúdo material de uma constituição, isto é, existe supremacia material apenas naquelas constituições flexíveis, ou costumeiras, em que os costumes e as leis constitucionais têm voz; por outro lado, num ponto de vista jurídico, só há que se falar em supremacia formal na constituição escrita, quando a regra da rigidez constitucional estiver em vigor.

É necessário salientar que na Constituição Federal estarão presentes as diretrizes básicas do Estado Democrático de Direito, ou seja, o espírito do sistema jurídico brasileiro estará depositado em seu próprio texto constitucional. Todas as pessoas públicas ou privadas estão

71 SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 41.

72 CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 92.

submetidas a essa supremacia, de modo que não é possível admitir que uma lei incompatível com a Constituição, seja formal ou materialmente, possa ser aplicada.

Nas palavras de Hans Kelsen<sup>73</sup>, a constituição encontra-se no ápice do sistema jurídico de um país, haja vista que uma norma jurídica, para ser válida, precisa buscar seu fundamento de validade em uma norma superior. Nesse sentido, todas as normas devem se adequar aos parâmetros constitucionais, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, face o controle de constitucionalidade brasileiro que ocorre perante o STF. A existência do controle de constitucionalidade pressupõe que haja uma ordem jurídica encabeçada por uma constituição rígida, estando nela esquadrihados o conteúdo e o processo de elaboração das demais normas, bem como a estruturação e as normas fundamentais do Estado e a organização de seus órgãos. A realização do controle de constitucionalidade pode ser feita tanto de forma preventiva como repressiva; bem como por todos os Poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em sua obra *Teoria pura do direito*, Hans Kelsen ensina brilhantemente:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora<sup>74</sup>.

73 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

74 KELSEN, 1998, p. 246.



Assim sendo, uma constituição rígida, como é o caso da Constituição Federal de 1988, “possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais”<sup>75</sup>, de modo que a rigidez da constituição é um pressuposto do controle de constitucionalidade, pois, “se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade”<sup>76</sup>.

Nesse sentido, o renomado autor José Afonso da Silva conceitua:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental<sup>77</sup>.

Vale dizer ainda, com Zeno Veloso, que o controle de constitucionalidade “[...] serve também como barreira para os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais”<sup>78</sup>.

A inconstitucionalidade da lei significa o rompimento da relação de compatibilidade com a constituição. Segundo Luís Roberto Barroso,

a Constituição se revela suprema, sendo o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia,

.....  
75 LENZA, 2013, p. 195.

76 BARROSO, 2013, p. 23.

77 SILVA, 2002, p. 46.

78 VELOSO, Z. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. São Paulo. Cejup, 1999. p. 19.

nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição<sup>79</sup>.

## Limites à reforma e revisão da constituição jurídica

Não tem como haver uma constituição imutável, pois, como norma fundamental, pressupõe estabilidade, tendendo a vigorar indefinidamente, até que outra ordem a substitua. Desse modo, deve conter em seu próprio texto as formas e os limites de reforma ou revisão.

As constituições não podem ser imutáveis. Como objeto fundamental de ordem social, elas devem prever em seus conteúdos formas de revisão e reforma. Por outro lado, como aponta Barroso, as constituições não podem ser volúveis. Os textos constitucionais não podem estar ao sabor das circunstâncias, fragilizados diante de qualquer reação à sua pretensão normativa, disponíveis para serem apropriados por maioria ocasional. O estudo do poder de reforma da constituição é pautado pela tensão permanente que se estabelece, num Estado Democrático de Direito, entre permanência e mudança no texto constitucional<sup>80</sup>.

Está comprovado, tanto no plano lógico-jurídico como no comportamental (pragmático) da doutrina da Constituição, que “a revisão constitucional não é potência, desde quando opera em nível de competência, isto é, em nível de funções recebidas de uma autoridade que a criou, para serem exercidas conforme estipulado no ato de criação”<sup>81</sup>.

Pelas lições dos autores anteriormente citados, as constituições não devem ser imutáveis, mas de outro modo não devem possibilitar alterações constantes como forma de atender o humor do legislador ou

79 BARROSO, 2013, p. 23.

80 BARROSO, 2013, p. 163.

81 BRITO, 1993, p. 80-81.

as tensões sociais, cujos reflexos se dão no Congresso Nacional, onde, a todo tempo, são propostas emendas constitucionais de toda a sorte, por achar alguns incautos congressistas que não existe limite algum para “retalhar” a Constituição, numa afronta direta à sua supremacia e à soberania do povo.

Ainda para Brito,

consequentemente, quando se procede a alterações na Constituição jurídica não se está exercitando potência; exercita-se competência, seja de modo formal, seja, informal. Imutáveis são aquelas que não preveem nenhum processo de alteração, sob o fundamento de que a vontade constituinte se exaure com a atividade originária<sup>82</sup>.

Importante que se distingam as alterações formais das informais por causa dos limites atribuídos a ambas e até daqueles existentes entre a competência do órgão reformador e a potência da função constituinte. A doutrina nem sempre se preocupou em distinguir esses limites, até porque a prática constitucional descuroou-se de regular, com precisão, a atividade reformadora (a de emenda e a de revisão). Nem todas as constituições regram-na. Por isso não se vinha traçando, com nitidez, a linha divisória.

Impõe-se, então, a sistematização do tema, discriminando as espécies de alteração: os tipos formais são a emenda e a revisão, e os não formais, os atos integrativos e os atos jurisdicionais; por isso que esses tipos poderão conduzir a mutações inconstitucionais.

Para Edvaldo Brito,

o princípio que deve prevalecer é o da existência de limites para toda e qualquer alteração. É assim porque ‘não há reforma total, no sentido absoluto da palavra, pois o direito de revisão somente permite modificar a Constituição, em seu conjunto, para aper-

.....  
82 BRITO, 1993, p. 80-81.

feitoá-la. Mas que se possa usar deste direito consagrado pela Constituição para destruí-la, que se possa voltar assim contra a Constituição uma arma fornecida por ela, são pretensões que não podemos admitir<sup>83</sup>.

Não se pode deixar de prever, numa constituição, limites ao poder reformador, no sentido de estabelecer parâmetros explícitos e implícitos vedando ao legislador alterar certos conteúdos da Carta Magna.

### *Materiais*

Os limites materiais, vedados tanto pela reforma quanto pela revisão, são as chamadas cláusulas definidas pelo próprio constituinte originário, como forma de preservar a essência da constituição. Ainda assim, o legislador, vez por outra, tenta empreender essas alterações de forma “maquiada”, como forma de contornar esses limites.

Edvaldo Brito cita Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que

entende que as limitações materiais são as mais importantes de todas, porque vedam a reforma da Constituição relativamente a certos pontos considerados fundamentais; são explícitos quando o texto discrimina-os fazendo-o em regra *numerus clausus* por isso tem sido polemizada a existência de limites imanes materiais implícitos.

A doutrina nacional, a partir dos estudos de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, tem debatido o tema, com a declarada aceitação de alguns, tal como acontece com este trabalho que adota, integralmente, a conclusão do professor baiano, de saudosa memória, que arrola como fora do alcance da competência revisora as normas da Constituição jurídica que veiculam: 1) os direitos fundamentais; 2) a titularidade do poder constituinte; 3) a titularidade da competência reformadora (emenda e revi-

.....  
83 BRITO, 1993, p. 88.

são) 4) o processo da reforma (emenda e revisão). A adesão deste trabalho é, no mínimo, coerente. Desde o início e com o auxílio do jogo de lógica de ALF ROSS, vem afirmando, em cada linha, que a reforma não é poder; é competência. Nestes termos, já recebe as condições do exercício de suas funções de modo imutável<sup>84</sup>.

Os limites materiais para reforma e revisão da Constituição estão elencados de forma expressa na Carta de 1988, que, no seu art. 60, § 4º, aponta o que não deve ser objeto de emenda constitucional vinculando o legislador a tais limites. Que na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Edvaldo Brito, se constitui nas limitações mais importantes de alteração da Constituição, pois preserva a essência e a supremacia dessa Carta, fundamental para a guarda do Estado Democrático de Direito.

### *Explícitos*

Os limites explícitos são aqueles expressos na constituição. No caso da Constituição de 88, eles estão dispostos no art. 60, § 4º, não podendo se alterar por emendas tendentes a abolir:

- I – a forma federativa do Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

Para Bonavides, “tais limitações são basicamente aquelas que se referem a extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de

.....  
84 BRITO, 1993, p. 93.

revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário”<sup>85</sup>.

### *Implícitos*

Os limites implícitos são aqueles que, apesar de não estarem cravados com as disposições contidas no art. 60, § 4º, são também imutáveis. Assim, como exemplo, temos os limites do poder de tributar, que se aplicam implicitamente aos direitos e garantias individuais contidas nas cláusulas pétreas.

### *Circunstanciais*

Ocorrem certas anomalias sociais que requerem da função política certas providências também esdrúxulas e que poderiam justificar a derrogação dos limites materiais. Contudo, o poder constituinte preserva do seu alcance a reforma da constituição jurídica como um todo. É nisso que consiste a limitação circunstancial: ocorridas, pois, essas situações esquisitas, não se pode tocar no texto da Lei Maior. É que, em regra, elas ensejam a restrição ao exercício de prerrogativas inerentes às liberdades públicas e, então, a sociedade civil teria pouco espaço para a livre manifestação do seu pensamento, abrindo caminho para as iniquidades, também típicas desses momentos.

### *Temporais*

As limitações temporais consistem nas proibições para que o exercício da competência reformadora opere antes de certo prazo ou fora de certos períodos determinados. Outrossim, consistem na determinação para que a reforma seja feita num certo momento; aqui, é

.....  
85 BONAVIDES, P. *Ciência Política*. 10. ed. 8. reimp. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 178.

um múnus, enquanto as outras hipóteses configuram faculdade. Em qualquer delas, porém, há de ser respeitado o momento próprio para o exercício da competência.

### *Limites transcendentales à ordem constitucional positivada*

Os limites transcendentales são, contudo, mais polêmicos. Eles abrangem, inclusive, o poder constituinte e agora fazem reiterar-se, aqui, a circunstância de que não há reforma total, no sentido absoluto da palavra, seja pela via da emenda, seja pela via da revisão, sob pena de transformar-se competência em potência.

## **Limites do Congresso ao poder de legislar**

Na Constituição, em seu art. 60, estão descritos num rol taxativo os legitimados para propor alteração na Constituição Federal, entre esses os próprios membros do Congresso Nacional, em número mínimo de 1/3 para subscrever e apresentar a proposta e de 3/5 para aprová-la em cada Casa, em dois turnos de votação.

As funções estatais são exercidas por meio das competências que lhes são dispostas em lei e na Constituição da República. Para José Afonso da Silva, “competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou de um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”<sup>86</sup>.

O artigo 22 da CR/88 enumera as matérias de competência privativa da União; o artigo 23 está relacionado às matérias de competência comum entre os entes federados; o artigo 24 dispõe sobre os casos de competência concorrentes entre a União, os estados e o Distrito Federal; o § 1º do artigo 25 confere aos estados a chamada competência

.....  
86 SILVA, 2002, p. 479.

residual ou remanescente; e o artigo 30 dispõe, especialmente, sobre o que compete aos municípios.

O que se pretende tratar é a competência legislativa para dispor sobre projetos de lei que versem sobre determinados assuntos. Em matéria de processo legislativo, as competências legislativas são distribuídas em: iniciativa geral (ou concorrente) e iniciativa privativa (ou exclusiva). Prevista no caput do artigo 61 da CR/88, a iniciativa geral ou concorrente confere ao Parlamento, ao presidente da República, aos cidadãos e aos órgãos superiores a competência para deflagrar o processo legislativo. Porém, todos os órgãos do Estado detêm um poder de iniciativa mitigado, sendo estabelecidos limites sobre as matérias reservadas à competência de cada órgão ou Poder. Já a iniciativa privativa ou exclusiva é importante quando a apresentação de determinada espécie legislativa ou de proposição versando sobre determinada matéria incumbe a um único órgão do Estado. O aspecto fundamental da iniciativa exclusiva é conferir a seu titular a oportunidade e conveniência de propor determinado direito relativo às matérias que lhe foram confiadas<sup>87</sup>.

As iniciativas privativas, no entanto, constituem-se exceção à regra, que é a iniciativa geral, e não devem ser ampliadas, sendo aplicadas somente nos casos expressos na Constituição. As iniciativas privativas estão descritas em um rol taxativo na Constituição de 1988 e, de acordo com o STF,

[...] a iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliada, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca<sup>88</sup>.

87 FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209.

88 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 724-6 – Rio Grande do Sul. ADIN – LEI 7999/85, do Estado do Rio Grande do Sul, com a redação



O princípio da separação ou divisão dos Poderes ou funções foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro, mantido na Constituição Federal de 1988, ao adotar a formulação tripartite de Montesquieu, conforme o texto do art. 2º.

Essa regra vem sendo observada em todas as constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1824, que centralizava o poder na pessoa do Imperador pelo chamado Poder Moderador.

Nessa concepção tripartite, todos os Poderes previstos têm suas competências ou funções minuciosamente previstas no texto constitucional, de modo que a regra é a harmonia entre os Poderes, como prevê o Texto Maior.

Essa harmonia, como sabemos, é garantida pelo sistema de freios e contrapesos – *checks and balances*, na doutrina norte-americana –, que tem como objetivo evitar a sobreposição de um Poder em outro, mecanismo este que se encontra expressamente previsto ao longo de todo o texto constitucional.

## **Casos concretos de propostas legislativas do Congresso Nacional para alterar as competências da jurisdição constitucional brasileira**

Tramita na Câmara dos Deputados a PEC 275/13, que transforma o STF em uma Corte Constitucional, amplia o número de ministros para 15 e reduz sua competência a causas relativas à

.....  
que lhe deu a LEI 9.535/92 – Benefício Tributário – matéria de iniciativa comum ou concorrente – repercussão no orçamento estadual – alegada usurpação da cláusula de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo – ausência de plausibilidade jurídica – medida cautelar indeferida. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello, 7 de maio de 1992. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, p. 65-82, 27 abr. 2001. p. 65.

interpretação e aplicação da CF, transferindo todas as demais para o STJ. A proposta é de autoria da deputada Luiza Erundina.

De acordo com a PEC, os ministros serão nomeados pelo presidente do Congresso após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara e do Senado. As escolhas serão realizadas com base em listas tríplices elaboradas pelo CNJ, pelo CNMP e pelo Conselho Federal da OAB. Os candidatos deverão ter mais de 40 e menos de 60 anos.

A proposta ainda altera alguns processos das demandas de competência da nova Corte em relação aos atualmente em vigor. Nas ADIns impetradas perante a Corte Constitucional, o advogado-geral da União deixará de ser ouvido obrigatoriamente, 'pois as questões examinadas nesse quesito não são, necessariamente, de interesse da União Federal'<sup>89</sup>. Já os recursos extraordinários passarão a ser admissíveis somente após decisão tomada por um tribunal superior<sup>90</sup>.

De outro modo, também tramitam no Congresso algumas propostas de emendas à Constituição (PECS) que alteram a competência do STF, além de outras alterações de seu funcionamento. Uma delas modifica o processo de escolha e a fixação de mandatos para os ministros do STF, fixando o mandato de dez anos. Além disso, determina que o presidente da República escolha os ministros do STF por meio de lista com três indicações (lista tríplice).

Trata-se, portanto, de um substitutivo do senador Antônio Anastasia, que

.....  
89 BRASIL. Câmara dos Deputados; Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n° 275, de 2013*. Cria a Corte Constitucional; altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça; altera a composição do Conselho Nacional de Justiça. Autoria: Luiza Erundina, 6 jun. 2013. p. 7.

90 PEC pretende reduzir competência do STF. *Migalhas*, [s. l.], 9 jan. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/193262/pec-pretende-reduzir-competencia-do-stf>. Acesso em: 1 set. 2023.

[...] mescla conteúdos de outras duas propostas que tramitam em conjunto com a PEC 35: a PEC 59/2015 e a PEC 16/2019. A PEC 59, de autoria da ex-senadora Marta Suplicy, é a menos abrangente e apenas determina prazos para a indicação, apreciação e nomeação dos ministros. Por sua vez, a PEC 16/2019, do senador Plínio Valério (PSDB-AM), estabelece prazo para que o presidente da República escolha o ministro do STF e fixa o mandato dos ministros em oito anos.

O relator preferiu a PEC 35, de autoria do senador Lasier Martins (Podemos-RS), que já tinha recebido parecer favorável na CCJ, indo à discussão em primeiro turno no Plenário. A PEC, que retornou à CCJ, altera o artigo 101 da Constituição, estabelecendo que o presidente deve escolher o ministro do Supremo por meio de lista tríplice.

No substitutivo, Anastasia determinou que o tempo de mandato dos ministros do Supremo Tribunal Federal deve ser de dez anos. Para ele, é um tempo adequado, até maior do que o que geralmente têm durado os mandatos dos ministros, hoje vitalícios<sup>91</sup>.

## **Legitimidade da iniciativa do Congresso Nacional para alterar as competências da jurisdição constitucional**

Diante das instabilidades políticas, sociais, culturais próprias das sociedades desde os primórdios, a partir da era do *homo sapiens*, vez por outra presenciemos modificações no modo de existir e de se relacionar do ser humano. Na política não é diferente.

.....  
91 CCJ analisará PEC que dá fim a mandatos vitalícios de ministros do STF. *Senado Notícias*, Brasília, DF, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/10/ccj-analisara-pec-que-da-fim-a-mandatos-vitalicios-de-ministros-do-stf>. Acesso em: 1 set. 2023.

Atualmente no Brasil vivemos uma instabilidade social provocada por diversos fatores que aqui não cabe mencionar, além é claro daqueles advindos das incertezas trazidas pela pandemia e que modificaram bastante o modo de viver e de lidar com essa doença.

Aliado a isso, nos dias atuais tem-se observado muitas tensões sociais e políticas, que a todo momento frequentam as mídias em todas as suas formas.

As constituições, visando principalmente evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, preveem a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, reparando entre eles as funções estatais, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Para Alexandre Moraes<sup>92</sup>,

a divisão segundo o critério funcional é a célebre ‘separação de Poderes’, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, a legislativa, administrativa e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, [...] foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na sua obra ‘Política’, detalhada posteriormente por John Locke, no Segundo Tratado do Direito Civil [...]. E finalmente consagrada na obra de Montesquieu, o Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, previsto também em nossa Constituição no seu art. 2º.

O objetivo dessa separação clássica era justamente a limitação do poder do soberano e a garantia da proteção à liberdade individual contra os arbítrios dos governantes. Para Moraes, o direito constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de

.....  
92 MORAES, 2003, p. 72.

tripartição de poderes, já entende que essa fórmula interpretada com rigidez se tornou inadequada para um Estado que assume a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar.

Mas nem por isso a separação dos Poderes deve ser relativizada como em casos de usurpação de competência legislativa, ferindo de morte o inciso III, do § 4º, do art. 60 da Constituição.

Assim, por tudo exposto e estudado, definitivamente, não há legitimidade da iniciativa do Congresso Nacional para alterar as competências da jurisdição constitucional, sob pena de violação do que estabelece a nossa Carta Magna, expressamente no art. 60, § 4º.

## **Conclusão**

O estudo que ora se encerra abordou o tema: legitimidade da iniciativa do Congresso Nacional para alterar as competências da jurisdição constitucional.

O alargamento das análises, com a inclusão de outros temas correlatos, teve como escopo principal a busca por uma resposta que pudesse solidificar a compreensão sobre a legitimidade do Congresso Nacional para propor emenda à Constituição que altere a jurisdição constitucional brasileira.

Assim, apresentou-se uma historicidade das Constituições desde a primeira Constituição escrita, conhecida como a Carta de João Sem Terra, rei inglês que em 1215 a promulgou, constituindo-se num marco histórico até hoje estudado pelas academias espalhadas pelo mundo. Necessário também foi uma análise sobre o constitucionalismo, movimento que originou a inserção dos direitos fundamentais, sendo sua pedra angular as Constituições dos Estados Unidos e da França, esta última considerada como um divisor de águas por parte da doutrina, pois tratou da separação dos Poderes e de seus limites, além de inserir

naquela constituição um rol mais ampliativo dos direitos do homem e do cidadão.

Uma análise da expressão “legitimidade” foi de extrema importância para se compreender o seu conceito jurídico, pois, como se viu, ela assume diversos signos em áreas distintas e muito mais amplas do que se possa imaginar. O estudo de seu conceito determinou com muito mais precisão a resposta ao tema proposto.

O poder constituinte, suas generalidades e sua natureza foram também relevantes para que se pudesse compreender os limites de revisão e reforma e a supremacia da constituição, tema apresentado logo em seguida.

Os limites de revisão e reforma adentraram especificamente ao tema proposto, para que pudessem alicerçar uma resposta muito mais guiada por estudiosos brasileiros e de outros países, que demonstram todos os limites de alteração e reforma de uma carta fundamental, especificamente em países democráticos.

Assim, apontou-se para a finalização do presente capítulo a demonstração em espécie dos limites do Congresso Nacional ao poder de legislar, discorrendo sobre os princípios e regras que norteiam o legislador, quando este se propõe a modificar a Constituição Federal.

Concluiu-se, portanto, após o estudo de diversos temas correlatos ao problema apresentado neste trabalho, que o Congresso Nacional não tem legitimidade para propor emenda à Constituição, com o objetivo de alterar a jurisdição constitucional, protegida pelo poder constituinte originário que determinou expressamente que não se pode alterá-la, quando se quer relativizar a separação dos Poderes, num flagrante desrespeito à supremacia da Constituição.

## Referências

BACHOF, O. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlantida, 1977.

BARACHO, J. A. de O. Legitimidade do poder. *Revista de Informação Legislativa*, [Brasília, DF], v. 22, n. 86, p. 13-28, 1985.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, N. *Costituzione Economica e Corte Costituzionale*. Milano: Dott. A Giuffrè, 1983.

BOBBIO, N. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, P. *Ciência Política*. 10. ed. 8. reimp. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BUZANELLO, Grazielle Mariete. Estudo da legitimidade segundo as teorias de Weber, Kelsen e Habermas e a contextualização no sistema jurídico brasileiro. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 16 jan. 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42959/estudo-da-legitimidade-segundo-as-teorias-de-weber-kelsen-e-habermas-e-a-contextualizacao-no-sistema-juridico-brasileiro>. Acesso em: 1 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados; Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 275, de 2013*. Cria a Corte Constitucional; altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça; altera a composição do Conselho Nacional de Justiça. Autoria: Luiza Erundina, 6 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 724-6 – Rio Grande do Sul. ADIN – LEI 7999/85, do Estado do Rio Grande do Sul, com a redação que lhe deu a LEI 9.535/92 – Benefício Tributário – matéria de iniciativa comum ou concorrente – repercussão no orçamento estadual – alegada usurpação da cláusula de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo – ausência de plausibilidade jurídica – medida cautelar indeferida. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Estado

do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello, 7 de maio de 1992. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, p. 65-82, 27 abr. 2001.

BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Arolfo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984.

CASTELO BRANCO, P. H. V. B. Burocracia e Crise de Legitimidade: a profecia de Max Weber. *Lua Nova: revista de cultura e política*, São Paulo, n. 99, p. 47-77, 2016.

CCJ analisará PEC que dá fim a mandatos vitalícios de ministros do STF. *Senado Notícias*, Brasília, DF, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/10/ccj-analisara-pec-que-da-fim-a-mandatos-vitalicios-de-ministros-do-stf>. Acesso em: 1 set. 2023.

CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. 3 v.

FARIA, J. E. *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, T. S.; DINIZ, M. H.; GEORGAKILAS, R. A. S. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

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



- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liberjuris, 1988.
- LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMA, L. T. B. O conceito de legitimidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2898, 8 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19278>. Acesso em: 1 set. 2023.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.
- MARSHALL, J. *Decisões constitucionaes*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- MIRANDA, J.; MENEZES, F. A. D.; SILVEIRA, J. J. C. da. *Justiça Constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.
- MORAES, A. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PEC pretende reduzir competência do STF. *Migalhas*, [s. l.], 9 jan. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/193262/pec-pretende-reduzir-competencia-do-stf>. Acesso em: 1 set. 2023.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SCHMITT, C. *O Conceito de Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SCHMITT, C. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- VELOSO, Z. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. São Paulo: Cejup, 1999.
- WEBER, M. *Economia e Sociedade*. Brasília, DF: Universidade Federal de Brasília, 1999. v. 2.
- WEBER, M. Três tipos puros de poder legítimo. In: WEBER, M. *Três tipos de poder e outros escritos*. Lisboa: Tribuna da História, 2005. p. 1-16.
- WILD, B. *Os Tipos de Dominação segundo Max Weber*. [S. l., 2007].

# AS TENTATIVAS DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: UM ESTUDO COMPARATIVO DO *PRECEDENT* NORTE-AMERICANO E DO PRECEDENTE BRASILEIRO

*Daniela Lima de Andrade Borges*

## **Introdução**

O presente capítulo faz um estudo comparativo entre o *precedent* do direito norte-americano e o precedente do direito brasileiro, com o objetivo de analisar as tentativas de objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis no país.

O Brasil é um país que, desde sua primeira Constituição, adota o controle de constitucionalidade de suas leis na modalidade difuso. Todavia, ao longo dos últimos anos, vem assistindo a introdução, por meio de emendas à Constituição e alterações infraconstitucionais de institutos, de categorias e modelos importados de outros sistemas jurídicos, que vem resultando em mitigações cada vez maiores dos princípios do juiz natural e da separação dos poderes.

Na primeira parte do trabalho será feita a apresentação metodológica do estudo comparativo realizado. Postas as premissas metodológicas, será apresentado o sistema de controle de constitucionalidade

nos Estados Unidos, suas particularidades em relação ao *stare decisis* e ao precedente judicial no direito norte-americano e a vinculação dos Poderes Executivo e Legislativo em relação a esses precedentes.

Na sequência, será feito o estudo do controle de constitucionalidade no Brasil, considerando a Constituição Federal de 1988, o histórico da tentativa de introdução do precedente no direito brasileiro e os precedentes obrigatórios previstos no Código de Processo Civil de 2015, especificamente os precedentes oriundos de controle abstrato de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e a repercussão geral.

Por fim, após pesquisa sobre os limites ao exercício da competência reformadora, será feita a análise das tentativas de objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis brasileiras à luz desses limites.

## **Estudo comparativo**

O estudo comparativo do *precedent* norte-americano e do precedente brasileiro permitirá uma melhor compreensão do tema em nosso país.

### **Ciência do direito comparado**

A ciência do direito comparado pode ser definida como a disciplina jurídica que tem por escopo estudar a comparação de sistemas jurídicos ou ordens jurídicas, sendo que essa comparação é feita a partir das semelhanças e diferenças.

De fato, podemos reconhecer sua autonomia científica, porque a ciência do direito comparado tem objeto próprio e métodos específicos. Seu objeto é o cotejo comparativo da pluralidade de ordens jurídicas, e seu método, por excelência, é o comparativo. Evidente que o método comparativo também é utilizado em diversas outras ciências, inclusive jurídicas, mas não de forma inerente a si mesma como ocorre na ciência

do direito comparado, uma vez que tem como próprio objeto de estudo realizar o confronto de ordens jurídicas vigentes contemporâneas<sup>1</sup>.

O direito comparado, ao contrapor sistemas jurídicos distintos, também pode confrontar subsistemas ou aspectos de um subsistema, de forma que

[...] poderá o comparativista [...] voltar-se para o sistema tributário, sistema penal, sistema constitucional (= partes do sistema jurídico total), ou ainda, dentro de cada um deles, determinado instituto como, por exemplo, fato gerador, pena, sistema partidário ou controle da constitucionalidade das leis<sup>2</sup>.

Quando se realiza o estudo de dois ou mais sistemas ou famílias do direito, buscando-se estabelecer uma comparação da forma mais abrangente possível, se está fazendo a chamada macrocomparação. O objetivo, nesse caso, é identificar as características gerais mais importantes e essenciais, analisando os sistemas e famílias como um todo. Já quando se estuda apenas um ou mais institutos jurídicos, princípios ou regras que existem em dois ou mais sistemas jurídicos, ou seja, analisa-se apenas um aspecto dos ordenamentos, é a chamada microcomparação<sup>3</sup>.

Alguns autores<sup>4</sup> ainda mencionam a possibilidade de se fazer a mesocomparação, que teria por objeto a comparação de ramos inteiros do direito e seria

um meio termo entre as macrocomparações (sistemas da integralidade) e as microcomparações (partículas elementares, institutos, princípios e regras), mas para outros não caberia

1 SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 30-31.

2 DANTAS, I. Direito Comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 34, n. 134, p. 231-249, 1997. p. 234.

3 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

4 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

falar em mesocomparação que não passaria de uma técnica de microcomparação<sup>5</sup>.

O sistema jurídico, objeto das macrocomparações, compreenderia uma “família do direito”, assim entendido com um conjunto de ordenamentos jurídicos semelhantes, tendo um elemento histórico-cultural unindo-os, de forma que vários sistemas jurídicos nacionais que compartilham elementos fundamentais similares seriam considerados então da mesma “família”, como, por exemplo, a família romano-germânica (*civil law*) e a anglo-saxã (*common law*), dos direitos socialistas, dos direitos do extremo oriente<sup>6</sup>.

Ancel identifica que o método comparatista pode ter vários níveis de profundidade, mais amplos ou mais específicos, a depender do que se quer pesquisar<sup>7</sup>. O direito brasileiro, por influência do direito português europeu continental, é da tradição do *civil law*, enquanto o direito norte-americano, por influência inglesa, é da tradição do *common law*. Fazendo uma macrocomparação entre as famílias do *common law* e do *civil law*, podemos destacar as principais características em cada uma.

Nos ordenamentos jurídicos da família *common law*, pode-se identificar como semelhança a presença de algumas características. A primeira e mais importante é: precedentes judiciais como fonte preponderante do direito e o conseqüente papel secundário da legislação, com menor quantidade de textos legislativos e codificações do que os ordenamentos jurídicos da família *civil law*<sup>8</sup>. Outro aspecto que se destaca como característica na família *common law* é que a função

5 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

6 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 94.

7 ANCEL, M. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980. p. 119-120.

8 DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

da norma é sobretudo a solução do caso concreto, voltando-se para a resolução de uma situação conflituosa, e não para a prescrição de uma regra abstrata de conduta, como no *civil law*. Como consequência, utiliza-se menos conceitos abstratos, há uma menor generalidade da concepção de regra de direito e por isso se utiliza muito mais a técnica do *distinguishing* do que da interpretação, não havendo muita separação entre normas de fundo e normas de procedimento, e ao invés de se distinguir entre direito público e privado, como no direito romano-germânico, fala-se em *common law* e *equity*<sup>9</sup>.

As características que marcam os ordenamentos jurídicos da família *civil law* ou romano-germânica são outras. Dentre as principais, podemos destacar a lei como fonte preponderante do direito, que acarreta um grande volume de textos legislativos e a tendência de codificações, de forma que a jurisprudência tem um papel secundário como fonte do direito<sup>10</sup>. Uma característica marcante na família *civil law* é que a função da regra de direito, além de solucionar as controvérsias, prescreve regras de conduta. Como consequência, o juiz utilizará muito mais a interpretação jurídica e ficará mais adstrito à interpretação e aplicação do direito do que à sua criação. As normas utilizam frequentemente conceitos abstratos, cláusulas abertas, dessa forma há maior generalidade da concepção de regra de direito, separa-se direito público do privado e há clara distinção entre as normas de fundo e normas de procedimento<sup>11</sup>.

No presente trabalho, serão consideradas as diferenças que existem nos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano, na medida em que pertencem a famílias diferentes. E, a partir dessas premissas, será feita a microcomparação entre a regra do *precedent* e do *stare decisis* norte-americanos e do precedente brasileiro. A compreensão

9 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

10 DAVID, 1996.

11 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

dessas balizas é essencial para a correta compreensão do tema, porque existem limites à circulação de modelos entre sistemas jurídicos na ciência do comparado.

## Limites à circulação de modelos entre sistemas

Recebe o nome de “circulação de modelos o extenso fenômeno de exportação e importação de modelos jurídicos entre diferentes sistemas jurídicos”<sup>12</sup>. O direito legislado, teorias, construções dogmáticas e entendimentos jurisprudenciais também podem circular em relação a estruturas e modelos jurídicos, que podem ser regras singulares, princípios jurídicos, institutos ou instituições jurídicas, até mesmo leis ou códigos inteiros.

A circulação de modelos refere-se ao fenômeno dos empréstimos ou importações jurídicas como um todo, globalmente analisado, sem se considerar qual ordenamento está fornecendo e qual está recebendo o modelo. Nesse contexto, é preciso distinguir o conceito de recepção de direito como o fenômeno específico, do ponto de vista do ordenamento que recebe o instituto, norma, princípio, teoria, doutrina ou jurisprudência. A recepção de direito assim é conceito mais específico, relacionado ao ordenamento jurídico recepcionante, que a circulação de modelos, ou seja, falar em recepção de direito é analisar a circulação de modelos a partir da perspectiva do ordenamento jurídico recepcionante<sup>13</sup>.

Ocorre que a recepção de direito precisa ser analisada à luz dos limites postos pela constituição. Qualquer instituto jurídico ou categoria jurídica só é válida em um ordenamento jurídico se estiver de acordo com a constituição jurídica de seu país. Nessa medida, a ciência do direito comparado, o legislador e o Poder Judiciário precisam

.....  
12 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 94.

13 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

estar atentos aos limites imanentes e transcendentos que impõem ao exercício da competência reformadora, no momento da importação de modelos de outros sistemas jurídicos<sup>14</sup>.

Dessa forma, considerando as diferenças estruturantes que existem entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano, na medida em que o primeiro pertence à família do *civil law* e o segundo do *common law*, será feita a microcomparação entre a regra do *precedent* e do *stare decisis* norte-americanos e do precedente brasileiro, mas sem perder de vista os limites que existem à circulação de modelos entre sistemas jurídicos na ciência do comparado.

## Controle de constitucionalidade nos EUA

O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América tem particularidades históricas determinantes em seu processo de formação de precedentes.

### Origens do controle de constitucionalidade norte-americano

A Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, inaugura a noção de constituição como documento jurídico formal sistemático, fundante de uma ordem jurídica e política estatal, com superioridade hierárquica e que só pode ser alterado por um processo especial e solene (rígido).

Apesar de, desde sua origem, a Constituição americana ter sido criada como documento político de limitação do poder público, a possibilidade de revisão judicial dos atos normativos surge em 1803, com a famosa sentença do juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*,

.....  
14 Nesse sentido ver a obra: BRITO, E. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 89-95.



quando a Suprema Corte realizou pela primeira vez controle difuso de constitucionalidade de um ato normativo.

Marshall, em sua decisão, explica que não se pode presumir que uma cláusula inserta na Constituição é destinada a não produzir nem um efeito, tal interpretação seria inadmissível:

a Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la<sup>15</sup>.

Ora, Marshall destaca que o povo tem direito originário de estabelecer para o seu futuro governo os princípios que se mostrarem mais adequados à sua própria felicidade, são “[...] os alicerces sobre que se assenta todo o edifício americano”<sup>16</sup> e devem ser obedecidos pelos governos futuros.

O controle difuso de constitucionalidade teve, dessa forma, o início de suas bases teóricas. Marshall conclui sua decisão afirmando que a Constituição americana consagra o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual qualquer lei incompatível com a Constituição é nula e os tribunais são vinculados à Constituição<sup>17</sup>.

Cicconeti destaca que a ausência de normas expressas que regulassem o controle de constitucionalidade (*judicial review*) nos EUA obrigou os juízes estadunidenses a inventar um mecanismo, por assim dizer “autossuficiente”, de controle de constitucionalidade das leis. O silêncio da Constituição americana acerca do controle de constitucionalidade das leis terminou por eliminar implicitamente o modelo de controle concentrado, porque seria necessária uma atribuição, feita

.....  
15 MARSHALL, J. *Decisões Constitucionais*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

16 MARSHALL, 1903.

17 MARSHALL, 1903.

de modo exclusivo a um determinado órgão de tal competência, e isso iria requerer, necessariamente, uma previsão constitucional expressa. O mesmo não acontece com o controle difuso, pois tal controle pode ser exercido por qualquer juiz no exercício dos poderes a si conferidos por normas já existentes no ordenamento<sup>18</sup>.

Ao longo dos anos, o modelo de controle de constitucionalidade difuso foi se consolidando no EUA, com base em princípios que estruturam sua realização pelos tribunais e juízes, tais como: o tribunal não se pronunciará sobre a constitucionalidade de uma lei, salvo em litígio regularmente submetido ao seu funcionamento; nenhum tribunal se manifestará sobre a validade de uma lei, senão quando isso for absolutamente necessário para a decisão do caso concreto; a declaração de inconstitucionalidade importa nulidade da lei, não no sentido de revogá-la, o que constitui função do poder legislativo, mas no sentido de lhe negar aplicação no caso concreto; o exame sobre a inconstitucionalidade representa questão prejudicial, não a questão principal debatida na causa, por isso o juiz não a decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*, pois ela não figura nunca como objeto do processo e dispositivo da sentença; o tribunal só conhecerá da alegação de inconstitucionalidade quando ela emanar de pessoa cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei<sup>19</sup>.

## *Stare decisis* e o *precedent* judicial no direito norte-americano

O sistema jurídico dos EUA é da família do *common law*, guardando semelhança com os demais ordenamentos da família e mantendo diversos institutos e categorias jurídicas em comum, sendo o precedente

.....  
18 CICCONETTI, S. M.; TEIXEIRA, A. V. *Jurisdição constitucional comparada: Brasil, Itália, Alemanha e EUA*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

19 BUZAID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. Prefácio do Prof. Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1958.

judicial a característica principal e determinante de uma série de outros aspectos estruturantes do ordenamento jurídico do país.

A adoção do precedente judicial impacta em toda organização judiciária dos EUA, e seu fundamento se encontra na regra do *stare decisis*, que deriva da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa: “deixar quieto o que já foi decidido e não o alterar”.

Sem dúvida, essa regra confere estabilidade e uniformidade à aplicação do direito e, em certa medida, importa em limitação do arbítrio dos juízes e cortes judiciais, especialmente ao impor, como ponto de partida nos seus julgamentos, a análise de decisões anteriores cuja influência para a solução do litígio apreciado pode ser maior ou menor, a depender da força vinculante ou apenas persuasiva do precedente examinado.

Edvaldo Brito apresenta a classificação dos precedentes no direito norte-americano quanto ao seu grau hierárquico em *stare decisis* vertical e *stare decisis* horizontal<sup>20</sup>. No primeiro caso, as cortes americanas devem, como regra, obedecer aos precedentes decorrentes de tribunais hierarquicamente superiores, em correspondência à estrutura jurisdicional de sua respectiva esfera, se estadual ou federal, sendo que toda e qualquer corte deve obedecer aos precedentes da Suprema Corte americana, independentemente de sua esfera. No *stare decisis* horizontal, as cortes devem obedecer aos seus próprios precedentes, além de poderem obedecer aos precedentes de outros tribunais em igual patamar hierárquico.

Os precedentes também podem ser classificados, quanto à sua vinculação, em obrigatórios (*binding effects*) ou persuasivos. Nos casos em que uma corte se vê vinculada a seguir uma decisão judicial anterior proferida por ela mesma ou por um tribunal superior hierarquicamente, que apresente semelhança com as circunstâncias fáticas e

.....  
20 BRITO, E. ICMS e a PSV 69: insegurança do pronunciamento do STF. In: BRIGAGÃO, G.; MATA, J. C. da. (org.). *Temas de direito tributário: em homenagem a Gilberto de Uilhôa Canto*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. v. 1, p. 523-534.

jurídicas envolvidas no caso em questão, está-se diante de um precedente obrigatório. O precedente persuasivo, por sua vez, acontece quando, apesar de não ser vinculante em um caso, pode ser levado em consideração pelo juiz do caso concreto ao proferir uma decisão, mas sem qualquer obrigatoriedade em relação a ele<sup>21</sup>.

Embora existam os precedentes com força apenas persuasiva e nem todos os precedentes tenham força vinculante, é necessário analisar, em cada julgado, a força do caso paradigma. A regra do *stare decisis* sustenta a categoria precedente nos EUA, conferindo estabilidade e previsibilidade ao comportamento do Judiciário e evitando alterações repentinas de entendimento sobre questões de direito no ordenamento jurídico daquele país.

A doutrina<sup>22</sup> sustenta a regra do *stare decisis* na tradição do *common law*, em suas origens inglesas, sinalizando ainda os fundamentos do próprio direito norte-americano que o fortaleceram ao longo dos anos, como a garantia da segurança jurídica, a confiança no sistema judiciário e a previsibilidade da Justiça, além da isonomia e garantia da imparcialidade da decisão com a uniformidade da aplicação do direito.

Edvaldo Brito, entretanto, cita a decisão do juiz da Suprema Corte americana Louis Brandeis, no julgamento do caso *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*: “a adequação absoluta ao precedente ameaça minar o sentido principal do *stare decisis*: assegurar decisões judiciais precisas que apliquem fielmente os princípios legais corretos”<sup>23</sup>. Então, destaca que se houver, por parte da corte, uma justificativa especial e relevante, ela poderá superar um precedente judicial, ainda que obrigatório.

.....  
21 BRITO, 2020.

22 CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

23 BRITO, 2020, p. 530.

O direito norte-americano, ao longo dos anos, consolidou o *distinguishing*, figura que consiste na recusa de aplicação do precedente pelo juiz em um caso concreto, em função de suas especificidades de fato, materialmente diferentes das condições do precedente do caso anterior, justificando a sua não aplicação na situação concreta em análise.

O *distinguishing* consiste em uma técnica que permite a revogação parcial da eficácia obrigatória resultante de um julgado a que está submetido o juiz de um precedente apenas para um caso concreto, sem comprometer a coesão do sistema, pois o precedente permanecerá válido para outras hipóteses.

Existe ainda outra técnica de superação do precedente por meio de sua revogação total, chamada “*overruling*”. Nesse caso, há fato idêntico ao do precedente obrigatório de um caso anterior, mas a corte ou o juiz do caso atual apresenta fundamentos jurídicos distintos para sua solução, justificando a não aplicação da regra do precedente, o que acarreta sua revogação.

Enquanto no *distinguishing* verifica-se a inadequação do precedente apenas para o caso que está sendo julgado, resultando em uma revogação parcial, o *overruling* caracteriza revogação total do precedente e, em regra, só será feito por uma corte hierarquicamente superior àquela que produziu o precedente que está sendo superado ou pela Suprema Corte americana.

## A vinculação dos precedentes em relação aos Poderes Executivo e Legislativo: aplicação e relação dos precedentes com os “acts”

Edvaldo Brito destaca que os precedentes são decisões judiciais prévias, que são observadas pelas cortes americanas em razão de sua similaridade com o caso concreto posto em juízo, mas que a vinculação dos

precedentes “vigentes” em relação aos Poderes Legislativo e Executivo é controversa e atribuída de grande indefinição<sup>24</sup>.

No direito norte-americano da família *common law*, todo o julgamento gira em torno da solução de um caso concreto e a decisão desse caso produz efeitos *incidenter tantum* apenas entre as partes no processo. Nessa medida, uma decisão em um caso concreto pode produzir efeitos naquele caso concreto, entre aquelas partes, em face do Executivo ou do Legislativo. A doutrina do precedente obrigatório apenas vincula o Poder Judiciário a decidir da mesma forma em casos idênticos.

Nesse contexto, para evitar a aplicação do precedente, o Poder Legislativo pode, por exemplo, elaborar uma nova lei, demandando que o Judiciário se manifeste novamente no sentido que o precedente anterior também deve se aplicar aos casos regidos pela nova lei.

Quando a Suprema Corte americana decidiu em 1954 pelo fim da segregação racial no julgamento de *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em vários estados foram adotadas diversas medidas que impediam repasses de recursos para as instituições de ensino que promovessem a integração racial, em clara ofensa à decisão que acabara de ser proferida pela Corte Máxima do Judiciário norte-americano<sup>25</sup>.

Uma série de conflitos se instalou pelo país, que só cessou com a Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*) e a Lei dos Direitos de Voto, que deram suporte às decisões da Suprema Corte americana<sup>26</sup>.

Pode-se perceber, assim, que o sistema de precedente no direito norte-americano tem desafios próprios em relação à sua eficácia.

.....  
24 BRITO, 2020, p. 530.

25 BRITO, 2020, p. 530.

26 BRITO, 2020, p. 530.

# Controle de constitucionalidade no Brasil

O controle de constitucionalidade no Brasil guarda diferenças significativas em relação ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América.

## Sistema de controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988

Diferente do que ocorreu nos EUA, no Brasil, o controle de constitucionalidade “[...] não foi uma criação da jurisprudência”<sup>27</sup>. A Constituição Federal de 1891 e todas as que se sucederam a partir de então previram expressamente o sistema de controle de constitucionalidade em nosso país. No texto de 1891, previa-se a possibilidade de questionar a validade das leis contrárias à Constituição em face do Supremo Tribunal Federal (STF) em grau de recurso. A possibilidade de questionar a constitucionalidade de uma lei brasileira perante qualquer juiz está, desde as origens do nosso país, e permanece até hoje, em nosso ordenamento jurídico. Esse é o chamado controle difuso de constitucionalidade, que poderá ser realizado no caso concreto por qualquer juiz ou tribunal, *incidenter tantum*, com efeitos *inter partes*.

Ocorre que, aos poucos, ao longo dos anos, foram sendo introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro vias de controle abstrato de constitucionalidade, que fazem com que alguns<sup>28</sup> afirmem que hoje o Brasil tem um sistema de controle misto de constitucionalidade das leis.

Este trabalho, entretanto, adota o posicionamento consagrado por Edvaldo Brito, de que o modelo de controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1988 é difuso, admitindo apenas

.....  
27 BUZAID, 1958, p. 112.

28 CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018.

que esse controle difuso pode ser realizado *in concreto* ou *in abstracto*, sem que isso possa ser confundido com sistema de controle de constitucionalidade misto<sup>29</sup>.

Edvaldo Brito conclui que “chega-se, afinal, à Constituição de 1988 plasmando o sistema de controle difuso, no plano lato, permitindo que qualquer órgão de execução exerça-o, nos termos da lição de Themístocles Brandão Cavalcanti”<sup>30</sup>. Para o autor, sob o aspecto estrito, o texto de 1988 deferiu a exclusividade jurisdicional, mas sem o monopólio de qualquer órgão integrante do Poder Judiciário e ampliando a legitimidade ativa (art. 103), de forma que o controle pode ser exercido *in abstracto* pelo a) STF, por meio de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, reclamação e arguição por descumprimento de preceito fundamental; e b) pelos tribunais de Justiça dos estados, por meio de representação. Pode também ser exercido *in concreto* por qualquer órgão do Poder Judiciário brasileiro; pelo STF, por meio de recurso extraordinário; pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de recurso especial; pelos tribunais de Justiça dos estados e tribunais regionais federais, por meio de apelação; e por juízes de 1º grau, por meio de exceção.

Vale o registro de que a Constituição Federal de 1988 previu pela primeira vez o controle abstrato no Brasil em caso de intervenção federal, por iniciativa do procurador-geral da República, na então embrionária ação direta de declaração de inconstitucionalidade. Em 1988, o rol foi crescendo, sendo que apenas com a Emenda Constitucional nº 3/1993 chegou-se à configuração atual, quando acrescentou no

.....  
29 BRITO, E. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39-50.

30 BRITO, E. Jurisdição constitucional. *ERGA OMNES*: revista da Escola de Magistrados da Bahia, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, 2013. p. 46.



sistema abstrato a ação declaratória de constitucionalidade, com a pretensão de ter eficácia vinculante e geral.

## Histórico da tentativa de introdução do precedente no direito brasileiro

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 previu a possibilidade de edição de súmulas vinculantes, que seriam enunciados formulados pelo STF, contendo uma síntese do entendimento constitucional sobre matéria reiteradamente julgada pelo tribunal, cuja observância teria força vinculante para os demais órgãos judiciais e para a Administração Pública. A súmula vinculante passou a produzir efeitos no controle de constitucionalidade difuso, limitando os juízes e tribunais a ela vinculados.

A Emenda Constitucional nº 45/04 também estabeleceu a repercussão geral da matéria debatida como novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, regulamentado posteriormente pela Lei nº 11.418/2006, que instituiu um procedimento especial para julgamento de recursos extraordinários repetitivos. Nesse novo procedimento, de diversos recursos repetitivos, o tribunal *a quo* selecionaria alguns paradigmas sobre o tema e os remeteria ao STF, ficando os casos sobrestados, de maneira que, reconhecida a repercussão geral dos paradigmas e julgado seu mérito pelo Supremo, a tese constitucional firmada seria aplicada em todos os demais casos.

Percebe-se claramente a tentativa de implementação da categoria dos precedentes, típica dos sistemas da família do *common law*, no direito brasileiro, que é um sistema da família *civil law*.

Havia o objetivo de que as decisões do STF, em controle difuso de constitucionalidade, fossem obrigatoriamente seguidas pelos órgãos judiciais nos demais casos semelhantes, diminuindo o volume de recursos submetidos a seu exame. Entretanto, o próprio STF, ao julgar

a Reclamação nº 7569/SP, limitou a força vinculante de suas decisões em repercussão geral. Confira-se, *in verbis*:

RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA. 1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727. 2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QQ/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal. 4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem. 6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco. 7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida. 8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno. 9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação<sup>31</sup>.

.....

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 7569 – São Paulo. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, [s. l.], n. 232, 11 dez. 2009.

Os juízes e tribunais nem sempre seguiam o teor do que já havia sido decidido pelo STF em sede de repercussão geral, demonstrando que, nesse estágio, no máximo podia-se pensar nessas decisões como precedentes persuasivos, na medida em que o próprio Supremo entendia pela inexistência de um instrumento que lhe garantisse impor a outros tribunais e juízes o respeito às suas decisões.

Em 2015, entretanto, o novo Código de Processo Civil adota no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de precedentes com impactos também para o controle de constitucionalidade, prevendo como precedentes vinculantes em matéria constitucional não apenas as decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, mas também os posicionamentos do STF no controle difuso da constitucionalidade, em sede de repercussão geral e de recurso repetitivo.

As mudanças não pararam por aí. As reclamações agora podem ser feitas diretamente ao STF, esgotadas as instâncias ordinárias, em caso de descumprimento do precedente fixado em repercussão geral, podendo o Supremo cassar, liminarmente, as decisões judiciais divergentes. Além disso, duas figuras foram criadas com a finalidade específica de formação de precedentes: o incidente de resolução de demanda repetitiva, sobre matéria repetitiva nos tribunais, e o incidente de assunção de competência, sobre questões com relevância social que ainda não sejam objeto de uma multiplicidade de recursos.

Percebe-se assim que, ao longo dos últimos anos, houve uma clara tentativa de introdução da categoria precedente no ordenamento jurídico brasileiro.

## Precedentes obrigatórios no Código de Processo Civil de 2015

O precedente, como já visto, pode ser definido como a decisão tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu artigo 926, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”<sup>32</sup> e, na sequência, o art. 927 estabelece o rol dos precedentes obrigatórios, ao prever que os juízes e os tribunais observarão as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Todo precedente é composto de três partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) a *ratio decidendi* ou tese jurídica na qual se funda a motivação da decisão; e c) a argumentação.

Considerando o que já foi dito sobre eficácia obrigatória e persuasiva em relação ao precedente nos EUA, cabe uma observação sobre esse tema em relação aos elementos do precedente: o que terá eficácia obrigatória ou persuasiva será sempre sua *ratio decidendi*.

### *Precedentes oriundos de controle abstrato de constitucionalidade*

Didier Jr. explica que os tribunais exercem um papel singular e único na produção normativa. Quando faz o controle de constitucionalidade e dá uma interpretação à lei conforme a Constituição, o juiz cria uma norma jurídica para justificar sua decisão. Na verdade, o julgador cria a norma jurídica que vai servir de fundamento para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento, sendo que essa parte dispositiva contém a norma jurídica individualizada, ou simplesmente a norma individual. A norma jurídica, por sua vez, criada

.....  
32 DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C. da. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 3, p. 63.

e contida na fundamentação do julgado, compõe as razões de decidir (*ratio decidendi*). O autor destaca: “[...] há a necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto”<sup>33</sup>.

Ademais cabe ressaltar que, mesmo nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, a jurisdição atua em uma situação jurídica concreta. Ainda que não se refira a qualquer direito individual, haverá a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo específico ou de um dispositivo específico.

O art. 927, I, do Código de Processo Civil prevê que juízes e tribunais deverão observar “[...] as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade [...]”<sup>34</sup>. Trata-se de dispositivo que confere força obrigatória aos precedentes do STF produzidos em processo de controle concentrado de constitucionalidade, e que não deve ser confundida com a eficácia *erga omnes* das decisões que fazem coisa julgada e que declaram a inconstitucionalidade das leis contrárias à Constituição.

Isso porque o rol do artigo 927 é de precedentes obrigatórios, não de hipóteses de formação de coisa julgada. Além disso, todos têm de respeitar a coisa julgada naturalmente, especialmente quando de eficácia *erga omnes*, de forma que não era necessário um dispositivo legal para prever isso.

Por força do art. 102, § 2º, da CF; do art. 28, § único, da Lei nº 9.868/99; e do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, as decisões proferidas pelo STF em ações de controle abstrato de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos do Poder Judiciário do país e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas

.....  
33 DIDIER JR., F. *Curso de Direito Processual Civil*. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 1, p. 323.

34 DIDIER JR.; CUNHA, *op. cit.*, p. 556.

federal, estadual e municipal, sendo que isso decorre do fato de que, nessas hipóteses, a coisa julgada tem eficácia *erga omnes* por expressa disposição legal e, como consequência, o poder público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*), mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Didier Jr. dá um exemplo que ilustra bem:

[...] no julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual (n. 1 000/2007, p. ex.) é inconstitucional por invadir matéria de competência da lei federal, a coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 1.000/2007 é inconstitucional; já a eficácia do precedente recai sobre a seguinte *ratio decidendi*: 'lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência de lei federal'. Se for editada outra lei estadual, em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, mas no momento de decidir sobre a lei nova, o tribunal deverá observar o precedente anterior; ou seja, arguida a inconstitucionalidade em sede de controle difuso da lei nova, deverá ser observado esse precedente prévio e obrigatório do STF sobre a matéria<sup>35</sup>.

Nesse sentido, também é enunciado nº 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, sobre a aplicação do art. 927, I e do art. 988, III: "Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais"<sup>36</sup>.

O controle abstrato das leis também sofre críticas. Isso porque, na perspectiva da construção dos fundamentos da decisão de

.....  
35 DIDIER JR., F.; OLIVEIRA, R.; BRAGA, P. S. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 2, p. 346.

36 DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2021, p. 346.

inconstitucionalidade, como a competência do STF para o julgamento das ações diretas ser sempre originária, a teor do art. 102, I, a, da Constituição, a discussão sobre fatos e fundamentos jurídicos é apresentada pelas partes à apreciação judicial já de partida na última instância do Poder Judiciário, excluindo as discussões e construção de fundamentos que poderiam ocorrer nas instâncias comuns no controle *in concreto*.

### *Súmula vinculante*

A Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu o art. 103-A na Constituição Federal de 1988:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei<sup>37</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, além de elencar a súmula vinculante no rol dos precedentes obrigatórios do art. 927, estabelece, em seu art. 988, que caberá reclamação caso algum juiz ou tribunal a descumpra:

Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

.....

37 BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 141, n. 252, p. 9-12, 31 dez. 2004. p. 11.

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; [...]³⁸.

Podemos concluir, dessa forma, que atualmente existem dispositivos na legislação processual civil (CPC e Lei nº 11.417/06) e na Constituição Federal de 1988, por força da competência reformadora, que dão às súmulas vinculantes efeito vinculante e força obrigatória para o Judiciário e toda a Administração direta e indireta atualmente.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta³⁹ destaca uma importante distinção entre a força vinculante que decorre da súmula vinculante, nos termos do art. 103-A, e aquela que é consequência do exercício do controle abstrato de constitucionalidade, como previsto no art. 102, § 2º da Constituição Federal de 1988. No primeiro caso, podemos identificar o instituto do precedente que vincula o julgamento de outros casos concretos; já no controle abstrato, a eficácia do julgado é *erga omnes*.

Ademais, cabe a análise do cabimento da importação desse instituto tão característico do *common law*, no qual os precedentes são a principal fonte do direito, para um ordenamento jurídico como o brasileiro, da família do *civil law*, no qual a legislação é a principal fonte.

A declaração de inconstitucionalidade produzida no controle *in concreto*, em regra, produz efeitos *inter partes* e *ex tunc*, enquanto no controle abstrato os efeitos também são *ex tunc*, mas serão *erga omnes* na medida em que a decisão irá excluir a norma jurídica do ordenamento e atingir, além da eficácia, a própria validade da norma, sendo que o tribunal passa a desempenhar o papel de legislador negativo.

.....  
38 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 2-50, 17 mar. 2015. p. 46.

39 PIMENTA, P. R. L. O controle de constitucionalidade das Leis e a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: DIDIER JR., F.; BRITO, E.; BAHIA, S. J. C. (coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 171-178.



O sistema brasileiro, tradicionalmente da família do *civil law*, tendo a jurisprudência como fonte secundária do direito e tendo adotado desde suas origens o controle de constitucionalidade difuso, encontrou como solução para os reiterados casos repetitivos em que o STF afastava *in concreto* a aplicação de uma lei – sob o fundamento *incidenter tantum* de ofensa à Constituição – a possibilidade do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conferindo indiretamente, como consequência, efeito *erga omnes* à decisão.

Destaque-se, entretanto, que tal solução independe do número de decisões do STF. O Senado Federal pode suspender a execução de uma lei com fulcro em uma única decisão em controle *in concreto* ou *abstrato* da corte constitucional. Já a súmula vinculante é diferente, pois necessariamente decorrerá de uma série de julgamentos no mesmo sentido em que, por via de recurso extraordinário, declaram determinada lei inconstitucional, consolidando o posicionamento do tribunal que poderá, então, ser sumulado.

Cabe a discussão se a criação do instituto da súmula vinculante pela EC nº 45/04 não teria diminuído a importância da competência do Senado Federal para suspender a execução de norma declarada inconstitucional de forma incidental pelo Supremo, prevista no art. 52, X, da Constituição de 1988, e se isso não seria um argumento a mais pela inconstitucionalidade da súmula vinculante, na medida em que retira do Poder Legislativo o controle sobre o “efeito *erga omnes*” da suspensão da execução da lei julgada inconstitucional pelo STF em controle *in concreto* de constitucionalidade.

Ao analisar a Súmula Vinculante nº 69, Edvaldo Brito conclui que as decisões do STF “não são precedentes obrigatórios (*binding*)

*precedentes*), nos termos do direito norte americano”<sup>40</sup>. Ele explica que essas decisões podem servir para

cumprir o dever de uniformização, uma mera uniformização – para efetivar a segurança buscada pela exigência do dever de coerência e dever de integridade que é situação jurídica descrita no falado art. 926 do CPC/2015, para o ordenamento jurídico processual<sup>41</sup>,

e que isso vai consistir “em atribuir-se aos órgãos julgadores – por isso, inclui qualquer magistrado – a coerência com o que vem fazendo no julgamento de uma determinada matéria, a fim de mantê-lo (a ele julgamento) estável, íntegro e coerente”<sup>42</sup>.

### *Repercussão geral*

A Constituição Federal de 1988, após a Emenda Constitucional nº 45, passou a prever um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral. Trata-se de conceito aberto, que será delimitado por norma infraconstitucional (Lei nº 11.418/2006). O § 1º do art. 1.035 do CPC, por sua vez, dispõe que, “[...] será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”<sup>43</sup>.

Segundo Didier Jr.,

o pronunciamento do Plenário do STF sobre a repercussão geral de determinada questão vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do

.....  
40 BRITO, 2020, p. 528.

41 BRITO, 2020, p. 528.

42 BRITO, 2020, p. 523-534.

43 DIDIER JR.; CUNHA, 2021, p. 365.

Plenário, em recurso extraordinário que verse sobre a questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada<sup>44</sup>,

haja ou não enunciado sumulado a respeito. Nesse sentido, o autor destaca que “[...] o precedente vinculante é do Plenário do STF (reconhecendo ou negando); reconhecida a repercussão geral pela turma do STF (turma não pode negar repercussão geral, lembre-se), não há precedente vinculante”<sup>45</sup> e que nos termos do § 8º do art. 1.035, do CPC: “negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica”<sup>46</sup>.

Entretanto, destaque-se que o julgamento gera eficácia vinculante do precedente em repercussão geral, alcançando processos sobrestados apenas em relação a *ratio decidendi*, mas produzindo efeito *inter partes* em cada processo em relação ao dispositivo da decisão.

A *ratio decidendi* do precedente tem eficácia vinculante e produz efeitos *erga omnes* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Já o dispositivo da decisão faz coisa julgada e produz efeitos entre as partes.

.....  
44 DIDIER JR.; CUNHA, 2021, p. 373.

45 DIDIER JR.; CUNHA, 2021, p. 373.

46 DIDIER JR.; CUNHA, 2021, p. 373.

# **Análise das tentativas de objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis brasileiras à luz dos limites impostos ao exercício da competência reformadora**

A partir das premissas estabelecidas sobre o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América e no Brasil e especificamente sobre o precedente no ordenamento jurídico pátrio, necessária a análise das tentativas de objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis brasileiras à luz dos limites impostos ao exercício da competência reformadora.

## **Limites ao exercício da competência reformadora**

A partir do momento que se passa a aventar a ideia de uma constituição escrita como um conjunto de regras superiores às demais, que refletem as forças reais de poder de uma dada sociedade, passa-se a pensar sobre o reconhecimento de um poder capaz de estabelecer tais regras. Começa, então, a discussão sobre poder constituinte, sendo que o Abade Sieyès é o grande teorizador do poder constituinte com sua obra *A constituinte burguesa*<sup>47</sup>.

Se não existe Estado sem constituição, e se a constituição cria os Poderes destinados a governar o Estado, esses Poderes vão encontrar nela sua força e legitimidade e a ela estarão subordinados, sem a possibilidade alterar as condições dessa delegação – esses Poderes não podem criar a constituição. Nessa medida, a constituição é obra de um poder, anterior e precedente à constituição, diferente dos Poderes que exercem o governo e que por ela são criados.

.....  
47 SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. Organização e introdução analítica de Aurélio Wander Bastos. Tradução de Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

Edvaldo Brito<sup>48</sup> ensina que o poder constituinte, enquanto poder jurídico, é potência, “é uma força real, força do povo, que tem eficácia atual porque se encontra diferida no tempo sempre a pique de atuar quando motivada por circunstâncias específicas”. Ele destaca a condição do poder constituinte como potência porque “é atribuição desprovida de condicionamento” e, a partir dessa premissa, o autor presta grande contribuição acadêmica ao explicar que “uma fonte normativa é potência quanto representa uma autoridade suprema cujas atribuições não derivam de nenhuma outra autoridade”, e são “competência, quando derivam”<sup>49</sup>.

Nessa medida, para Edvaldo Brito<sup>50</sup>, a possibilidade de alteração de uma constituição rígida se dá no âmbito do exercício de uma competência reformadora outorgada pelo poder constituinte, potência. A competência reformadora, seja de emenda seja de revisão, está sujeita aos limites postos pelo próprio poder constituinte.

Horst Ehmke<sup>51</sup> organiza os limites que condicionam o exercício da competência reformadora em limites imanescentes à constituição jurídica (positivados de forma expressa ou implícita no texto constitucional) e limites transcendententes à ordem constitucional positivada (não positivados no texto constitucional).

Os limites imanescentes se subdividem em: 1) materiais 1.a) explícitos e 1.b) implícitos, 2) circunstanciais e 3) temporais. O art. 60 da Constituição Federal de 1988 regulamenta os limites imanescentes da competência reformadora. No parágrafo 4º, estão os limites materiais explícitos, com a previsão de que não poderão ser objeto de deliberação: nenhuma proposta de emenda que tenda a restringir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico;

.....  
48 BRITO, 1993, p. 96.

49 BRITO, 1993, p. 96.

50 BRITO, 1993.

51 EHMKE *apud* BRITO, 1993.

a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Esse rol não é taxativo e, justamente por essa razão, fala-se também em limites materiais implícitos.

Os limites circunstanciais condicionam o exercício da competência reformadora à existência de determinadas circunstâncias ou impedem seu exercício sob determinadas situações. O texto de 1988 estabelece, por exemplo, que “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”<sup>52</sup> (art. 60, § 1º), assim como estabelecia condições específicas para o exercício da competência revisora cinco anos após a promulgação, que só poderia ser alterada dependendo do resultado de um plebiscito (ADCT).

Os limites temporais impediriam o exercício da competência reformadora antes de transcorrido um determinado prazo ou fora de certos períodos. A competência revisora em 1988 foi atribuída para ser exercida cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Alguns autores ainda mencionam os limites formais<sup>53</sup> que estabeleceriam os procedimentos que a competência reformadora teria que seguir para ser exercida de forma válida. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 60, estabelece que a competência reformadora só será válida se a iniciativa da proposta de emenda for de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou do presidente da República; ou de mais da metade das assembleias legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (*caput*). A proposta será discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 dos votos dos respectivos membros (§ 2º); e se a matéria constante de proposta de emenda for rejeitada ou havida

.....  
52 BRITO, 1993.

53 CUNHA JÚNIOR, 2018.

por prejudicada, não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (§ 5º).

Os limites transcendentais à ordem constitucional positivada não estão positivados no texto constitucional e se subdividem em a) objetivos da sociedade civil e b) direitos e garantias fundamentais do homem. Enquanto os objetivos da sociedade civil são a própria expressão das forças reais de poder, que

[...] traduzem a instituição que se estuda com o nome de pluralismo (político, jurídico, religioso etc.), os direitos e garantias individuais fundamentais do homem, preservados pelo direito internacional, são eficazes na limitação do exercício da competência reformadora e, em certa medida, ao lado do próprio poder constituinte<sup>54</sup>.

Como destaca Edvaldo Brito<sup>55</sup>, as alterações formais da constituição jurídica não são incondicionais nem podem operar a substituição ou modificação total do texto, dada sua natureza ou de reformulação localizada (emenda) ou de reformulação de conjunto visando o seu aperfeiçoamento, que a manterá compatível com a constituição em sua essência.

À luz dessas premissas é que se deve analisar as alterações constitucionais, e nas legislações infraconstitucionais que, ao longo dos últimos anos, vêm tentando introduzir a categoria do precedente à semelhança de como é aplicado no direito norte-americano, além de criar outras figuras visando a objetivação do controle difuso de constitucionalidade das leis brasileiras.

.....  
54 BRITO, 1993, p. 96.

55 *Ibid.*, p. 96.

## As tentativas de objetivação do controle difuso de constitucionalidade à luz dos limites impostos ao exercício da competência reformadora

A tentativa de importação do *stare decisis* e do precedente, tão característicos do *common law*, no qual os precedentes são a principal fonte do direito, para um ordenamento jurídico como o brasileiro, da família do *civil law*, no qual a legislação é a principal fonte, precisa ser objeto de análise.

Cabe destacar que atribuir força vinculante obrigatória ao precedente judicial, como ocorre nos EUA, por meio da aplicação do direito de forma difusa pelos juízes que integram todo o sistema judiciário norte-americano, tem por objetivo garantir estabilidade ao ordenamento jurídico na tradição da regra do *stare decisis*, consagrada na família *common law*, não tendo se constituído em sua origem e consolidação no direito norte-americano como uma forma de controle de constitucionalidade como o Brasil quer implementar.

O efeito vinculante é consequência da regra do *stare decisis* aplicada aos precedentes nos países de tradição jurídica do *common law*, mas também está presente nos países de tradição romano-germânica, no controle de constitucionalidade concentrado como mecanismo para impedir a repetição de conteúdo de norma declarada inconstitucional por tribunal constitucional.

O *stare decisis*, nos EUA, enquanto instrumento de coerência e integridade do próprio Poder Judiciário, vincula apenas os órgãos que o integram. Já o efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes*, obrigando não apenas o Poder Judiciário, mas também os demais Poderes.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o Brasil segue a tradição romano-germânica, na qual o precedente é fonte secundária do direito, ele adota o modelo de controle de constitucionalidade difuso, garantindo a todos os órgãos do Poder Judiciário a competência de analisar



a constitucionalidade das leis em face da Constituição, e não apenas a um único tribunal constitucional.

Há, sem dúvida, problemas decorrentes de se tentar importar modelos desenvolvidos nas tradições do *common law* para um sistema jurídico de tradição romano-germânica como o brasileiro. Embora se verifique nos últimos anos a tentativa gradual de utilização de institutos, categorias e regras do *common law* no processo decisório do STF e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade, ainda prevalece no Brasil, como país de tradição jurídica romano-germânica, a lei como principal fonte do direito e como ponto de partida para o intérprete e não o precedente.

Ainda que muitos considerem irreversível o processo de objetivação do controle difuso-concreto de constitucionalidade no STF, cabe destacar, ainda, que o exercício da competência reformadora só é constitucional na medida que atende aos limites imanes e transcendentes da Constituição Federal.

A defesa da implementação do sistema de precedentes no direito brasileiro sempre teve como maior argumento de defesa oferecer uma resposta ao excesso de demandas e à morosidade do Poder Judiciário. Por outro lado, encontra protestos pela sua inconstitucionalidade, diante da ofensa aos princípios da separação de poderes, do juiz natural e da independência judicial, além do risco de enrijecimento da interpretação constitucional.

Edvaldo Brito<sup>56</sup> entende que a competência reformadora, seja ao tentar introduzir a categoria do precedente no direito brasileiro, seja quando introduziu a ação declaratória de constitucionalidade com efeito *erga omnes* (EC nº 3/1993), “peca por introduzir no âmbito de um direito subjetivo público do indivíduo, limitando-o, um direito público subjetivo, isto é, um direito subjetivo do Estado porque disciplinado por noma de direito público (a Constituição)”. Ele adverte

.....  
56 BRITO, 1994, p. 47.

que “nesse âmbito somente se admite a regência desse direito do indivíduo, nunca restrições a esse direito por lhe ter sido outorgado pelo Poder Constituinte que é potência, diferentemente da emenda que é função de competência” e complementa que esse fundamento impede que “a emenda venha, assim, a ferir a competência do juiz natural, sobretudo a do Juiz Estadual, porque esse a recebeu da Constituição, quando o Poder Constituinte autorizou-o, no art. 125 ao permitir ao Estado a sua organização judiciária estabelecendo essas competências dos Juízes”<sup>57</sup>. Como destacado anteriormente, as decisões do STF não podem ser entendidas como “precedentes obrigatórios nos termos do direito norte americano”<sup>58</sup>.

## Conclusão

Inicialmente concluiu-se, no presente trabalho, pela necessidade de considerar as diferenças que existem nos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano, na medida em que pertencem a famílias diferentes. E que a partir dessas premissas, deveria ser feita a microcomparação entre a regra do *precedent* e do *stare decisis* norte-americanos e do precedente brasileiro, uma vez que a compreensão dessas balizas é essencial para a correta compreensão do tema, porque existem limites à circulação de modelos entre sistemas jurídicos na ciência do comparado.

Verificou-se, então, que o sistema jurídico dos EUA é da família do *common law*, guardando semelhança com os demais ordenamentos da família, e mantendo diversos institutos e categorias jurídicas em comum, sendo o precedente judicial a característica principal e determinante de uma série de outros aspectos estruturantes do ordenamento jurídico do país.

.....  
57 BRITO, 1994, p. 47.

58 BRITO, 1994, p. 47.

O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico norte-americano é difuso, realizado *in concreto* e *incidentally*, com as decisões produzindo efeitos entre as partes. A regra do *stare decisis*, entretanto, faz com que essas decisões sejam observadas pelo Poder Judiciário em decisões posteriores como precedentes.

Os precedentes podem ser classificados, quanto à sua vinculação, em obrigatórios (*binding effects*) ou persuasivos. Nos casos em que um tribunal ou julgador está vinculado a julgar conforme uma decisão judicial anterior, proferida por ele mesmo ou por um tribunal superior hierarquicamente, que apresente semelhança com as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas no caso em questão, está-se diante de um precedente obrigatório. Já o precedente persuasivo, por sua vez, acontece quando, apesar de não ser vinculante em um caso, pode ser levado em consideração pelo juiz do caso concreto ao proferir uma decisão, mas sem qualquer obrigatoriedade em relação a ele.

Já o Brasil adota, desde 1891, o chamado controle difuso de constitucionalidade, que poderá ser realizado no caso concreto por qualquer juiz ou tribunal, *incidentally*, com efeitos *inter partes*. Ocorre que, como o ordenamento jurídico brasileiro é da família do *civil law*, não tem as leis como fonte principal de direito e não adota originalmente a regra do *stare decisis*.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 previu a possibilidade de edição de súmulas vinculantes, que seriam enunciados formulados pelo STF, contendo uma síntese do entendimento constitucional sobre matéria reiteradamente julgada pelo tribunal, cuja observância seria força vinculante para os demais órgãos judiciais e para a Administração Pública. A súmula vinculante passou a produzir efeitos no controle de constitucionalidade difuso, que limitava os juízes e tribunais a ela vinculados.

A Emenda Constitucional nº 45/04 também estabeleceu a repercussão geral da matéria debatida como novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, regulamentado posteriormente

pela Lei nº 11.418/2006, que instituiu um procedimento especial para julgamento de recursos extraordinários repetitivos.

Percebe-se, assim, claramente a tentativa de implementação da categoria dos precedentes, típica dos sistemas da família do *common law*, no direito brasileiro que é um sistema da família *civil law*.

Conclui-se que o exercício da competência reformadora encontra limites iminentes e transcendentais, que se impõem no momento de alteração do texto constitucional, e nessa medida a importação de modelos de outros sistemas jurídicos não é livre e incondicionada, sendo o rol de cláusulas pétreas não apenas expresso, mas também implícito.

A Constituição Federal de 1988 foi construída sobre as fundações dos princípios da separação de Poderes, do juiz natural e da opção pelo controle difuso de constitucionalidade das leis, não sendo autorizada a competência reformadora, limitada, condicionada e subordinada, a constitui-los ou restringi-los.

As tentativas de objetivação do controle de constitucionalidade difuso *in concreto* das leis no Brasil são inconstitucionais na medida em que, ainda que previsto na Constituição Federal, por meio de emenda, viola cláusulas pétreas: princípios da separação de Poderes, do juiz natural e da independência judicial.

## Referências

ALENCAR, R. A. R. C. de. *Efeito vinculante e concretização do direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Versão castelhana de Ernesto Garzón Valdes. Revisão de Ruth Zimmeling. 2. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANCEL, M. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980.

BACHOF, O. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlantida, 1977.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 141, n. 252, p. 9-12, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 2-50, 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 7569 – São Paulo. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*: [s. l.], n. 232, 11 dez. 2009.

BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

BRITO, E. ICMS e a PSV 69: insegurança do pronunciamento do STF. In: BRIGAGÃO, G.; MATA, J. C. da. (org.). *Temas de direito tributário*: em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto. Belo Horizonte: Arraes, 2020. v. 1, p. 523-534.

BRITO, E. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39-50.

BRITO, E. Jurisdição constitucional. *ERGA OMNES*: revista da Escola de Magistrados da Bahia, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, 2013.

BUZUID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. Prefácio do Prof. Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

CICCONETTI, S. M.; TEIXEIRA, A. V. *Jurisdição constitucional comparada*: Brasil, Itália, Alemanha e EUA. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DANTAS, B. *Repercussão Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- DANTAS, I. Direito Comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 34, n. 134, p. 231-249, 1997.
- DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIDIER JR., F. *Curso de Direito Processual Civil*. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 1.
- DIDIER JR., F.; CUNHA, L. C. da. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 3.
- DIDIER JR., F.; OLIVEIRA, R.; BRAGA, P. S. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 2.
- KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Tradução de Alexandre Drug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MARINONI, L. G. Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro. In: MARIMONI, L. G. (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 597-628.
- MARSHALL, J. *Decisões constitucionaes*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- MEDINA, J. M. G.; WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. A súmula vinculante vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 27, n. 92, p. 7-22, 2007.
- MENDES, G. F. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- OLIVEIRA, P. M. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. Coordenação de Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PIMENTA, P. R. L. O controle de constitucionalidade das Leis e a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: DIDIER JR., F.; BRITO, E.; BAHIA, S. J. C. (coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- RAMOS, S. Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 13, p. 148-162, 1996.
- REGO, F. M. *Repercussão geral: uma releitura do direito vigente*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ROCHA, C. L. A. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 34, n. 133, p. 51-64, 1997.
- SARTORI, G. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. v. 1.
- SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.
- SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. Organização e introdução analítica de Aurélio Wander Bastos. Tradução de Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- SIFUENTES, M. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- VELOSO, Z. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999 e 9.882, de 03.12.1999*. 3. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

# MESOCOMPARAÇÃO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA E AS CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPEIAS (ITÁLIA, PORTUGAL, ESPANHA, ALEMANHA, FRANÇA E ÁUSTRIA)

*Dermeval Rocha da Silva Filho*

## **Introdução**

O estudo do direito comparado traz a oportunidade de conhecer outros sistemas, ramos, núcleos e institutos de outros ordenamentos jurídicos, permitindo ao comparatista verificar distâncias e aproximações com o objeto de pesquisa do direito interno escolhido, buscando aprimoramentos e correções que se fizerem necessárias aos avanços institucionais.

No presente capítulo, pretende-se, a partir desse norte, fazer a mesocomparação entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e as Cortes Constitucionais norte-americana e a europeia, especificamente sobre Itália, Portugal, Espanha Alemanha, França e Áustria.

A jurisdição constitucional é realizada pelo órgão a quem o constituinte deferiu a guarda da Constituição (o STF e as Cortes Constitucionais citadas), daí por que a análise que ora se inicia vai limitar-se a esse núcleo em comum ora destacado das ordens jurídicas



citadas, que, à vista de sua privatividade para o exercício da jurisdição constitucional, despertaram o interesse para esta pesquisa.

No Brasil, há vozes que se levantam para criticar o que denominam de centralização e politização da escolha dos ministros do STF, que atualmente tem a participação do presidente da República e do Senado Federal, preconizando uma forma de investidura pautada na meritocracia e na condução por outros órgãos e segmentos da sociedade civil, inclusive idealizando a eliminação da vitaliciedade e o estabelecimento de mandato fixo para os novos ocupantes.

Há algumas iniciativas nesse sentido no Congresso Nacional<sup>1</sup>, sendo válido trazer aqui, para efeito ilustrativo, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 35/2015, da relatoria do senador Lasier Martins (PDT/RS), cuja redação altera o art. 101 da Constituição Federal, prevendo que os ministros do STF serão escolhidos dentre cidadãos com no mínimo 15 anos de atividade jurídica, partindo-se de uma lista tríplice apresentada pelas seguintes autoridades: presidente do Tribunal de Contas da União, presidentes dos tribunais superiores, procurador-geral da República e, por fim, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Além dessas alterações, a PEC prevê ainda um mandato fixo para os novos ministros, estabelecendo prazo para a escolha tão logo haja vacância no cargo, a fim de impedir um alongado período sem a respectiva substituição, o que prejudica o andamento dos trabalhos do tribunal. Nesse particular, a proposta vai ao encontro daquilo que já é realidade na Itália, país em que o mandato dos juízes é de 9 anos e onde o art. 5º, § 2º da Lei Constitucional nº 2/1967 prevê que, em caso de vacância e a partir da data desse evento, a substituição dos membros da Corte Constitucional dar-se-á em no máximo um mês.

.....  
1 Nesse sentido, tramitam na Câmara dos Deputados a PEC nº 566/2002, a PEC nº 484/2005, a PEC nº 393/2009, a PEC nº 434/2009, a PEC nº 441/2009 e a PEC nº 342/2009.

Na Alemanha, por exemplo, os juízes permanecem no cargo por um período fixo ou até os 68 anos de idade, precavendo-se o sistema alemão contra essa lacuna que se pretende evitar na PEC aludida, com a regra<sup>2</sup> no sentido de que, mesmo decorrido o tempo máximo no exercício de suas funções, ainda assim o juiz continuará no cargo até a posse de seu sucessor<sup>3</sup>.

Essa preocupação com o aperfeiçoamento das instituições parece de fato republicana, não encontrando essa emenda qualquer impedimento na Constituição Federal de 1988, a qual, ao contrário, traz comandos claros no sentido da busca permanente pela eficiência e impessoalidade, entre outros princípios explícitos e implícitos da Administração Pública a concretizar<sup>4</sup>.

- .....
- 2 CICCONETTI, S. M.; TEIXEIRA, A. V. *Jurisdição constitucional comparada*: Brasil, Itália, Alemanha e EUA. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 265. Registram outra medida de anteparo para evitar lacunas na composição da corte alemã, a saber: "No caso de vacância por mais de dois meses de um posto de juiz constitucional e não tendo o órgão ao qual competia a tarefa de eleger o sucessor deste (o *Bundestag* ou o *Bundesrat*) demonstrado condições de fazê-lo, o mais ancião representante do *Bundestag* ou o presidente do *Bundesrat* (ou ainda o seu representante oficial) deverá imediatamente pedir ao Tribunal Constitucional Federal que apresente proposta para as eleições. O *Plenum* deverá, mediante maioria simples sobre um quórum não inferior a dois terços de todos os membros, indicar quem deve ser eleito juiz; tal indicação, manifestada em lista tríplice, será entregue ao órgão que deveria, pela ordem, fazer a eleição naquele momento, mas a indicação vinda do *Plenum* não será vinculante, podendo a Casa, a qual competia a tarefa de eleger o juiz constitucional, fazê-lo pelo modo ordinário".
  - 3 CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 265.
  - 4 Com relação ao número de juízes, por exemplo, lembra-nos CELSO DE MELLO acerca da grande variação nesse quesito ao longo da história pátria, a saber: Casa da Suplicação do Brasil (1808-1829): 23 juízes; Supremo Tribunal de Justiça/Império (1829-1891): 17 juízes; Supremo Tribunal Federal/República (1891-2011): a) Constituição Federal de 1891: 15 juízes, b) Decreto nº 19.656, de 1931 (governo revolucionário): 11 juízes, c) Constituição Federal de 1934: 11 juízes, d) Carta Federal de 1937 (Estado Novo): 11 juízes, e) Constituição Federal de 1946: 11 juízes, f) Ato Institucional nº 02/1965: 16 juízes, g) Carta Federal de 1967: 16 juízes, h) Ato Institucional nº 06/1969: 11 juízes, i) Carta Federal de 1969: 11 juízes, j) Constituição Federal de 1988: 11 juízes. MELLO FILHO, J. C. de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 3. ed. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal: Secretaria de Documentação, 2012. Neste estudo, é possível perceber que a média de tempo dos ministros no cargo é em torno de 10 anos.

Entretanto, quando se faz um relance comparativo do caso brasileiro com as Cortes Constitucionais referidas neste trabalho, constata-se que não há um modelo perfeito, pronto e acabado à disposição dos interessados. Aliás, não existe sequer uma reprodução fiel entre pelo menos dois dos oito países cotejados, sendo que cada um deles, por exemplo, tem sua forma particular de investidura para os tribunais constitucionais, apresentando semelhanças, mas também muitas dessemelhanças entre eles nesse aspecto. E é exatamente esse cenário de diferenças e similitudes que confere sentido a este capítulo, já que, segundo Castro Júnior, a análise comparatista não tem qualquer utilidade em condições totalmente idênticas ou totalmente distintas<sup>5</sup>.

E a relevância desta pesquisa parece evidente ainda mais na medida em que se vê possível, a partir do confronto de alguns aspectos da estrutura e funcionamento desses tribunais, destacar, primeiro, a inexistência de uma corte constitucional exemplar a ser importada e, em segundo lugar, o quanto, em que pese careça de aprimoramentos, o Supremo Tribunal Federal precisa ser prestigiado, seja pelos agentes políticos e institucionais, seja pela própria sociedade em geral.

Nessa perspectiva, o capítulo começará com uma explanação sobre o conceito de mesocomparação, apontando as diferenças básicas entre microcomparação, mesocomparação e macrocomparação. Na sequência, a mesocomparação dos tribunais constitucionais citados será feita sob três aspectos: quanto à investidura/composição e quanto à competência.

Em um outro momento, a mesocomparação, que será realizada à luz do controle de constitucionalidade, vai ser pautada no aspecto

.....

5 "[...] A análise comparativa não tem significado quando em condições de identidade, pois total identidade ou total diferença são, dessa forma, totalmente inúteis nesse tipo de método, já que a tarefa do comparativista, por meio do contraste dos elementos determinantes, é fazer a comparação entre semelhança e diferença, e divergência e convergência, a fim de colaborar para o entendimento e/ou reforma do mencionado elemento do sistema". CASTRO JR., O. A. de. A relevância do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento para a reforma do sistema judicial brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 41, n. 163, p. 51-68, jul./set. 2004. p. 58.

subjetivo, ou seja, quanto aos órgãos que podem declarar a constitucionalidade. Na sequência, o estudo terá lugar quanto ao aspecto modal, ou seja, quanto aos legitimados para provocar a justiça constitucional, primeiro os órgãos e depois os demais jurisdicionados.

Nesse último caso, pretende-se fazer um cotejo entre instrumentos processuais específicos para tal fim, como o recurso extraordinário, no Brasil, o recurso constitucional, na Alemanha, e a questão prioritária de constitucionalidade, na França, entre outros.

Por fim, a mesocomparação será feita em face dos efeitos dos pronunciamentos do STF e demais cortes mencionadas, seguindo-se com a conclusão, onde serão extraídas algumas lições acerca do quanto estudado.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, maneira utilizada para obtenção dos dados necessários ao trabalho, com procedimento técnico guiado pela análise da legislação e leitura de textos especializados, como obras e artigos científicos, além da consulta de jurisprudência no Brasil e no exterior.

## **Mesocomparação**

Nesta parte do texto, a abordagem tem relação com o conceito de mesocomparação e as diferenças básicas entre microcomparação, mesocomparação e macrocomparação.

### **Conceito**

O conceito de mesocomparação adotado pela doutrina especializada tem relação com o contraste realizado entre instituições, órgãos judiciais, sistemas de normas e ramos do direito, entre outras situações

conjunturais que podem ser objeto de estudo do direito comparado<sup>6</sup>, sem que estas se enquadrem na microcomparação ou macrocomparação.

O campo de pesquisa da mesocomparação, portanto, pode-se afirmar residual ou subsidiário, transparecendo com mais nitidez o seu objeto na medida em que este não se enfeixa nos demais relances comparativos citados.

É o que ensinam Sgarbossa e Jensen quando afirmam que o objeto da mesocomparação é

a comparação de ramos inteiros do Direito, situando-se ditos estudos comparativos, portanto, em um meio-termo entre as macrocomparações (sistemas na integralidade) e as microcomparações (partículas elementares, i. é., institutos, princípios, regras)<sup>7</sup>.

Em outras palavras, a mesocomparação constitui-se em um meio-termo entre micro e macrocomparação, revelando melhor a sua identidade a partir da diferença entre aqueles outros tipos de comparação.

## Diferenças entre microcomparação, mesocomparação e macrocomparação

Ensina Edvaldo Brito que a macrocomparação aborda sistemas, agrupamentos, famílias; que a microcomparação estuda institutos jurídicos

- .....
- 6 Para Edvaldo Brito, "O estudo comparativo de direitos consiste em pesquisar e relacionar semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas, ou seja, um estudo da pluralidade de ordenamentos jurídicos atuais, com o objetivo de conhecer cada ordenamento detalhadamente confrontando entre eles, através da análise das diferenças e das analogias da estrutura e da disciplina reconhecíveis e, desse modo, conhecer a contribuição que o direito comparado dá ao estudo do direito nacional considerado na totalidade dos seus diferentes setores, fazendo-se a unificação dos sistemas". BRITO, E. P. de. ICMS e a PSV 69: insegurança do pronunciamento do STF. In: BRIGAGÃO, G.; MATA, J. C. da. (org.). *Temas de direito tributário: em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. v. 1, p. 523-534.
  - 7 SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 148.

afins em diferentes ordens jurídicas; e que a mesocomparação trabalha sobre ramos do direito, fazendo considerações de núcleos importantes e destacados entre eles<sup>8</sup>.

É também o pensamento de Rosenblatt e Andriani, no sentido de que na microcomparação pinça-se um instituto específico de uma ordem jurídica para ser comparado, a exemplo do instituto lançamento tributário, ao passo que na “[...] macrocomparação pressupõe um objeto maior, uma comparação entre sistemas jurídicos em sua totalidade, seus princípios gerais e seus procedimentos”<sup>9</sup>.

É possível, nesse contexto, apontar alguns pontos de contraste entre essas categorias mencionadas, de modo a revelar o objeto da mesocomparação, identificar sua autonomia e, no caso em apreço, a sua importância ou utilidade para o presente estudo, o que será visto no item seguinte.

Na microcomparação, o estudo é voltado para pontos específicos dos sistemas jurídicos de dois ou mais países, a exemplo do tratamento conferido à liberdade profissional entre o Brasil e a Alemanha, assim como a pesquisa acerca das diferenças e semelhanças entre o recurso de amparo previsto na Constituição espanhola em contraste com o nosso recurso extraordinário.

Já na macrocomparação, o pesquisador não centra sua atenção em institutos, órgãos ou particularidades desse ou daquele sistema jurídico, mas no cotejo entre os próprios sistemas jurídicos globalmente considerados, colocando lado a lado em perspectiva comparativa as chamadas famílias do direito, a exemplo daquelas relacionadas às tradições *common law* e *civil law*, para ficar apenas nestas mais conhecidas<sup>10</sup>.

.....  
8 BRITO, 2020, p. 524.

9 ROSENBLATT, P.; ANDRIANI, L. T. *Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo*. Revista da Presidência, Brasília, DF, v. 20, n. 122, p. 691-715, out. 2018/jan. 2019. p. 698.

10 ANCEL, M. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre. S. A. Fabris, 2015. p. 60-61.

A partir daquilo que foi abordado no conceito de mesocomparação, é possível divisar traços distintivos entre essa categoria e as demais aludidas, os quais refogem ao figurino do espectro micro e macro do alvo do pesquisador, aproximando-se ou envolvendo, na verdade, pontos intermediários ou setorizados de duas ou mais ordens jurídicas.

## Importância da mesocomparação para o presente estudo

O tema deste capítulo parece sugestivo acerca de qual categoria ele melhor se encaixa, uma vez que está preordenado a comparar a Suprema Corte brasileira, a norte-americana e demais seis Cortes Constitucionais de Estados europeus.

A escolha, portanto, dessa categoria para o desenvolvimento do presente estudo não parte do arbítrio do autor deste capítulo, nem tampouco se deve a um critério aleatório, mas decorre do próprio objeto a ser pesquisado, que não só parece estar muito distante da micro e da macrocomparação, mas se identifica perfeitamente com a mesocomparação.

É claro, contudo, que não será possível atingir os fins aqui perseguidos sem descer, ainda que superficialmente, a exames de algumas partículas (como os instrumentos processuais) que tangenciam ou compõem o mosaico daquilo que se pretende estudar (as cortes constitucionais), nem tampouco se abrirá mão de um passeio, ainda que panorâmico, pelos dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade (o de matriz norte-americana e o de matriz austríaca), os quais influenciaram decisivamente grande parte dos tribunais constitucionais em apreço, não podendo, portanto, ser desprezados.

# Mesocomparação das Cortes Constitucionais estudadas quanto à investidura, composição e competência

Aqui a análise será voltada para a estrutura dos órgãos constitucionais, envolvendo a forma de investidura de seus membros, composição e atribuições.

## Quanto à investidura e composição

A análise quanto à investidura e composição dos tribunais em apreço pode ser sintetizada no esquema comparativo abaixo, que será abordado na sequência:

**Quadro 1** – Esquema comparativo quanto à investidura e composição

País	Número de membros	Autoridades que designam	Duração do mandato	Limites de idade	Renovação do mandato	Qualidades exigidas	Órgão de jurisdição constitucional
<b>Brasil</b>	11	Presidente da República	Até 75 anos de idade	Mais de 35 e menos de 65 anos de idade		Cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada	Supremo Tribunal Federal
<b>EUA</b>	9	Presidente da República	Não há	Não há		Não há	Suprema Corte
<b>Itália</b>	15	Presidente da República (5) Parlamento (5) Magistraturas superiores (5)	9 anos	Não há	Não há	Advogado, professor de Direito ou magistrado	Corte Constitucional
<b>Portugal</b>	13	Assembleia da República (10) Recrutados pelos próprios membros (3)	9 anos	Não há	Sim	Ser magistrado (no mínimo por 6 anos) ou jurista	Corte Constitucional



País	Número de membros	Autoridades que designam	Duração do mandato	Limites de idade	Renovação do mandato	Qualidades exigidas	Órgão de jurisdição constitucional
Espanha	12	Rei - mediante proposição do: Congresso (4) Senado (4) Governo (2) Conselho Geral do Poder Judicial (2)	9 anos	Não há	Não há	Ser jurista (advogado, professor ou magistrado)	Tribunal Constitucional
Alemanha	16	Bundestag (8) Bundesrat (8)	12 ou até 68 anos de idade	Idade mínima: 40 anos. Idade máxima: 60 anos	Não há	Ser magistrado federal supremo e suprir as condições pra ser juiz alemão	Corte Constitucional
França	9	Presidente da República (3) Presidente da Assembleia Nacional (3) Presidente do Senado (3)	9 anos	Não há	Não há	Não há	Conselho Constitucional
Áustria	14 (sendo 6 suplentes)	Presidente da Federação - mediante proposição do: Governo federal (8), Conselho Nacional (3) Conselho Federal (3)	Até 70 anos de idade			Ser jurista, funcionário ou professor de universidade	Corte Constitucional

Fonte: elaborado pelo autor.

Segundo a Constituição Federal de 1988, art. 101 e seu parágrafo único, a investidura dos ministros do STF é guiada por dois critérios: deve recair sobre cidadãos (estar no gozo dos direitos políticos) com mais de 35 e menos de 65 anos de idade e que apresentem notável saber jurídico e reputação ilibada<sup>11</sup>. A nomeação dar-se-á pelo presidente da

11 Além desses requisitos, a Constituição exige ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, IV).

República, após aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi inaugurada na Constituição Provisória instituída pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, e depois reproduzida no Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal, sendo também adotada na Constituição Imperial de 24 de fevereiro de 1891, a qual, graças a Rui Barbosa, sofreu forte influência da Constituição dos Estados Unidos da América, prevendo em seu art. 56 que o tribunal compunha-se de 15 juízes, nomeados pelo presidente da República, dentre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis pelo Senado.

De fato, o acesso à Suprema Corte norte-americana segue alguns critérios parecidos com os exigidos para compor o tribunal brasileiro. Lá, a escolha é igualmente realizada pelo presidente da República, dependendo também da ratificação do Senado Federal, garantida a vitaliciedade dos ocupantes.

As principais diferenças ficam por conta do número de juízes – são apenas 9 nos Estados Unidos, escolhidos pelo presidente da República mas ratificados por maioria simples pelo Senado Federal (no Brasil, é por maioria absoluta) –, assim como na questão envolvendo os requisitos para investidura no cargo, já que nos EUA não há obrigatoriedade de a escolha recair sobre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, como ocorre no Brasil, embora na prática tais métricas tenham prevalecido até hoje quando se realiza a nomeação para aquele tribunal<sup>12</sup>.

Criticando a composição do STF brasileiro pelo fato de a indicação depender exclusivamente da vontade do presidente da República,

.....  
12 “Os requisitos para exercer o cargo de juiz constitucional não estão rigidamente previstos em nenhum diploma legal, possibilitando, em tese, que qualquer cidadão estadunidense seja apontado para tal cargo. Entretanto, tem prevalecido, até hoje, as escolhas a partir de critérios como: formação jurídica, moral ilibada e indicação por parte da base política do presidente da República”. (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 338)

observa Arthur Pinheiro Chaves que “seria preferível garantir uma maior independência ao Tribunal Constitucional Brasileiro, com solução baseada no modelo italiano, no qual a escolha dos ministros é realizada com a participação de membros do Poder Judiciário e do Parlamento”<sup>13</sup>.

De fato, e indo mais longe, a Constituição italiana de 1948, no art. 135, estabelece que a Corte Constitucional é composta por 15 juízes, com nomeação de 1/3 pelo presidente da República, 1/3 pelo Parlamento e, além disso, 1/3 pelas magistraturas superiores, ordinária e administrativa, sendo todos eleitos por 9 anos, improrrogáveis.

Os membros do Tribunal Constitucional são recrutados entre os juízes das jurisdições superiores ordinária e administrativas, os professores catedráticos de universidades em disciplinas jurídicas e os advogados que tenham no mínimo 20 anos de exercício profissional.

Um dado bem peculiar presente na Constituição italiana, e que não se vê em nenhuma outra daquelas estudadas neste trabalho, é a possibilidade de a composição original de 15 juízes da Corte Constitucional vir a ser ampliada especificamente nos juízos de acusação em face do presidente da República<sup>14</sup>.

.....  
13 CHAVES, A. P. Perfil Comparado da Composição do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional Italiana. *Revista CEJ*, Brasília, DF, ano 20, n. 68, p. 47-61, jan./abr. 2016.

14 Além do presidente da República, até 1989 a corte tinha a competência de julgar também a acusação em face do Conselho de Ministros e os próprios ministros. Registra, oportunamente, Favoreu, que o desempenho dessa atribuição atrapalhou o funcionamento da corte durante alguns anos, quando ela teve de julgar um certo número de ministros envolvidos no caso “Lockeed”. FAVOREU, L. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 80. Devido a uma revisão constitucional, feita em 16 de janeiro de 1989, a competência da corte em relação aos ministros foi suprimida e o procedimento, em relação ao chefe do Estado, simplificado. TERRA, F. M. Corte Constitucional da Itália. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 735-749 esclarece melhor a causa dessa alteração, quando registra que “esse tipo de julgamento somente aconteceu uma única vez na história da Corte, em 1978 e 1979, envolvendo dois ex-Ministros de Estado. Esse foi o principal fundamento para a reforma, em 1989, excluindo o julgamento de Ministros da competência da Corte, tendo em vista que o Tribunal passou dois anos envolvido no julgamento”.

Sim, em juízos de acusação contra o presidente da República, juntam-se aos 15 membros ordinários mais 16 juízes escolhidos aleatoriamente (sorteio) a partir de uma lista de cidadãos que ostentem as condições de elegibilidade necessárias para serem senadores.

Essa lista é formada a cada 9 anos por meio de eleição, seguindo-se o mesmo roteiro previsto para a investidura dos juízes ordinários.

Observam Cicconetti e Teixeira que aos juízes agregados não se requer os mesmos requisitos das profissões jurídicas que são exigidos para ser juiz ordinário.

Tal circunstância se explica facilmente pela peculiaridade da função – similar a de um juízo penal – que a Corte exerce quando julga o presidente da República, sendo que, neste caso, o *plenum* dos juízes, ordinários e agregados, exerce uma função análoga à de um verdadeiro júri<sup>15</sup>.

Diferente do Brasil, na Itália a Constituição não dispõe sobre idades mínima e máxima para seus juízes ocuparem a corte, apenas estabelecendo que ao fim do prazo de 9 anos cessa o exercício das funções.

Em Portugal, a Corte Constitucional tem 13 juízes, com mandato de 9 anos (mesmo tempo previsto pela Constituição italiana e pela Constituição espanhola), sendo 10 investidos pela Assembleia da República e 3 recrutados pelos juízes eleitos para o tribunal. Desses 13 juízes, pelo menos 6 deles devem ser escolhidos entre os magistrados dos demais tribunais, estabelecendo a Constituição portuguesa, com isso, uma quota mínima para os egressos do Poder Judiciário.

Na Espanha, porém, são 12 juízes nomeados pelo rei, sendo 4 escolhidos pelo Congresso, 4 escolhidos pelo Senado, 2 pelo governo e, por fim, 2 pelo Conselho Geral do Poder Judicial.

De acordo com o art. 159, 2 da Constituição, os membros do tribunal devem ser nomeados entre magistrados e membros do Ministério

.....  
15 CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 150.

Público, professores universitários, servidores públicos e advogados, todos juristas de notória competência e com mais de 15 anos de exercício profissional.

Desses 12 juízes, a Constituição espanhola prevê uma renovação de 1/3 de 3 em 3 anos. Ou seja, a cada 3 anos, há uma renovação de 4 dos 12 membros do tribunal. No caso espanhol, diferentemente do Brasil, o presidente do Tribunal Constitucional é nomeado pelo rei, que recebe proposta do tribunal reunido em plenário, cumprindo mandato de 3 anos.

Já na Alemanha, conforme art. 94 (1), o Tribunal Constitucional compõe-se de 16 juízes, os quais são eleitos em partes iguais pelo Parlamento Federal e também pelo Conselho Federal, todos nomeados ao final pelo presidente da República, com o detalhe de que esses juízes não podem pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou a outros órgãos correspondentes de um Estado.

Esses 16 juízes constitucionais são distribuídos em duas seções, ficando cada uma com 8 componentes. Os requisitos para investidura no cargo são: ter 40 anos de idade, capacidade técnica e idoneidade para exercer a função, o que significa possuir formação jurídica e provar estar habilitado no exame do Estado com a nota mínima exigida para o cargo de juiz federal.

Os membros do Tribunal Constitucional alemão ficam no cargo por 12 anos ou até completarem 68 anos de idade, sendo vedada a recondução<sup>16</sup>.

Na França, o órgão responsável pelo juízo de constitucionalidade das leis e atos normativos não integra qualquer dos Poderes da República, sendo na verdade um órgão à parte e independente. Trata-se do Conselho Constitucional cuja composição é de 9 membros, com mandato improrrogável de 9 anos, passando por uma renovação de 1/3 a cada 3 anos.

.....  
16 CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 264-265.

Além dos 9 membros nomeados, também fazem parte do Conselho os ex-presidentes da República, considerados membros de direito, com mandato vitalício. O Conselho Constitucional, portanto, é constituído de membros nomeados e membros de direito, estes últimos os ex-presidentes do país, o que significa concluir que a composição dessa instituição é variável.

Segundo a Constituição francesa, art. 56, dos 9 membros “ordinários”, 3 deles são nomeados pelo presidente da República, que escolhe aquele que vai presidir o Conselho, 3 pelo presidente da Assembleia Nacional e 3 pelo presidente do Senado.

De acordo com Daniel Carvalho Cardinali, “não há exigências específicas de formação para integrar o Conselho Constitucional além da idade de 18 anos e da cidadania francesa, refletindo o seu caráter originário de órgão político e não propriamente judicial”<sup>17</sup>.

No direito francês, portanto, não há exigência de idade mínima e máxima para compor o Conselho Constitucional, bastando que os membros indicados estejam no gozo pleno de seus direitos civis e políticos. Nesse sentido, anotam Cicconetti e Teixeira que a “França, tradicionalmente, não estabelece limites de idade para exercer as atividades públicas, inclusive para presidência da República e para mandatos parlamentares”<sup>18</sup>.

Com relação à Áustria, prevê o art. 147 da Constituição que o Tribunal Constitucional compõe-se de um presidente, um vice-presidente, 12 membros suplementares e 6 membros suplentes. A corte tem, portanto, 14 membros titulares (sendo 6 suplentes), todos nomeados pelo presidente da Federação, garantida a vitaliciedade no cargo, com aposentadoria compulsória no último dia do ano em que o juiz completa 70 anos de idade. Estabelece também que o presidente, o

.....  
17 CARDINALI, D. C. Tribunal Constitucional da Espanha. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 554-570. p. 576.

18 CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 303.

vice-presidente, 6 membros adicionais e 3 membros suplentes devem ser nomeados pelo presidente da Federação por meio de recomendação do governo federal, e que esses membros devem ser escolhidos entre juízes, servidores públicos e professores de direito.

A Constituição dispõe ainda que 3 membros e 2 membros suplentes devem ter domicílio fora da capital federal, que fica em Viena.

Enfim, vê-se que a composição dos órgãos da justiça constitucional é praticamente a mesma em todos os países mencionados, inclusive no Brasil, sendo que na média há de 9 a 12 juízes em seus quadros, com presidente e vice-presidente. Os juízes ficam no cargo até geralmente 70 anos, com observação de que a indicação é política, principalmente do Parlamento, existindo, em alguns países, a escolha obrigatória de juízes de carreira a partir dos tribunais inferiores<sup>19</sup>.

Nas palavras de Cláudia Toledo e Luiz Moreira “a justificativa dada pelos ordenamentos jurídicos europeus à escolha política dos juízes do Tribunal Constitucional é a da necessidade de garantia da legitimidade de seus membros, já que não são os juízes eleitos pelo voto popular”<sup>20</sup>.

Em contraste com o Brasil, a estruturação de alguns desses tribunais europeus dão destaque especial aos professores universitários (Itália, Áustria, Espanha), que figuram como membros nomeados para a corte, estabelecendo igualmente a existência de mandato para os ocupantes dos órgãos da justiça constitucional<sup>21</sup>.

## Quanto à competência

Não haverá um exame aprofundado acerca da competência do STF, assim como também não se pretende fazê-lo com a competência dos demais órgãos de cúpula estrangeiros ora comparados, já que o espaço

.....  
19 FAVOREU, 2004, p. 12.

20 FAVOREU, 2004, p. 13.

21 FAVOREU, 2004, p. 12.

não permite e, além disso, fugiria do objetivo principal deste trabalho, que é um estudo comparativo panorâmico ou superficial das cortes aludidas. Nesse sentido, eis um quadro sinóptico a respeito do tema:

**Quadro 2** – Esquema comparativo quanto às competências

País	Competências	Órgão de jurisdição constitucional
Brasil	<p>Competência originária: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADIN), ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADC), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIO), reclamação, mandado de injunção (MI). Habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, nos casos do art. 102, I, d. Julgamento, nas infrações penais, do presidente da República e autoridades referidas no art. 102, I, b e c.</p> <p>Competência recursal ordinária: habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão, assim como o recurso ordinário em se tratando de crime político.</p> <p>Competência recursal extraordinária: recurso extraordinário.</p> <p>Enfim, o espaço não permite uma lista exaustiva, mas o STF exerce sua competência em quatro áreas: contencioso quase-penal, contencioso de direitos fundamentais, contencioso de normas e o contencioso dos litígios entre órgãos constitucionais<sup>22</sup>.</p>	Supremo Tribunal Federal
EUA	<p>Competência originária: questões relativas a embaixadores, ministros, cônsules e nas ações envolvendo um Estado.</p> <p>Competência recursal: apelação, certificação e <i>writ of certiorari</i>.</p>	Suprema Corte

22 VELLOSO, C. M. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. *Revista de Investigação Legislativa*, Brasília, DF, ano 30, n. 120, p. 5-30, out./dez. 1993. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176152/000480861.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 21 maio 2021. p. 10-11.



País	Competências	Órgão de jurisdição constitucional
Itália	<p>Controle de constitucionalidade das leis e atos com força de lei: do Estado e das regiões.</p> <p>Controle preventivo: das leis regionais antes da promulgação.</p> <p>Controle <i>a posteriori</i>: por via de ação e por meio de remessa dos tribunais e juízes.</p> <p>Conflito de atribuições entre os poderes e entre o Estado e as regiões. Conflito de atribuições entre as regiões.</p> <p>Acusações em face do presidente da República. Admissão de <i>referendum abrogativo</i>.</p>	Corte Constitucional
Portugal	<p>Controle preventivo de tratados internacionais, decretos legislativos regionais, referendos nacionais, regionais e locais, inclusive os requisitos de ordem eleitoral.</p> <p>Controle repressivo de decretos e atos administrativos.</p> <p>Controle de constitucionalidade por omissão.</p> <p>Controle difuso de normas que violem a Constituição e seus princípios.</p> <p>Julgamento de querelas eleitorais e condições de elegibilidade de candidatos à função presidencial.</p> <p>Competência para atestar a morte ou impossibilidade física do presidente da República. Controle das organizações fascistas.</p>	Corte Constitucional
Espanha	<p>Recurso de inconstitucionalidade das leis e atos normativos com força de lei, no exercício do controle concentrado e <i>a posteriori</i>, inclusive de leis pré-constitucionais. Conflito entre órgãos constitucionais do Estado. Recurso de amparo. Tratados internacionais.</p>	Corte Constitucional
Alemanha	<p>Controle preventivo, no caso de aprovação de tratado; em litígios entre órgãos constitucionais; suspensão da entrada em vigor de leis, a depender da situação.</p> <p>Controle repressivo de constitucionalidade das leis federais e dos Lander, litígio entre órgãos do Estado e entre o Estado e os Lander. O recurso constitucional, o julgamento do presidente da República e dos juízes. Controvérsias eleitorais e dos partidos políticos. Ação declaratória de constitucionalidade.</p>	Tribunal Constitucional Federal

<b>País</b>	<b>Competências</b>	<b>Órgão de jurisdição constitucional</b>
<b>França</b>	<p>Controle preventivo obrigatório: sobre leis orgânicas e regulamentos das casas legislativas, mesmo sem provocação.</p> <p>Controle preventivo facultativo: sobre a constitucionalidade das leis e compromissos internacionais.</p> <p>Controle de constitucionalidade das leis; a regularidade das eleições de presidente da República e outras questões eleitorais. A questão prioritária de constitucionalidade (QPC).</p>	Conselho Constitucional
<b>Áustria</b>	<p>No controle preventivo, dirime dúvidas sobre atribuições dos Länder ou da Federação acerca de atos administrativos e legislativos, a exemplo de regulamentos e projetos de lei ainda não aprovados.</p> <p>No controle repressivo: julga inconstitucionalidade de leis estaduais e federais em face da Constituição Federal. Julga reclamações em face de tribunais administrativos, portarias, tratados internacionais, questões eleitorais, conflito de competência, ações contra autoridades e acusações em face dos órgãos estaduais.</p>	Corte Constitucional

Fonte: elaborado pelo autor.

No Brasil, o órgão de vértice do Poder Judiciário é o STF, cuja competência está prevista no art. 102 da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre uma gama de matérias que se pode considerar ampla quando comparadas com os demais sete tribunais analisados. O tribunal brasileiro apresenta-se com competências dignas de corte constitucional e ao mesmo tempo com competências típicas de meros órgãos judiciais recursais, o que tem rendido fortes críticas tanto da comunidade jurídica quanto da própria sociedade.

Importante registrar, entretanto, que há três esferas de atuação conferidas ao Supremo: a primeira, que diz respeito à competência originária; a segunda, que trata da competência recursal ordinária e, por fim, a competência recursal extraordinária<sup>23</sup>.

Como guardião da Constituição, e exercendo essa competência originária, cabe ao STF processar e julgar, originariamente, a ação

.....  
23 VELLOSO, 2004.

direta de inconstitucionalidade<sup>24</sup> de lei ou ato normativo federal ou estadual, além da ação declaratória de constitucionalidade<sup>25</sup> de lei ou ato normativo federal, competindo a ele também a apreciação do pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade e o julgamento de mandado de injunção<sup>26</sup>.

Carlos Velloso afirma ser esta

[...] a competência maior do Supremo Tribunal. Apenas essa competência poria o Supremo Tribunal em pé de igualdade com o Tribunal Constitucional alemão, com o Tribunal Constitucional espanhol, com a Corte Constitucional italiana e com o Tribunal Constitucional português<sup>27</sup>.

Não se sabe ao certo em que sentido exato o autor citado se referiu quando usou a expressão “pé de igualdade”, mas – e isso será abordado adiante – talvez essa comparação seja na verdade tributária de uma visão romântica ou irreal das Cortes Constitucionais aludidas, como se estas só cuidassem do controle de constitucionalidade, o que não é bem assim.

No exercício da competência recursal ordinária, a teor do art. 102, II da Constituição Federal de 1988, cabe ao tribunal julgar, em recurso ordinário, 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, assim como o recurso ordinário em se tratando de crime político, que, como dita o art. 109, IV, originariamente é julgado pelos juízes federais.

.....  
24 A ação direta de inconstitucionalidade tem procedimento previsto na Lei nº 9.868/1999, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade interventiva tem procedimento previsto na Lei nº 12.562/2011.

25 O procedimento da ação declaratória está na Lei nº 9.868/1999.

26 O mandado de injunção é disciplinado pela Lei nº 13.300/2016.

27 VELLOSO, 2004, p. 9.

Cabe ainda ao tribunal julgar, agora enquanto instância recursal e mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar diretamente dispositivo da Constituição, incumbindo ainda ao órgão o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>28</sup> decorrente da Lei Maior, ambos funcionando como instrumentos de controle difuso incidental de constitucionalidade.

Há outras matérias jungidas aos cuidados do Supremo, seja à guisa de apreciação originária, a exemplo do julgamento, nas infrações penais comuns, do presidente da República e demais autoridades referidas no art. 102, I, b e c, seja à conta de apreciação recursal, como no caso de recurso extraordinário contra decisão de juízo de primeiro grau, nas causas de alçada (Súmula 640 do STF), pontos que não serão tratados aqui, à vista das razões já consignadas.

A Corte Suprema dos Estados Unidos da América<sup>29</sup> tem competências originária e recursal, como no Brasil, França, Alemanha, Portugal e Áustria, conforme artigo III, seção 2, da Constituição americana. A competência originária cuida, em jurisdição única, de questões relacionadas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e nas hipóteses em que está envolvido um Estado. Já a competência para julgar recursos é dividida em três esferas de atuação: (a) apelação, (b) certificação e (c) *writ of certiorari*, que é um recurso, conforme será visto, sujeito à discricionariedade do tribunal<sup>30</sup>.

.....  
28 Este tem procedimento regido na Lei n° 9.882/1999.

29 FREIRE, A. Suprema Corte dos Estados Unidos. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 305-328. p. 307. Sustenta que "a Suprema Corte dos Estados Unidos é considerada uma das mais influentes do mundo, ao lado do Tribunal Constitucional alemão. Nos dias atuais, não há dúvidas de que uma decisão da Suprema Corte americana tem importância para o mundo. Ela cria um precedente persuasivo, seja ele positivo ou negativo. Suas decisões reconhecendo direitos de minorias são muitas vezes mais festejadas que as já tomadas por Cortes nacionais".

30 BERRI, C. H. G. *As Supremas Cortes do Brasil e dos Estados Unidos da América: seus sistemas comparados de prestação jurisdicional e a problemática dos precedentes*. São Paulo: Dialética, 2021. E-book. p. 70.

No exercício da jurisdição em grau recursal, a Corte Suprema dos EUA pronuncia-se em regra tanto sobre os fatos como sobre o direito, função que até se aproxima do que acontece no STF brasileiro, mas bem diferente daquilo que ocorre, por exemplo, nas Cortes Constitucionais italiana e espanhola, onde o órgão de vértice aprecia apenas a questão constitucional de natureza incidental a ele submetida a julgamento, ficando a causa na origem (com as questões de fato de natureza principal) aguardando aquele desfecho por parte da Corte Constitucional.

Na Itália, a Corte Constitucional exerce o juízo de constitucionalidade das leis e dos atos com força de lei. Esse controle se divide em dois modos de atuação:

(a) O controle preventivo, que é realizado quando o governo encaminha para a corte as leis regionais, mesmo antes delas serem promulgadas, cumpridas determinadas condições; e o (b) o controle *a posteriori*, que é aquele que se dá seja mediante controle concentrado, levado a efeito por via de ação, seja o controle que acontece por meio de remessa dos processos pelos demais tribunais ou juízes ordinários. Lembra Louis Favoreu que “a quase totalidade dos casos é na realidade submetida à Corte por via de recurso incidente, com a remessa feita pelos juízes ordinários”<sup>31</sup>.

Mas a corte italiana apresenta-se também com outras competências diversas, ou seja, tanto com aquelas previstas no art. 134 da Constituição quanto com a única situação estatuída no art. 2º da Lei Constitucional nº 1 de 1953<sup>32</sup>.

Em regra geral, além do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (que é a principal competência da corte), o Tribunal Constitucional julga (a) as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei tanto do Estado quanto das regiões; (b) os conflitos de atribuições havidos entre os poderes

.....  
31 FAVOREU, 2004, p. 82.

32 CICONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 154.

do Estado e entre o Estado e as regiões; e o (c) conflito de atribuições entre as regiões.

Julga, de igual forma, as acusações em face do presidente da República, fazendo-o nos termos da Constituição.

Por fim, de acordo com o art. 2º da Lei Constitucional nº 1 de 1953, compete à corte italiana o juízo de admissibilidade dos pedidos de *referendum abrogativo* previsto pelo art. 75 da Constituição. Trata-se, segundo Louis Favoreu, de uma função de destaque da corte,

que consiste em pronunciar-se sobre a possibilidade de organizar um referendo quando 500 mil assinaturas são recolhidas em favor de uma iniciativa. Esta atribuição foi exercida, por exemplo, em 1993, quando a Corte, procurada com 13 arguições desse tipo, admitiu dez<sup>33</sup>.

Em Portugal, as atribuições da Corte Constitucional estão previstas na Constituição e nas Lei nº 28, de 15 de novembro de 1982, Lei Orgânica dos Partidos Políticos nº 2, de 22 de agosto de 2003, e na Lei nº 19, de 20 de junho de 2003. É que o art. 223, nº 3, dispõe que compete ao tribunal exercer determinadas funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.

Essas atribuições não serão tratadas detalhadamente aqui, mas releva destacar, por sua importância, as quatro categorias em que elas se dividem.

A primeira delas trata do controle de constitucionalidade e de legalidade a ser exercido pela corte, com destaque para o controle preventivo, ao lado do controle repressivo ou sucessivo.

Anota, aliás, Louis Favoreu que “o controle prévio existe perante os Tribunais Constitucionais alemão, italiano, espanhol<sup>34</sup>, austríaco e

.....  
33 FAVOREU, 2004, p. 81.

34 Na p. 108 da mesma obra, Favoreu assinala que o controle preventivo foi suprimido na Espanha em 1985.

português, uma vez que essas Cortes exercem um controle jurisdicional não apenas *a posteriori*, mas também quando elas estatuem *a priori*”<sup>35</sup>.

No direito brasileiro, a Constituição e a jurisprudência do STF não respaldam o controle jurisdicional preventivo abstrato de constitucionalidade, admitindo excepcionalmente o STF<sup>36</sup>, segundo Dirley da Cunha Júnior, o controle *a priori*

.....  
35 FAVOREU, 2004, p. 34.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32033/DF. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de junho de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*: [s. l.], n. 33, 18 fev. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>. Acesso em: 23 maio 2021. “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é ‘a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo’ (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido”.

*in concreto*, em face de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas em decorrência de proposta inconstitucional de emenda à Constituição ou de lei, quando o vício de inconstitucionalidade for formal ou procedimental<sup>37</sup>.

Em terras lusitanas, o controle preventivo – que se dá apenas depois da etapa de deliberação legislativa<sup>38</sup> – está previsto a partir do art. 278 da Constituição, prevendo o item 1 que o presidente da República pode pedir ao Tribunal Constitucional a apreciação *a priori* da constitucionalidade de qualquer tratado internacional que lhe tenha sido entregue para ratificação, de decreto que lhe tenha sido submetido para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido enviado para assinatura.

No item nº 2 do mesmo artigo, consta que os representantes da República podem pleitear ao Tribunal Constitucional a apreciação *a priori* da constitucionalidade de decreto legislativo regional que lhes tenha sido remetido para assinatura. Antes disso, no item nº 2, f do art. 223 da Constituição portuguesa, consta a competência da corte para

.....  
37 CUNHA JÚNIOR, D. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111. O autor anota ainda, na p. 112-113, que “o Supremo Tribunal não admite o controle judicial preventivo, ainda que provocado concretamente por iniciativa de parlamentar, quando o vício de inconstitucionalidade for material. Assim, no direito brasileiro, o controle judicial de constitucionalidade é, em regra, sucessivo ou repressivo (ou a posteriori), podendo ser, excepcionalmente, preventivo (ou a priori) em sede concreta (difuso-incidental), por provocação de parlamentar em ação de mandado de segurança, quando a inconstitucionalidade for formal ou procedimental”.

38 Em seu voto no julgamento do MS 32033/DF, já referenciado, a ministra Rosa Weber aponta que “em Portugal, o controle preventivo de constitucionalidade de atos normativos [...] se interpõe à promulgação do ato, mas somente tem lugar após a fase de deliberação legislativa. [...] Quando presente no direito comparado, verifica-se portanto que o que costuma ser chamado de controle preventivo de constitucionalidade é prévio em relação à edição, à promulgação, à vigência da norma, à conclusão e aperfeiçoamento do processo legislativo, mas não a ponto de impedir o próprio processo legislativo, a deliberação das casas legislativas”. (BRASIL, 2014, p. 7-8)



verificar *a priori* a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, inclusive os requisitos de ordem eleitoral.

Sobre o controle repressivo ou realizado *a posteriori*, o Tribunal Constitucional português goza igualmente de competência para o controle de constitucionalidade dos decretos e atos administrativos, seja provocado para o controle concentrado por via de ação, seja mediante a remessa dos tribunais, funcionando dessa forma como uma corte administrativa<sup>39</sup>.

De anotar que, em seu art. 283, a Constituição traz a previsão do controle de constitucionalidade por omissão a ser exercida pelo Tribunal Constitucional, algo que nos demais ordenamentos citados só se verifica no direito brasileiro (que foi influenciado pela Constituição portuguesa de 1976<sup>40</sup>) e no direito alemão, tendo em comum com a Constituição Federal de 1988 a busca de medidas necessárias e suficientes para tornar efetivas as normas constitucionais.

Ciconetti e Teixeira pontuam, ao falar sobre o constitucionalismo alemão, que para

[...] chegar a tal declaração, o recurso constitucional direto [...] não poderá ser utilizado contra uma omissão do legislador que não tenha resultado em prejuízo concreto para o titular de determinado direito fundamental ou beneficiário de algum direito cuja constitucionalidade esteja maculada pelo não cumprimento do dever de legislar [...]<sup>41</sup>.

A segunda atribuição versa sobre o controle difuso adotado no constitucionalismo português, previsto no art. 204 da Constituição,

.....

39 FAVOREU, 2004, p. 115.

40 "Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988. Sob marcada influência da Constituição portuguesa de 1976, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para resolver, em sede abstrata, o grave problema da inatividade do poder público, o que se reconduz a solucionar, em última instância, a própria inação dos órgãos estatais que ameaça comprometer a efetividade da Constituição" (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 267).

41 CICCONETTI; TEIXEIRA, 2019, p. 276.

cuja redação dispõe que nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que violem o quanto previsto na Constituição ou os princípios nela estabelecidos.

A terceira é aquela que trata do controle da representação política, do processo eleitoral e do sistema partidário, merecendo realce a curiosa competência da corte para atestar a morte ou impossibilidade física do presidente da República, bem como a verificação da morte e a declaração da incapacidade para o exercício do cargo pelos candidatos à função presidencial. Essa competência destoa completamente daquela conferida às demais cortes estudadas, onde não há qualquer previsão nesse sentido.

Na última categoria daquelas competências previstas na Constituição e nas leis, tem-se a cargo do Tribunal Constitucional o controle da organização e do funcionamento de organizações fascistas, a teor da Lei nº 28/1982, art. 10, Lei nº 64, de 1978<sup>42</sup>.

A Corte Constitucional espanhola tem sua competência estabelecida no art. 161 da Constituição e pelo art. 2º da Lei Orgânica nº 2/79, cabendo conhecer do recurso de inconstitucionalidade de leis e atos normativos com força de lei, sempre no exercício do controle repressivo ou sucessivo, e de forma concentrada.

Trata-se de atribuição que abrange tanto o controle abstrato como o controle incidental de constitucionalidade. No caso do controle abstrato, tem-se o recurso de inconstitucionalidade das leis, que pode ser enviado diretamente à corte pelo presidente, pelo defensor do povo, por 50 deputados ou por 50 senadores, pelo governo das comunidades autônomas e eventualmente por suas respectivas assembleias<sup>43</sup>.

No exercício do controle incidental, o Tribunal Constitucional recebe o incidente de inconstitucionalidade suscitado pelos juízes e

.....  
42 PIRES, T. M. Suprema Corte dos Estados Unidos. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 757-758.

43 CARDINALI, 2017, p. 559.

partes, nos termos do art. 163 da Constituição, desde que verse sobre uma lei aplicável ao caso e de cuja validade dependa a sentença.

Ao comentar esse controle de constitucionalidade das leis por remessa do juiz ordinário diretamente à corte, Louis Favoreu chama a atenção para o fato de que tal acontece inclusive em se tratando de leis pré-constitucionais, sublinhando que “a remessa pode ser feita por qualquer órgão do judiciário com função jurisdicional”, e que “a decisão de remessa não é passível de recurso; ela não suspende o curso do processo principal perante o juiz a quo, o que é bastante surpreendente”<sup>44</sup>.

Julga o recurso de amparo por afronta a direitos e liberdades fundamentais, os conflitos de competência entre o ente central e as comunidades autônomas ou quando presente o conflito destas entre si.

Cabe ainda ao Tribunal Constitucional apreciar a adequação constitucional de tratados internacionais, fazendo-o no juízo preliminar de constitucionalidade previsto no art. 78 da Lei Orgânica nº 2/70<sup>45</sup>. Felipe Mendonça Terra cita que “a competência somente foi utilizada em duas ocasiões: em 1992, para a avaliação do Tratado de Masstrich; e em 2004 para a avaliação da possibilidade de firmar a Constituição da União Europeia. A competência exclusivamente do Plenário”<sup>46</sup>.

Por fim, deve a corte julgar as demais matérias que lhe confirmam tanto a Constituição quanto as leis orgânicas, além das impugnações protocolizadas pelo governo contra as resoluções e disposições adotadas pelas comunidades autônomas.

.....  
44 FAVOREU, 2004, p. 109.

45 Art. 78 da Lei Orgânica nº 2/79 “1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de um Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado”.

46 CARDINALI, 2017, p. 562.

Agora será examinada a competência do Tribunal Constitucional Federal alemão, cujas atribuições estão previstas a partir do art. 93 da Lei Fundamental.

Pondera, oportunamente, Konrad Hesse que “a lei fundamental não regula definitivamente as competências do Tribunal Constitucional Federal; ela deixa, no art. 93, alínea 2, espaço para uma ampliação de suas tarefas por lei federais ordinárias”<sup>47</sup>.

Compete à Corte Constitucional – de forma concentrada – apreciar e julgar, além da adequação das normas federais e estaduais em face da Lei Fundamental, as questões envolvendo órgãos do Estado, litígios entre o Estado e os Lander, os recursos de amparo ajuizados pelos cidadãos, o julgamento do presidente da República e dos juízes, examinar os recursos em face de decisões proferidas no controle das eleições, assim como as controvérsias sobre a violação de direitos fundamentais e acerca da inconstitucionalidade dos partidos políticos<sup>48</sup>.

A ação declaratória de constitucionalidade, que foi transplantada para o direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, não sem a crítica de Edvaldo Brito, tem assento na Constituição alemã, a partir do art. 93, I, nº 2, cuja redação dispõe que, em caso de divergências ou dúvidas, compete ao Tribunal Constitucional examinar

a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais,

.....  
47 HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 490.

48 SOUSA FILHO, A. B. de. Corte Constitucional da Itália. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 425.

quando solicitem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal<sup>49</sup>.

Gilmar Mendes, um dos entusiastas desse tipo de ação no constitucionalismo nacional, reforça essa leitura do dispositivo citado quando afirma que a Constituição conferiu ao Tribunal Constitucional alemão, no exercício do controle abstrato de normas, a competência para o exame da “[...] compatibilidade entre o direito federal e a Lei Fundamental ou entre o direito estadual e a Lei Fundamental ou outras disposições do direito federal (art. 93, I, n. 2), no caso de existência de dúvida (*Zweifel*) ou controvérsia (*Meinungsverschiedenheit*)”<sup>50</sup>.

Mas tem uma outra atribuição da corte alemã que não foi contemplada no direito pátrio, que é a questão da inconstitucionalidade superveniente.

Ademar Borges de Sousa Filho ressalta que

as normas pré-constitucionais podem ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal, bem como a análise de emendas constitucionais no que tange ao desrespeito às normas materiais e formais que definem essa alteração<sup>51</sup>.

Essa afirmação do autor citado – que é verdadeira – merece melhores explicações, sob pena de gerar confusão de entendimento, uma vez que a partir dela não se pode sair por aí a defender que em todos os casos, indistintamente, o Tribunal Constitucional pode exercer tal competência.

.....  
49 BRITO, E. P. de. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39-50.

50 MENDES, G. F. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 51-106. p. 62.

51 SOUSA FILHO, 2017, p. 427.

É que a competência da Corte Constitucional só se verifica quando houver uma recepção deduzida de posteriores alterações havidas na lei antiga, ou quando essa chancela puder ser inferida do conteúdo da lei pelo legislador pós-constitucional. Isso restou assentado no BVerfGE 11, 126 (131), cuja redação é a seguinte:

uma norma pré-constitucional só é incluída na vontade do legislador pós-constitucional se a vontade de confirmar puder ser objetivamente inferida do conteúdo da própria lei ou – no caso de alterações à lei – também da estreita conexão objetiva entre normas inalteradas e alteradas<sup>52</sup>.

Afora essa situação, a competência é dos tribunais inferiores, já que, como se vê do teor do BVerfGE 2, 124(129),

o Tribunal Constitucional Federal não tem de rever as leis que foram promulgadas antes da entrada em vigor da Lei Básica [...] O poder dos tribunais de não aplicar as normas como inconstitucionais (autoridade de rejeitá-las) deve permanecer em vigor, no que diz respeito ao direito pré-constitucional<sup>53</sup>.

É a doutrina de Konrad Hesse, para quem cada tribunal, de forma autônoma, compete decidir se as leis promulgadas anteriormente à Constituição são ou não compatíveis com a Lei Fundamental,

.....

52 ALEMANHA. Tribunal Constitucional. *BVerfGE 11, 126 (131)*. Sugere que uma norma pré-constitucional é incluída na vontade do legislador pós-constitucional somente se uma vontade de confirmá-la puder ser objetivamente deduzida do conteúdo da própria lei ou – no caso de mudanças na lei – também da proximidade fática/conexão entre normas inalteradas e alteradas. Segundo Senado, 17 maio 1960. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011126.html>. Acesso em: 24 maio 2021.

53 ALEMANHA. Tribunal Constitucional. *BVerfGE 2, 124 (129)*. Sugere que as leis que foram promulgadas antes da entrada em vigor da Lei Básica em 24 de maio de 1949 não estão sujeitas à revisão do Tribunal Constitucional Federal de acordo com o artigo 100.1 frase 1 da Lei Básica. Primeiro Senado, 24 fev. 1953. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011126.html>. Acesso em: 24 maio 2021.

[...] porque a decisão sobre a incompatibilidade de direito pré-constitucional com a Lei Fundamental deixa a autoridade do poder legislativo intata. Uma exceção o Tribunal Constitucional Federal deixa, naturalmente, valer para aquelas normas pré-constitucionais que o legislador, após a entrada em vigor da Lei Fundamental, ‘incorporou em sua vontade’<sup>54</sup>.

Ele não vê problema na competência da Corte Constitucional, quando configurada a situação descrita no julgamento já citado, BVerfGE 11, 126 (131), ou seja, quando a norma anterior é incorporada volitivamente pelo legislador pós-constitucional.

Esse tratamento da chamada inconstitucionalidade superveniente dado às normas pré-constitucionais pelo direito alemão se aproxima<sup>55</sup> (não com essas particularidades) daquele conferido pelo direito espanhol, italiano e português, sendo, entretanto, totalmente rechaçado

.....  
54 HESSE, 1998, p. 498.

55 Em seu voto na ADI nº 2, o ministro Moreira Alves leciona que “na Alemanha, a princípio sua Corte Constitucional decidiu que essa incompatibilidade se traduziria em revogação, sendo competente para declará-la qualquer juiz ou Tribunal. Por essa orientação ficavam fora da competência da Corte Constitucional todas as questões de incompatibilidade entre as leis editadas no período nazista e a Carta Magna de Bonn. Daí, ter evoluído ela no sentido de que todas as leis [...] que tiveram sofrido alterações posteriormente à promulgação daquela Constituição passaram a ser examinadas, quanto à sua compatibilidade, ou não com esta, pela Corte Constitucional, sob o fundamento de que não só as alterações eram posteriores, mas também o era a parte da lei não alterada, uma vez que a sua permanência implicava a concordância tácita do legislador, concordância essa ocorrida quando já vigente a Constituição de Bonn. Na Espanha, a solução é diversa: se o juiz não tiver dúvida da incompatibilidade entre a lei e a Constituição a ela posterior, a questão fica no terreno da revogação; caso contrário, tem de submetê-la à Corte Constitucional, o que implica dizer que passa a ser questão de inconstitucionalidade superveniente. Já na Itália, tem-se que questão dessa natureza é de inconstitucionalidade superveniente, tendo a Corte Constitucional o monopólio para solvê-la”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 2/DF. Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade [...]. Requerido: Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Paulo Brossard, 6 de fevereiro de 1992. *Diário da Justiça Eletrônico*: [s. l.], n. 226, 21 nov. 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur114170/false>. Acesso em: 5 jul. 2023.

pelo STF, como se pode constatar na ADIN nº 2, rel. min. Paulo Brossard, *leading case* sobre o tema no STF.

De qualquer sorte, o min. Sepúlveda Pertence – que foi voto vencido naquela assentada em que se recusou tal doutrina no constitucionalismo brasileiro – averbou que uma ligeira

[...] incursão no direito comparado – particularmente na jurisprudência e na doutrina dos países que mais recentemente tiveram de enfrentar o problema, tranquiliza-se, com as vênias do eminente Relator, de não estar a propor ao tribunal nenhum ‘rematado absurdo’<sup>56</sup>.

O próprio min. Moreira Alves, que votou com a maioria pela impossibilidade dessa doutrina no Brasil, concorda com essa afirmação de sua excelência, quando reconhece que “essas soluções díspares se baseiam mais no pragmatismo político de preservação da competência das Cortes Constitucionais do que em considerações de ordem técnica”<sup>57</sup>.

Indo para o constitucionalismo francês, que tem peculiaridades marcantes quando cotejado com aqueles praticados nos demais Estados ora sindicados, vê-se em sua estruturação e, no caso particular do rol de competências, um exemplo eloquente de um caso especial de Corte Constitucional.

.....

56 ADI nº 2 “A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido” BRASIL, 1992.

57 BRASIL, 1992.



A jurisdição francesa não é una, ao contrário da realidade das demais cortes comparadas, uma vez que se apresenta com a jurisdição administrativa e judicial. Na jurisdição administrativa, o seu órgão de cúpula é o Conselho de Estado. Na jurisdição judicial, o seu órgão de cúpula é a Corte de Cassação.

O controle de constitucionalidade na França não é exercido por qualquer dos órgãos referidos, mas com exclusividade pelo Conselho Constitucional, órgão especial e político que está fora das estruturas do contencioso administrativo e do contencioso judicial, e cuja competência está prevista nos artigos 58, 59, 60 e 61 da Constituição.

Além do controle de constitucionalidade das leis, cabe ao Conselho Constitucional a garantia da regularidade das eleições para presidente da República, a deliberação, quando provocado, sobre a regularidade das eleições para deputados e senadores, dentre outras atribuições previstas no art. 60.

Mas há uma atuação de destaque na competência do Conselho Constitucional, que se notabilizou durante muitos anos como modelo exclusivo de controle preventivo de constitucionalidade. Tal significava, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, que “uma vez aprovada e promulgada a lei, não era mais possível fiscalizá-la em face da Constituição. Assim, após a promulgação do ato legislativo, não havia mais espaço para o controle da constitucionalidade no direito francês”<sup>58</sup>.

Esse controle preventivo, em que pese não mais seja exclusivo por conta do advento da fiscalização repressiva inaugurada na França em 2008, segue obrigatório e facultativo.

No exercício do controle preventivo obrigatório, cabe ao Conselho examinar a conformidade constitucional das leis orgânicas e dos regulamentos das casas legislativas, independentemente de provocação.

.....  
58 CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 94.

Já no exercício do controle preventivo facultativo, que atua mediante iniciativa dos órgãos legitimados (presidente da República, primeiro-ministro, presidente da Assembleia Nacional, presidente do Senado e por meio da provocação de 60 deputados ou 60 senadores), cumpre ao Conselho analisar a constitucionalidade dos compromissos internacionais e demais leis.

Trata-se da competência fincada no art. 61 da Constituição francesa de 1958, que atribui ao Conselho conferir a adequação constitucional das leis orgânicas antes de sua promulgação, as proposições de lei referidas no art. 11, antes de sua submissão ao referendo, além de fiscalizar previamente a conformidade constitucional dos regulamentos das assembleias parlamentares.

Com a mudança legislativa havida pela reforma constitucional de 2008, o ordenamento jurídico francês passou a admitir – ao lado da fiscalização preventiva – o controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade das leis, fazendo-o por meio da questão prioritária de constitucionalidade (QPC), a qual será trabalhada adiante.

Adiante-se de logo, com Dirley da Cunha Júnior, que a reforma de 2008 criou o art. 61-1 e acrescentou ao rol de competências do Conselho Constitucional “o controle repressivo ou sucessivo de constitucionalidade das leis promulgadas e em vigor, sempre que for suscitada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a Questão Prioritária de Constitucionalidade”<sup>59</sup>.

Por derradeiro, mas não menos importante, tem-se, por inspiração de Hans Kelsen, a Corte Constitucional da Áustria (que é de 1º de outubro de 1920), a mais antiga das cortes constitucionais, berço do modelo concentrado de controle de constitucionalidade.

Na Áustria, há a Suprema Corte Judicial, a Corte Administrativa e a Corte Constitucional, que é a que importa a este capítulo, cuja competência pode ser constatada a partir do art. 137 da Constituição.

.....  
59 CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 95.

À Corte Constitucional – órgão autônomo e independente dos demais Poderes – cabe o julgamento de reclamações em face de decisões dos tribunais administrativos, funcionando como “corte administrativa”, sendo tais reclamações a via de acesso à justiça constitucional mais frequente no país<sup>60</sup>.

Aqui, para fins de evitar confusão com as funções da Corte Administrativa, que também julga recursos administrativos, observa Louis Favoreu que “a Corte Constitucional somente é competente para julgar ofensas aos direitos constitucionalmente garantidos”<sup>61</sup>. Ou seja, em se tratando de matéria administrativa que não se encaixe nesse figurino, cumpre à Corte Administrativa apreciar.

Mas a Corte Constitucional julga, ainda, questões envolvendo portarias, tratados internacionais, eleições e conflitos eleitorais, referendos, perda de mandato, conflitos de competência, ações judiciais em desfavor de autoridades, acusações em face dos órgãos estaduais, entre outras matérias.

No exercício do controle de constitucionalidade das leis estaduais e federais, uma das principais funções do Tribunal Constitucional, a corte cumpre tal mister de duas formas: preventivamente e repressivamente. No primeiro caso, o controle *a priori* é realizado quando, por iniciativa dos governos federais e dos Lander, o órgão decide se um ato administrativo ou legislativo é da atribuição dos Lander ou da Federação. Tal acontece em relação a regulamentos, projetos de lei e atos administrativos ainda não aprovados pelas assembleias ou publicados pelas autoridades da Administração<sup>62</sup>.

No controle repressivo ou *a posteriori*, o Tribunal Constitucional julgará sobre a inconstitucionalidade de leis, a pedido dos tribunais e

60 ÁUSTRIA. Corte Constitucional. Kompetenzen. *Constitutional Court of Austria*, Vienna, [202-]. Disponível em: <https://www.vfgh.gv.at/kompetenzen-und-verfahren/kompetenzen.de.html>. Acesso em: 25 maio 2021.

61 FAVOREU, 2004, p. 47.

62 FAVOREU, 2004, p. 48.

*ex officio*, este último apenas se necessário ao caso pendente; também a pedido de pessoa interessada, tudo nas hipóteses previstas no artigo 140 da Constituição.

O mesmo artigo ainda prevê que os órgãos legitimados (governo federal, governos estaduais, 1/3 dos membros do Conselho Nacional e 1/3 dos membros do Parlamento estadual) podem provocar o Tribunal Constitucional para analisar a conformidade das leis estaduais e federais em face da Constituição Federal, respeitados os limites da competência de cada autoridade.

## **Mesocomparação das Cortes Constitucionais estudadas quanto ao controle de constitucionalidade**

Não parece possível promover um “relance comparativo” entre os oito órgãos constitucionais vistos até aqui, quanto ao aspecto subjetivo (órgãos que exercem o controle), ao aspecto modal (modo como as querelas constitucionais são provocadas), nem tampouco quanto ao aspecto funcional (efeitos das decisões), sem que se fale – ainda que a voos de pássaro – dos modelos estadunidense e austríaco de controle de constitucionalidade.

Para tanto, será preciso trazer breves palavras sobre duas experiências históricas que forjaram dois modelos que influenciaram decisivamente a criação e a configuração da justiça constitucional desses países – respectivamente EUA e Áustria –, e em alguma medida dos demais Estados ora citados também, particularmente quanto ao controle de constitucionalidade.

Primeiro, o modelo de matriz norte-americana, em cuja memória está o célebre caso *Marbury vs. Madison*, que foi a julgamento em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Ali nasceu o *judicial review*, um dos primeiros modelos de controle de constitucionalidade

conhecidos no mundo, que teve a contribuição de John Marschall, *chief justice* à época, aquele que foi o autor intelectual desse modelo de controle difuso de constitucionalidade das leis pelos juízes ou *judicial review*.

O modelo norte-americano foi estruturado por John Marschall, basicamente em três pilares: um, o respeito absoluto à ideia de supremacia da Constituição; dois, o controle de constitucionalidade deve ser exercido difusamente por todos os integrantes do Poder Judiciário, não somente por um órgão especial; três, o controle de constitucionalidade acontece não de forma abstrata, mas apenas nos casos concretos submetidos a qualquer juiz ou tribunal.

Ficou consagrado, portanto, o modelo difuso de controle de constitucionalidade.

Depois de mais de um século daquele julgamento em solo norte-americano, que se deu em 1803, vem ao mundo<sup>63</sup> – em 1920 na Áustria – o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, o qual teve inspiração de Hans Kelsen. O mestre de Viena era crítico do modelo norte-americano e foi convidado pelo governo austríaco para apresentar um projeto de constituição, tendo ele aproveitado a oportunidade para apor em seu esboço as ideias que depois corporificaram a Constituição da Áustria de 01 de outubro de 1920.

Segundo Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade deveria ser realizado por uma corte constitucional que fosse independente e estivesse fora da estrutura dos tribunais ordinários, do Parlamento e do governo. No debate com Karl Schmitt, que defendia esse controle por uma autoridade política (presidente do *Reich*), o mestre de Viena advogava uma corte independente, que fizesse as vezes de legislador

.....

63 Cunha Júnior (2019, p. 81) registra que “até o início do século XX, a comunidade jurídica internacional só conhecia o sistema difuso-incidental da *judicial review* do direito norte-americano, no qual a jurisdição constitucional foi confiada a todos os órgãos do Poder Judiciário, que poderiam exercê-la e qualquer processo em curso posto a julgamento e por meio da qual os juízes e tribunais deveriam controlar a constitucionalidade das leis e demais atos do poder público, deixando de aplicá-los ao caso concreto, quando os reputassem inconstitucionais”.

negativo, “e isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia<sup>64</sup> –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos”<sup>65</sup>.

O controle deveria ser feito de forma centralizada nesse órgão e exclusivamente de forma objetiva ou abstrata, sendo que esses processos objetivos seriam provocados apenas mediante ações autônomas, não podendo a corte, portanto, julgar demandas subjetivas ou com efeitos *inter partes*. Surge, assim, o modelo kelseniano ou austríaco de controle concentrado de constitucionalidade, também chamado de europeu.

## Quanto ao aspecto subjetivo

Mesocomparação quanto aspecto subjetivo, quer-se dizer análise quanto aos órgãos que exercem o poder de controle.

Esses modelos retro mencionados influenciaram os órgãos constitucionais em estudo, cada qual a seu modo. Nos Estados Unidos e na Áustria, os modelos ali criados seguem até os dias atuais balizando o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, o que se dá, no caso dos EUA, pelos juízes, tribunais e pela sua Suprema Corte – de forma difusa –, ao passo que no caso da Áustria, apesar de intercorrências históricas no meio do caminho, o controle segue firmemente realizado pela Corte Constitucional – de forma concentrada.

No Brasil, ao contrário da França cuja fiscalização é realizada por um órgão político<sup>66</sup>, o controle jurisdicional de constitucionalidade é

64 Válida a observação de Sérgio Sérulo Cunha, na introdução à edição brasileira de: KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007 – que se distancia da tese de Kelsen – no sentido de que o referencial de modelo democrático não é o controle concentrado em um Tribunal, mas o difuso-incidental de matriz norte-americana, onde a jurisdição constitucional é confiada a todos os magistrados.

65 KELSEN, 2007, p. 152-153.

66 Sobre a influência do modelo norte-americano no Brasil, Bonavides, comenta que “sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um

exercido apenas pelo Poder Judiciário, por meio de juízes, tribunais e, em competência originária e recursal, pelo STF, órgão de cúpula do judiciário nacional.

Não foi sempre assim. Leciona Carlos Velloso que, “[...] por influência do constitucionalismo francês, o controle de constitucionalidade, na Carta Imperial, era do próprio Poder Legislativo”<sup>67</sup>.

Inspirado no modelo de matriz norte-americana, o controle difuso ou incidental foi implantado em solo pátrio na Constituição Republicana de 1891, vindo muito tempo depois ao país, por influência do modelo de matriz austríaca, a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, adicionando ao ordenamento jurídico brasileiro, em caráter definitivo, o controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Registre-se “em caráter definitivo” porque, antes dessa data, a Constituição Federal de 1934, em seu art. 12, § 2º, ainda que timidamente admitia o controle abstrato e exclusivo pelo STF, que, por provocação do procurador-geral da República, em representação interventiva, cumpria examinar violações dos princípios sensíveis previstos no inciso V do mesmo artigo, as quais poderiam ensejar a intervenção da União nos Estados.

---

controle político. Ficamos, portanto, de início, mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho, que do padrão francês, inclinado, pelo seu teor político, a resguardar a inviolabilidade da soberania legislativa, e a desconhecer limitações à legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação de poderes”. BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 325.

67 VELLOSO, 1993, p. 6.

A Constituição de 1988<sup>68</sup>, a partir do art. 102, consolidou aquilo que, para a maioria da doutrina brasileira<sup>69</sup>, é um sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, seja aprimorando o controle difuso, seja ampliando o controle concentrado comissionado ao STF pela Emenda Constitucional nº 16 citada.

Edvaldo Brito pensa com razão em sentido contrário, entendendo que o sistema de jurisdição constitucional brasileiro é difuso e, segundo a CF/88, divide-se em (a) controle abstrato, que é operado pelo STF nas ações previstas no art. 102, I, a, I q, §1º e art. 103, § 2º, e pelos tribunais de Justiça dos estados (art. 125, § 2º) e (b) controle concreto ou *incidenter tantum*, que é praticado por todos os juízes e tribunais do país, ficando a última palavra com o STF<sup>70</sup>.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a Lei Fundamental de Bonn, arremata: “lembre-se, de logo, a inexistência de um controle misto; ou ele é concentrado, como o alemão ou ele é difuso, como o brasileiro”<sup>71</sup>.

Alerta, contudo, o autor citado, que não se pode confundir declaração de constitucionalidade, atividade típica e exclusiva do Judiciário, com controle de constitucionalidade, função que pode ser realizada pelos órgãos de Estado, quando eventualmente forem

.....  
68 Ainda segundo Velloso (1993, p. 8), “no Brasil, em 1987/1988, a Assembléia Nacional Constituinte debateu em profundidade o tema relacionado com as cortes constitucionais [...]. Muitos propugnavam por uma Corte Constitucional segundo o modelo europeu. Prevaleceu, entretanto, no seio da Assembléia Constituinte o bom senso [...]. O constituinte consagrou, então, o Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, competindo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição”.

69 Por todos, cite-se: “o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade [...]”. SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 526.

70 BRITO, E. P. de. *Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. ERGA OMNES: revista da Escola de Magistrados da Bahia, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, 2013. p. 45-46.*

71 BRITO, 2013, p. 44.



instados a cumprir as leis, citando o exemplo do controle político *stricto sensu* levado a efeito pelo Congresso Nacional, quando este, nos termos do art. 49, V da Constituição, pode a esse fundamento (controle de constitucionalidade) sustar os atos normativos do Poder Executivo<sup>72</sup>.

Lembra que tal não significa legar a esses órgãos a função jurisdicional, “porque a mesma Constituição enseja interpretação sistemática pela qual somente admite a jurisdição única, em face da exclusividade deferida ao judiciário para somente ele poder apreciar lesão ou ameaça a direito do respectivo titular”<sup>73</sup>.

Avançando no texto, verifica-se que não há controle difuso em cinco dos países europeus pesquisados (Itália, Espanha, Alemanha, França e Áustria), sendo a justiça constitucional realizada concentradamente em órgãos constitucionais especiais, podendo os demais órgãos de Estado, no máximo, conforme será visto, enviar os processos àquelas cortes.

Sobre isso, três observações necessárias.

Primeiro, que a definição de corte constitucional se enfeixa melhor nesses países europeus, considerando que, sob a ótica de Louis Favoreu, “Corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos”<sup>74</sup>.

Por esse figurino, ao que parece, nos EUA e no Brasil não há corte constitucional, tendo o autor comentado, inclusive, que na terra de John Marschall “[...] a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na

.....  
72 BRITO, 2013, p. 42.

73 BRITO, 2013, p. 42.

74 FAVOREU, 2004, p. 15.

medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições”<sup>75</sup>.

Em relação ao STF, que funciona como guardião da Constituição e como instância recursal, difícil enquadrá-lo como corte constitucional sob tal aspecto<sup>76</sup>, na medida em que, como é sabido, o STF não detém o monopólio da fiscalização da constitucionalidade das leis, já que também é confiada aos demais juízes e tribunais.

Uma segunda observação vem de Cicconetti e Teixeira, precisando que nas duas últimas décadas o modelo concentrado na Itália passou por importante exceção em relação a algumas situações do direito comunitário, ali havendo a inauguração do controle do tipo difuso, na medida em que “a verificação da legitimidade constitucional das leis italianas frente às fontes comunitárias não compete mais à Corte Constitucional, diversamente do que ocorreu em um primeiro momento, mas a todo e qualquer juiz [...]”<sup>77</sup>.

E considerando que na União Europeia é dever dos Estados nacionais signatários ajustar seu sistema interno com a nova ordem jurídica instaurada pelo direito comunitário<sup>78</sup>, essa inovação parece relevante, uma vez que a integração europeia em curso certamente incrementará a produção de normas comunitárias, aumentando a participação dos juízes enquanto ativos atores do controle de constitucionalidade na Itália, reconfigurando o modelo historicamente adotado, e alterando o longo protagonismo da Corte Constitucional.

A última observação tem relação com o signo “concentrado”, que induz muitos a proporem ao Brasil uma corte constitucional nos

.....  
75 FAVOREU, 2004, p. 17.

76 Não pensa assim Velloso (1993, p. 8). Para ele, o constituinte de 1988 alçou o STF à condição de Corte Constitucional. “É o Supremo Tribunal Federal, então, a partir de 1988, a Corte Constitucional do Brasil”.

77 CICCONEI; TEIXEIRA, 2018, p. 154.

78 MARDEN, C.; ALBUQUERQUE, A. R. O tribunal de justiça da União Europeia e a aplicabilidade do direito comunitário em âmbito interno. *Revista da Escola da AGU*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 57-69, 2018. p. 66.

moldes europeus, ignorando que lá não há qualquer órgão jurisdicional que se ocupe única e privativamente de matéria constitucional. É que “controle concentrado”, como aplicado no modelo austríaco transplantado de forma adaptada para o velho continente, não quer dizer órgão monotemático para questões constitucionais, mas tribunais a quem se confia a exclusividade da jurisdição constitucional, ainda que tenham também outras atribuições.

A preocupação daqueles que se levantam para defender um STF enxuto, com competências voltadas apenas para querelas em torno da Constituição, estão reflexamente apregoando a extinção do controle a cargo dos juízes e tribunais, o que afrontaria o acesso à justiça e o juízo natural.

## Quanto ao aspecto modal: pelas vias principal e incidental

Nesta sede, será mostrado por quem as questões constitucionais são alegadas, seja órgãos, seja pessoas, não reservando espaço para tratar de técnicas de decisão e da forma como tais controvérsias são resolvidas, o que alongaria ainda mais este trabalho.

### *Pelos órgãos legitimados*

Os órgãos legitimados para provocar a manifestação da justiça constitucional nos oito Estados estão previstos/autorizados nas suas respectivas Constituições e variam bastante entre si, daí porque, do ponto de vista didático, parece mais recomendável isolá-los em um quadro, a fim de depois destacar as distâncias e proximidades entre eles, do que elencá-los cursivamente ao longo do texto.

O quadro traz apenas os órgãos de vértice e as autoridades com legitimidade para provocar a jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, servindo-se este estudo do parâmetro de

distinção aplicado por José Afonso da Silva ao STF, o qual parece útil aos demais tribunais<sup>79</sup>.

Nesse sentido, lembra Jorge Miranda que o controle de constitucionalidade das leis, embora o mais importante, não constitui o único a garantir “os direitos consignados nas normas constitucionais [...]”, se bem que apenas a partir da segunda metade do século XX se tenha tomado plena consciência do nexó incindível entre justiça constitucional e direitos fundamentais<sup>80</sup>. A legitimidade dos demais jurisdicionados será tratada adiante.

**Quadro 3** – Órgãos legitimados para provocar a jurisdição constitucional

<b>País</b>	<b>Órgãos legitimados</b>	<b>Órgão de jurisdição constitucional</b>
<b>Brasil</b>	Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa, governador de Estado, procurador-geral da República, Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.	Supremo Tribunal Federal
<b>EUA</b>	Não há legitimados especiais.	Suprema Corte
<b>Itália</b>	O Estado (governo nacional) e as regiões (estados).	Corte Constitucional
<b>Portugal</b>	Presidente da República, presidente da Assembleia da República, primeiro-ministro, provedor de Justiça, procurador-geral da República, 1/10 dos deputados, 1/5 dos deputados, ministro da República de região autónoma, assembleias legislativas das regiões autónomas, presidentes dos governos regionais.	Corte Constitucional

79 SILVA, 1995, p. 528. Ele distingue três modalidades de jurisdição constitucional praticada pelo STF: (a) jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, que se dá pelas ADI, ADC, ADIO e RE; (b) jurisdição constitucional da liberdade, exercida via habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, recurso ordinário e extradição; e (c) jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, aqui incluindo a competência para julgar crimes de membros de outros Poderes, conflitos de entes federativos, revisão criminal e ações rescisórias de seus julgados, entre outras matérias.

80 MIRANDA, J. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 41.

<b>País</b>	<b>Órgãos legitimados</b>	<b>Órgão de jurisdição constitucional</b>
<b>Espanha</b>	Governo, primeiro-ministro, o provedor de Justiça, 50 deputados, 50 senadores, Câmara do Parlamento, órgãos colegiados executivos das comunidades autônomas, assembleias das comunidades autônomas e o Ministério Público.	Corte Constitucional
<b>Alemanha</b>	Governo federal, governo do estado, 1/4 dos membros do Parlamento Federal, Conselho Federal, Assembleia Legislativa do Estado, municípios e Associação de Municípios.	Tribunal Constitucional Federal
<b>França</b>	Presidente da República, primeiro-ministro, presidente da Assembleia Nacional, presidente do Senado, pelo menos 60 deputados ou 60 senadores. No caso do país da Nova Caledônia, autoridades previstas na Lei Orgânica n° 99-209, art. 104, de 19 de março de 1999. <sup>8182</sup>	Conselho Constitucional
<b>Áustria</b>	Governo Federal, governos estaduais, 1/3 dos membros do Conselho Nacional ou 1/3 dos membros do Conselho Federal e 1/3 dos membros de Parlamento Estadual	Corte Constitucional

Fonte: elaborado pelo autor.

Vê-se que, diferentemente do Brasil, Itália, Portugal, Espanha, Alemanha, França e Áustria, não há órgãos especialmente autorizados a acessar a justiça constitucional perante a Suprema Corte norte-americana, e isso se deve ao fato de não haver controle abstrato de constitucionalidade nos Estados Unidos, apenas o controle concreto ou incidental efetuado por qualquer magistrado.

No Brasil (art. 102, III da Constituição de 1988) e nos Estados Unidos da América (art. III, seção 1 da Constituição de 1789), o STF e a Suprema Corte, respectivamente, julgam a questão constitucional e igualmente os fatos da causa, não cuidando só do direito, como acontece com os demais tribunais.

Constata-se no Quadro 3 que a parte dos órgãos legitimados está vazia para os norte-americanos. É que, ao contrário dos demais

81 FRANÇA. Qui peut saisir le Conseil constitutionnel? *Conseil constitutionnel*, Paris, [202-]. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/saisir-le-conseil/qui-peut-saisir-le-conseil-constitutionnel>. Acesso em: 28 maio 2021.

Estados, precisa Mauro Cappelletti que no sistema norte-americano de justiça constitucional “não existe qualquer tipo especial de procedimento – assim como não existe um órgão especial competente – para as questões constitucionais [...]”<sup>82</sup>.

O autor sustenta, ainda, que o modelo austríaco parece melhor do que o norte-americano porque o modelo exclusivamente difuso e incidental norte-americano pode deixar pontos cegos, citando o exemplo de uma lei federal que invade a competência constitucional de um Estado-membro. Ou seja, à míngua de controle concentrado com um rol de legitimados para sua provocação, essa lei pode durar anos e anos, se ninguém tiver uma situação concreta que possa suscitar a inconstitucionalidade<sup>83</sup>.

Na Itália, Áustria, Alemanha e Espanha, qualquer tribunal que tenha sob seu julgamento uma causa com uma questão de inconstitucionalidade pendente (provocada ou vista *ex officio*), pode submeter tal questão à apreciação da Corte Constitucional, via que, contudo, está interdita às partes nos dois primeiros países citados (Itália e Áustria).

No Brasil, na Alemanha e na França, os legitimados podem invocar normas que formalmente estão fora da constituição, mas que materialmente são tratadas como constitucionais, integrando o chamado bloco de constitucionalidade. É o caso, na ordem jurídica pátria, dos tratados e convenções internacionais internalizados com base no art. 5º, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal.

Na Alemanha, como doutrina Otto Bachof, os princípios pré-constitucionais e supraconstitucionais também funcionam como balizas para o controle de constitucionalidade, podendo, portanto, ser invocados pelos legitimados, o mesmo ocorrendo na França, onde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,

82 CAPPELLETTI, M. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimp. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. p. 86.

83 CAPPELLETTI, 1999, p. 112.

o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Carta do Meio Ambiente de 2004 e os Princípios Fundamentais das Leis da República, todos têm igual dignidade e serventia que o “texto” constitucional<sup>84</sup>.

*Pelos demais jurisdicionados: recurso extraordinário (BRA), writ of certiorari (EUA), recurso de amparo (ESP), recurso constitucional (GER), questão ou incidente de inconstitucionalidade (ITA), recurso ou exceção de inconstitucionalidade (POR), queixa constitucional (AUT) e questão prioritária de constitucionalidade (FRA)*

A nota comum entre os recursos ou instrumentos processuais referidos, que são franqueados tanto no modelo norte-americano quanto no modelo europeu de controle de constitucionalidade, é a democrática preocupação com a tutela dos direitos fundamentais e o livre acesso à justiça constitucional, abrindo as portas a todos os cidadãos prejudicados.

Nos países que adotam o controle difuso – Brasil, Estados Unidos da América e Portugal –, o realce do presente trabalho vai para o recurso extraordinário, o *writ of certiorari* e o recurso previsto no art. 280 da Constituição de Portugal, ressalvando, desde já, que eles, além de poderem ser igualmente acionados por pessoas jurídicas, não são os únicos pontos de contato com a justiça constitucional local<sup>85</sup>.

O recurso extraordinário está previsto no art. 102, III da Constituição Federal de 1988, onde consta que compete ao STF julgar, por essa via, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar a Constituição, declarar a inconformidade constitucional de lei federal ou tratados, julgar válida lei ou ato de governo

84 BACHOF, O. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 41.

85 Para ilustrar, além do *writ of certiorari*, nos EUA há outros quatro caminhos para acessar a Suprema Corte, a exemplo da apelação, do *extraordinary writ* ou certificação e da competência originária, que foi a via por onde chegou o famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803, aqui já noticiado.

local impugnado em relação à Constituição, bem como julgar válida lei local impugnada em relação à lei federal.

No *writ of certiorari*, que se afigura como o principal meio de acesso à Suprema Corte dos Estados Unidos da América<sup>86</sup>, e cuja criação se deu pela Lei Judiciária de 1891, permitiu-se ao cidadão, ainda que com muitas restrições, a discussão sobre a aplicação da legislação ou querelas envolvendo autoridades federais<sup>87</sup>. O cidadão prejudicado está legitimado, portanto, pelas vias recursais, a submeter a sua questão constitucional à Suprema Corte, local onde o *certiorari*, para ser julgado, passa por filtros rigorosos, podendo inclusive ser discricionariamente não conhecido<sup>88</sup>, independentemente de qualquer fundamentação.

Em Portugal, a Constituição autoriza ao cidadão a iniciativa do controle de constitucionalidade incidental nos processos que tramitam nos tribunais ordinários, podendo levar apenas a questão de direito à Corte Constitucional, bastando que reste configurada violação de princípios e normas consignadas no texto constitucional (art. 204).

Na Espanha, agora abordando os países que adotam o controle concentrado, o cidadão vencido em uma demanda judicial ou administrativa dispõe do recurso de amparo para suscitar a questão constitucional perante a Corte Constitucional espanhola, em caso de violação dos direitos fundamentais previstos nos arts. 14 a 30 da Constituição.

Nos últimos anos, esse recurso, que tem proximidades com o recurso extraordinário brasileiro e a reclamação constitucional alemã, tem sido útil para levar à corte temas controvertidos como eutanásia, aborto, liberdade religiosa e de expressão, entre outros.

.....  
86 BERRI, 2021, p. 70-73.

87 BERRI, 2021, p. 69.

88 A Suprema Corte recebe cerca de 7 a 8 mil petições a esse título (*writ of certiorari*) por ano, mas processa uma média de apenas 80 deles. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Supreme Court at Work. *Supreme Court of the United States*, Washington, DC, [202-]. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>. Acesso em: 30 maio 2021.



A reclamação constitucional alemã, também conhecida como recurso constitucional, tem previsão no art. 93, alínea 1, nº 4a, tendo lugar quando protocolizada pelo cidadão sob a alegação de ter sido prejudicado pela Administração Pública nos seus direitos fundamentais, e em um dos direitos estatuídos nos arts. 20, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 da Constituição.

Já na Itália<sup>89</sup>, como na Alemanha, Espanha, França e Áustria, onde os magistrados e tribunais inferiores também estão proibidos de declarar autonomamente a inconstitucionalidade das leis, a Lei nº 87/53, art. 23, autoriza ao cidadão, entre outros legitimados, a submeter uma questão ou incidente de constitucionalidade junto à Corte Constitucional, o que se dá pelas vias recursais ordinárias.

No direito austríaco, de igual forma, o cidadão não fica à margem da proteção da Corte Constitucional, podendo manejar uma queixa constitucional, quando violados os seus direitos previstos na Lei Maior do país.

Finalmente, tem-se na França a questão prioritária de constitucionalidade (KPC), que, como já tratado linhas atrás, adicionou o controle repressivo na justiça constitucional francesa. Esse recurso está a serviço do cidadão que sofrer alguma lesão a seus direitos fundamentais por uma lei em vigor, estando legitimado a suscitar a questão constitucional em qualquer processo judicial ou administrativo, que, em sendo o caso, enviará o incidente ao Conselho Constitucional.

Uma outra nota comum a todos esses recursos aludidos, é a presença de uma série de condições para serem manejados pelas partes interessadas, funcionando como verdadeiras travas para a sua utilização massiva pelos jurisdicionados.

É assim na França com a questão prioritária de constitucionalidade (KPC), que não terá trânsito se a questão levantada não se revelar grave, se já houver precedente do Conselho Constitucional no mesmo

.....  
89 Vide ressalva anotada na p. 34.

sentido da decisão recorrida e se o incidente não tiver relação com a causa. Também com a questão ou incidente de inconstitucionalidade na Itália, que pode não ser recebida quando constatada manifesta irrelevância e baseada em razões inadequadas. Já com o recurso ou exceção de inconstitucionalidade em Portugal, por meio de uma lei extravagante (Lei nº 28/1982) exige-se previamente o esgotamento dos recursos ordinários, embora não faça filtragem em torno da relevância coletiva do recurso ou sua repercussão geral.

Algum grau de dificuldade não é diferente com a queixa constitucional na Áustria, onde, segundo Louis Favoreu,

desde 1975 os indivíduos podem contestar a constitucionalidade de uma lei federal com a condição de que seus direitos tenham sido violados pela lei em questão e que esta lei seja aplicável sem a intervenção de uma decisão judicial ou de uma decisão administrativa<sup>90</sup>.

Por derradeiro, sobraram três de alguma afinidade com o recurso extraordinário, o qual, além de tantas amarras, ganhou recentemente (art. 102, §3º da CF, com a redação dada pela EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004) o incremento de mais um filtro, a chamada cláusula de repercussão geral<sup>91</sup>.

Ao cotejo com esse recurso pátrio, é possível ver, guardadas as devidas proporções, barreiras parecidas no recurso de amparo espanhol

.....  
90 FAVOREU, 2004, p. 50.

91 Segundo o conceito de repercussão geral de DANTAS, B. *Repercussão Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 247, "é o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em considerações o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico".

e no recurso constitucional alemão, os quais impõem a demonstração da relevância e da transcendência das questões apresentadas, sem falar do *writ certiorari* americano, que é o mais parecido de todos, em termos de exigências para conhecimento.

No *writ certiorari*, o cidadão deve passar pelas garras da doutrina da justiciabilidade, que se divide em seis requisitos: (1) o recorrente não pode pedir aconselhamentos ou consultoria à Suprema Corte; (2) deve demonstrar a verossimilhança da alegação, apta a justificar a provocação da corte; (3) provar a necessidade da manifestação da corte ante uma ameaça ao direito vindicado; (4) o recorrente deve demonstrar o esgotamento dos recursos disponíveis; (5) a demanda não pode ser puramente política; (6) as partes devem, de fato, ser adversas<sup>92</sup>.

Não bastasse haver outros entraves além desses seis citados, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – em praxe não vista nos demais tribunais comparados – simplesmente descarta os recursos por não ter o dever de fundamentar o não conhecimento, o que normalmente o faz em bloco e sem gastar uma linha sequer.

## Quanto aos efeitos dos pronunciamentos

Não se há de tratar, aqui, de técnicas decisórias, mas apenas das consequências dos julgados, ainda que resumidamente. Nesse sentido, tem-se o seguinte esquema comparativo:

**Quadro 4** – Comparação quanto aos pronunciamentos (controle de constitucionalidade)

<b>País</b>	<b>Efeitos dos Pronunciamentos</b>	<b>Órgão de jurisdição constitucional</b>
<b>Brasil</b>	Declaratórios – <i>ex tunc</i> , <i>erga omnes</i> e vinculantes (no controle abstrato e no controle concreto), admitida a modulação.	Supremo Tribunal Federal

.....  
92 FREIRE, 2017, p. 311.

<b>País</b>	<b>Efeitos dos Pronunciamentos</b>	<b>Órgão de jurisdição constitucional</b>
<b>EUA</b>	Declaratórios – <i>ex tunc, erga omnes</i> e vinculantes (por conta do <i>stare decisis</i> ) <sup>93</sup> , admitida a modulação.	Suprema Corte
<b>Itália</b>	Declaratórios – <i>ex tunc, erga omnes</i> e vinculantes, admitida a modulação.	Corte Constitucional
<b>Portugal</b>	Declaratórios – <i>ex tunc, erga omnes</i> e vinculantes no controle abstrato. Constitutivos ou de anulação – <i>ex nunc</i> e efeitos <i>inter partes</i> (no controle concreto), podendo ter eficácia <i>erga omnes</i> , a depender de determinadas situações.	Corte Constitucional
<b>Espanha</b>	Declaratórios – <i>ex tunc, erga omnes</i> e vinculantes. Admitida a modulação.	Corte Constitucional
<b>Alemanha</b>	Declaratórios – <i>ex tunc, erga omnes</i> e vinculantes. Admitida a modulação.	Tribunal Constitucional Federal
<b>França</b>	No controle preventivo, a disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada. No controle repressivo, a decisão tem eficácia <i>erga omnes</i> e vinculante, mas não retroativa (efeitos constitutivos ou de anulação – <i>ex nunc</i> ). Admite-se a modulação.	Conselho Constitucional
<b>Áustria</b>	Controle constitutivo da invalidade – <i>ex nunc</i> . Eficácia <i>erga omnes</i> e vinculante. Admite-se a modulação (e a eficácia <i>ex tunc</i> ).	Corte Constitucional

Fonte: elaborado pelo autor.

## *No modelo difuso*

Constata-se no Quadro 4 que, no Brasil, EUA e Portugal – Estados que adotam o modelo difuso de controle de constitucionalidade de inspiração estadunidense –, as decisões proferidas por seus órgãos de cúpula de justiça constitucional têm, em regra, efeitos *ex tunc*, vinculantes e eficácia *erga omnes*, admitindo em certos casos a chamada modulação de efeitos.

Em Portugal, o que é peculiar, tem eficácia *erga omnes* o pronunciamento da ilegalidade ou inconstitucionalidade, em se tratando de controle abstrato por meio de ação perante a corte, situação que não

.....  
93 CAPPELLETTI, 1999, p. 115-116.

acontece automaticamente em relação às remessas de recursos por parte dos tribunais. Nesse caso, o efeito é relativo ou *inter partes*, a não ser que a norma seja declarada inconstitucional em três demandas concretas, o que poderá ensejar um procedimento de controle por meio de ação de efeitos imediatos<sup>94</sup>.

Nos Estados Unidos da América, o princípio do *stare decisis* empresta eficácia geral às decisões proferidas pela Suprema Corte nos casos concretos que lhe são submetidos, gerando precedente obrigatório para todos os demais processos no país. No Brasil, a eficácia geral e o caráter vinculante de suas decisões são uma realidade atualmente válida tanto para a atuação do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle abstrato, quanto para as causas decididas *in concreto* via recursos extraordinários, admitida a modulação de seus efeitos.

### *No modelo concentrado*

Nos demais países europeus cujo modelo de controle de constitucionalidade é concentrado, os efeitos dos pronunciamentos de seus órgãos constitucionais de vértice não parecem diferentes daqueles vistos até aqui. Com Mauro Cappelletti, aprende-se que, na Alemanha e na Itália, como acontece nos Estados Unidos,

o mero fato da inconstitucionalidade é causa de absoluta nulidade e, por conseguinte, de ineficácia *ipso jure* das leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada, solenemente e vinculatorialmente, pela sentença da Corte Constitucional competente<sup>95</sup>.

De fato, as Cortes Constitucionais alemã, espanhola e italiana anulam retroativamente a lei declarada inconstitucional, inclusive com

.....  
94 FAVOREU, 2004, p. 117.

95 CAPPELLETTI, 1999, p. 119.

eficácia geral, mas trabalham com a possibilidade de temperamentos de suas consequências. Cicconetti e Teixeira, ao comentar o sistema italiano, registram que, ante a ausência de alterações legislativas que, como ocorreu na Áustria, Alemanha e Portugal, “dotem o juiz constitucional de instrumentos decisórios em condições de modular os efeitos no tempo das pronúncias de inconstitucionalidade, foi a mesma Corte a prover, ao final dos anos 80, a contenção dos efeitos retroativos das próprias sentenças”<sup>96</sup>.

Ou seja, na Corte Constitucional italiana, onde as decisões têm efeitos tipicamente declaratórios (*ex tunc*) ou com efeitos anulatórios sobre o passado, começou-se a aceitar contenções a essa retroatividade.

Em movimento contrário ao da Itália, na Áustria, onde na origem não se permitia a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade da corte, passou-se a admitir.

E a propósito dessa possibilidade de contemporização à irretroatividade das decisões que pronunciam a inconformidade constitucional na Áustria, Mauro Cappelletti escreve que, antes, era vedada qualquer retroatividade, mas que há muito o sistema austríaco admite que “[...] a lei contrária à Constituição deva, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também aos fatos verificados antes do pronunciamento”<sup>97</sup>.

Sobre a França, temos que os efeitos das decisões do Conselho Constitucional francês variam e dependem do tipo de controle realizado. De acordo com o art. 62 da Constituição, em caso de controle preventivo, uma disposição declarada inconstitucional não pode vir a ser promulgada nem aplicada. Em se tratando de controle *a posteriori* ou repressivo, que se faz via KPC, a norma inconstitucional é revogada a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional, o que significa dizer que tais decisões até gozam de eficácia *erga*

.....  
96 CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 221.

97 CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 121.

*omnes*, atingindo todos os demais casos, mas via de regra não têm eficácia retroativa.

De qualquer sorte, no controle repressivo o art. 62 dispõe que o conselho pode fazer as modulações que se fizerem necessárias, o que, de resto, ocorre em todos os demais órgãos constitucionais pesquisados.

## **Conclusão**

Depois do pesquisado, sem a pretensão de esgotar o assunto, parece possível fazer algumas reflexões acerca do STF, o qual precisa de aprimoramentos e, quem sabe, de algumas reformas, mas que está longe das críticas que se fazem ao órgão, principalmente quando, à conta de mesocomparações distorcidas e completamente infiéis à realidade das demais cortes constitucionais, colocam-no como se fora o patinho feio em relação à justiça constitucional praticada nos EUA e Europa.

Como se viu no presente estudo, nas seis Cortes Constitucionais europeias há mandato para seus juízes. Entretanto, ainda que se adote mandato para os ministros do STF, fixando-lhes 10 anos na função, tal não alteraria muita coisa, considerando que este é o tempo médio de permanência no tribunal atualmente.

Sobre as competências, em corte constitucional alguma se constatou um rol de atribuições únicas e privativas para o exercício do controle de constitucionalidade, rememorando, aqui, apenas para ilustrar a amplitude das funções comissionadas a todas as cortes, o exemplo da Constituição portuguesa, que passou ao Tribunal Constitucional o mister de “atestar” a morte do presidente da República, e o julgamento de querelas eleitorais.

Acerca dos obstáculos para julgamento do recurso extraordinário, que interditam o livre acesso à justiça, tornando a justiça constitucional quase impermeável ao jurisdicionado, foi possível perceber algo em comum com todas as demais cortes, máxime nos EUA, onde

o descarte prévio do *writ certiorari* sequer merece fundamentação. Ao que parece, a calibragem dos filtros pauta-se em dois critérios: número de recursos e capacidade de vazão pelos juízes constitucionais, o que muitas vezes privilegia o pragmatismo de agenda em sacrifício dos direitos fundamentais do cidadão.

Tornar o STF numa corte constitucional, no sentido estrito do termo, implica centralizar o controle de constitucionalidade naquele órgão, como ocorre na Alemanha, o que culminaria em extinguir o controle difuso facultado aos juízes e tribunais, reforma que agrediria cláusula pétrea da Constituição. Situação diferente é enxugar o rol de competência do STF, deixando-o apenas com a matéria constitucional (originária e recursal), sem acabar com o controle difuso exercido atualmente pelos demais órgãos do Judiciário.

Nessa hipótese, a alteração deixaria o Supremo com uma feição ainda mais diferente de todos os demais tribunais comparados, distanciando-se bastante do modelo americano – que é um modelo difuso “puro sangue” –, e também do modelo europeu de matriz austríaca – que é genuinamente concentrado.

E a nota principal da eloquente distinção referida tem relação com a desejada existência de um órgão voltado única e privativamente para a fiscalização da constitucionalidade das leis, reforma que, conforme visto, resultaria em algo inédito entre os citados tribunais.

## Referências

ALEMANHA. Tribunal Constitucional. *BVerfGE 11, 126 (131)*. Sugere que uma norma pré-constitucional é incluída na vontade do legislador pós-constitucional somente se uma vontade de confirmá-la puder ser objetivamente deduzida do conteúdo da própria lei ou – no caso de mudanças na lei – também da proximidade fática conexão entre normas inalteradas e alteradas. Segundo Senado, 17 maio 1960. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011126.html>. Acesso em: 24 maio 2021.



ALEMANHA. Tribunal Constitucional. *BVerfGE 2, 124 (129)*. Sugere que as leis que foram promulgadas antes da entrada em vigor da Lei Básica em 24 de maio de 1949 não estão sujeitas à revisão do Tribunal Constitucional Federal de acordo com o artigo 100.1 frase 1 da Lei Básica. Primeiro Senado, 24 fev. 1953. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002124.html>. Acesso em: 24 maio 2021.

ANCEL, M. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015.

ÁUSTRIA. Corte Constitucional. Kompetenzen. *Constitutional Court of Austria*, Vienna, [202-]. Disponível em: <https://www.vfgh.gv.at/kompetenzen-und-verfahren/kompetenzen.de.html>. Acesso em: 25 maio 2021.

BACHOF, O. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.

BERRI, C. H. G. *As Supremas Cortes do Brasil e dos Estados Unidos da América: seus sistemas comparados de prestação jurisdicional e a problemática dos precedentes*. São Paulo: Dialética, 2021. *E-book*.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 2/DF. Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade [...]. Requerente: Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Paulo Brossard, 6 de fevereiro de 1992. *Diário da Justiça Eletrônico*: [s. l.], n. 226, 21 nov. 1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur114170/false>. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32033/DF. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de junho de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*: [s. l.], n. 33, 18 fev. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>. Acesso em: 23 maio 2021.

BRITO, E. P. de. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. *In*: MARTINS, I. G. da S.;

MENDES, G. F. (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39-50.

BRITO, E. P. de. ICMS e a PSV 69: insegurança do pronunciamento do STF. In: BRIGAGÃO, G.; MATA, J. C. da. (org.). *Temas de direito tributário: em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. v. 1, p. 523-534.

BRITO, E. P. de. Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. *ERGA OMNES: revista da Escola de Magistrados da Bahia*, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, 2013.

CAPPELLETTI, M. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimp. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

CARDINALI, D. C. Tribunal Constitucional da Espanha. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 554-570.

CASTRO JR., O. A. de. A relevância do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento para a reforma do sistema judicial brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 41, n. 163, p. 51-68, 2004.

CHAVES, A. P. Perfil comparado da composição do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional Italiana. *Revista CEJ*, Brasília, DF, ano 20, n. 68, p. 47-61, 2016.

CICCONETTI, S. M.; TEIXEIRA, A. V. *Jurisdição Constitucional Comparada: Brasil, Itália, Alemanha e EUA*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUNHA JÚNIOR, D. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DANTAS, B. *Repercussão Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Supreme Court at Work. *Supreme Court of the United States*, Washington, DC, [202-]. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>. Acesso em: 30 maio 2021.

FAVOREU, L. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FRANÇA. Qui peut saisir le Conseil constitutionnel? *Conseil constitutionnel*, Paris, [202-]. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/saisir-le-conseil/qui-peut-saisir-le-conseil-constitutionnel>. Acesso em: 28 maio 2021.

FREIRE, A. Suprema Corte dos Estados Unidos. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 305-328.

KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. Tradução de Alexandre Drug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARDEN, C.; ALBUQUERQUE, A. R. O tribunal de justiça da União Europeia e a aplicabilidade do direito comunitário em âmbito interno. *Revista da Escola da AGU*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 57-69, 2018.

MELLO FILHO, J. C. de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 3. ed. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal: Secretaria de Documentação, 2012.

MENDES, G. F. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 51-106.

MIRANDA, J. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2018.

PIRES, T. M. Suprema Corte dos Estados Unidos. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 757-758.

ROSENBLATT, P.; ANDRIANI, L. T. Transplantes jurídicos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: uma crítica à ausência de método comparativo. *Revista da Presidência*, Brasília, DF, v. 20, n. 122, p. 691-715, 2018/2019.

SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUSA FILHO, A. B. de. Corte Constitucional da Itália. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 415-449.

TERRA, F. M. Corte Constitucional da Itália. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 735-749.

TERRA, F. M. Suprema Corte dos Estados Unidos. In: BRANDÃO, R. (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 305-327.

VELLOSO, C. M. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. *Revista de Investigação Legislativa*, Brasília, DF, ano 30, n. 120, p. 5-30, 1993. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176152/000480861.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 21 maio 2021.

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA: NORMAS DE REPRODUÇÃO E NORMAS DE IMITAÇÃO

*Ingrid Radel Ribeiro*

## Introdução

O controle de constitucionalidade no plano estadual brasileiro, segundo a doutrina do professor Dirley da Cunha Júnior, compreende o controle difuso e o concentrado<sup>1</sup> e é tema de grande relevância para o modelo federalista de Estado. Segundo o autor, no controle difuso, qualquer juiz ou tribunal estadual pode examinar, em um caso concreto, a validade constitucional de ato ou lei, com o objetivo de julgar ação ou recurso. Por outro lado, no controle concentrado, somente os tribunais estaduais podem aferir, abstratamente, a validade de uma lei ou ato normativo municipal ou estadual em face de qualquer norma da constituição estadual, por meio do julgamento das ações diretas, conforme art. 125, § 2º, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

.....  
1 CUNHA JÚNIOR, D. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 394.

2 Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de incons-

Esse entendimento, contudo, não é uníssono, divergindo dos ensinamentos do professor Edvaldo Brito, que entende que o controle de constitucionalidade brasileiro é o difuso, podendo ser classificado em *in abstracto* ou *in concreto*<sup>3</sup>.

Na abordagem do tema, faz-se necessário mencionar a importância da reprodução ou imitação de normas constitucionais, fenômeno usual no federalismo brasileiro, diante da primazia da Constituição Federal sobre as demais ordens jurídicas, sendo frequente que as leis fundamentais das ordens estaduais, distritais e municipais reproduzam literalmente enunciados normativos presentes na Constituição Federal. Essa transposição normativa, quando expressa, pode ser obrigatória ou facultativa e representa um parâmetro idôneo de fiscalização concentrada de constitucionalidade no âmbito estadual.

Segundo a doutrina de Raul Machado Horta, as normas de reprodução e imitação são categorias distintas. As normas de reprodução repetem na constituição estadual norma da Constituição Federal que o estado está obrigado a observar, independentemente de sua previsão ou não na constituição estadual (podemos citar como exemplo os artigos 34, VII, 35, 145 e 150 da CF). Já as normas de imitação são aquelas que o estado repete em sua constituição com teor idêntico à norma constitucional federal, o que o faz no gozo de sua autonomia política, pois poderia inclusive não a observar. A resolução apropriada seria a que definisse a competência dos tribunais de Justiça, já que a norma repetida se trata de autêntica norma constitucional estadual.

O mimetismo mais similar ao brasileiro é o alemão, de Constituição Federal mais detalhada e federalismo vertical<sup>4</sup>.

---

titucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

- 3 BRITO, E. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 205-224, 2003. p. 217.
- 4 HALBERSTAM, 2008 *apud* COUTO, C. G.; ABSHER-BELLON, G. L. Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil. *Revista de Administração*

As constituições dos Länder foram aprovadas em ao menos três diferentes ondas (Gunlicks, 1998; Lorenz e Reutter, 2012). A primeira, logo após a derrota do país na Segunda Grande Guerra, entre 1946 e 1947, sob a ocupação das forças aliadas. As regiões sob controle americano e francês aprovaram suas Constituições antes mesmo da elaboração da Lei Fundamental (portanto, sem inspirar-se nela). A segunda onda ocorreu nas regiões sob controle britânico, que aguardaram a promulgação da Constituição Federal, em 1949. Redigidas sob influência de países diferentes, seguindo procedimentos distintos, sob a égide de características regionais próprias (cinco Länder, aliás, foram desenhados artificialmente pelos aliados, sem relação necessária com territórios historicamente estabelecidos) e obedecendo a timings diversos, essas constituições das duas primeiras ondas contemplaram diversidade considerável. Considerando apenas o tamanho, as constituições da segunda onda têm, em média, metade da extensão daquelas da primeira (Lorenz e Reutter, 2012:152). A terceira onda ocorreu quase meio século depois, no início dos anos 1990, com uma nova Carta em Schleswig-Holstein, na Alemanha Ocidental, inspirando as novas constituições dos Länder oriundos da parte Oriental, originando constituições mais longas do que as da segunda onda (Lorenz e Reutter, 2012:52) e que incorporavam mais detalhes e temáticas, como direitos sociais e aspirações estatais. Elas ensejaram revisões de constituições das duas primeiras ondas que, desta feita, incorporaram traços da Lei Fundamental (inclusive suas emendas), foram influenciadas pela política dos partidos nacionais e ajustaram-se a decisões da Corte Constitucional Federal (Gunlicks, 1998:110-112). Assim, embora inicialmente as constituições dos Länder fossem mais diferentes entre si e com relação à Lei Fundamental, ao longo do tempo emularam aspectos de outros estados e do constitucionalismo federal –

---

*Pública*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 321-344, 2018. p. 325. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/B349z6yPjNSrShWfgtXyVmD/?lang=pt>. Acesso em: 13 jan. 2023.

para além de apenas o completarem, num processo de difusão tanto vertical como horizontal<sup>5</sup>.

O tema é pouco discutido na doutrina brasileira, revelando a necessidade de beber em fontes estrangeiras, por meio do estudo do direito comparado, e de analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro para compreender o poder constituinte decorrente, o controle de constitucionalidade nos estados-membros e o papel das normas de reprodução e normas de imitação na fiscalização da constitucionalidade no âmbito estadual.

## **Breve abordagem sobre constituição e poder constituinte estadual**

Conforme mencionado, segundo Dirley da Cunha Jr. (2019), o controle de constitucionalidade pode ser classificado em concentrado e difuso, contudo, diverge dessa classificação Edvaldo Brito (2003), que entende esta última classificação subdividida em controle *in abstracto* e *in concreto*.

Aos tribunais de Justiça dos estados e do DF competem, com exclusividade, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da constituição estadual; a ADI por omissão de medida para tornar efetiva norma da constituição estadual; a ADI interventiva, visando à intervenção dos estados nos seus municípios para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis indicados nas respectivas constituições estaduais; a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo estadual questionado em face da constituição do estado; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) decorrente da constituição estadual. Tal situação decorre do modelo de organização política do Estado brasileiro (CUNHA JR., 2019,

.....  
5 COUTO; ABSHER-BELLON, 2018, p. 325-326.



p. 400). Como o Brasil é uma Federação cuja organização político-administrativa compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios (CF/88, art. 18), além da Constituição Federal (Constituição da Federação), existem as constituições dos estados-membros (fruto do poder constituinte decorrente dos estados, em razão do art. 25 da CF e do art. 11 do ADCT da CF). Por isso mesmo, a Constituição Federal, no art. 125, parágrafo 2º, autoriza aos estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual.

O artigo 125 da Constituição Federal autoriza que os estados também façam controle concentrado. Em seu parágrafo 2º, autoriza-se a representação de inconstitucionalidade, também conhecida como “ADI Estadual”<sup>6</sup>. No controle concentrado estadual é analisada apenas a compatibilidade de atos normativos municipais e estaduais perante a constituição estadual, cabendo aos tribunais de Justiça a guarda das constituições dos respectivos estados-membros e, conseqüentemente, julgar a ADI de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da constituição estadual.

Quando leis ou atos normativos estaduais forem contestados em face da Constituição Federal, a competência para apreciá-los será exclusivamente do STF (CUNHA JR., 2019, p. 401); já quando contestados em face da constituição do estado, a competência será dos tribunais de Justiça, nos limites dos artigos 102, I, a e 103 da CF/88 e correspondência com os estados-membros.

.....  
6 “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

## Autonomia como elemento caracterizador do Estado Federado

Toda constituição pressupõe a existência de um poder capaz de formulá-la e instituí-la, denominado poder constituinte. Esse poder caracteriza-se por ser originário, por ser potência. Conforme leciona Edvaldo Brito, “rigorosamente, por ser potência o poder constituinte é o denominado fundacional ou o originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma outra ordem completamente nova ao acionar a sua eficácia atual [...]”<sup>7</sup>.

Assim, insere-se a constituição dos estados-membros, obra de um poder constituinte. A atuação do poder constituinte é tema de grande relevância para a compreensão do direito constitucional dos Estados Federados, como é o caso do Brasil, pois, sem leis próprias, sem governo e sem jurisdição própria não há Estado.

Mas o poder constituinte originário não é um poder ilimitado. Podem existir limitações extrajurídicas, ideológicas e estruturais, conforme ensina Jorge Reinaldo Vanossi<sup>8</sup>. Por isso, não há motivo para negar o caráter constituinte ao poder estadual, em virtude da sua limitação. O estado-membro goza de autonomia constitucional. Um estado pressupõe auto-organização por meio de uma constituição; e uma constituição supõe um poder capaz de elaborá-la. Nesse sentido, Raul Machado Horta afirma que “a autonomia constitucional do Estado-Membro reclama a atividade de órgão constituinte, o qual não dispõe, todavia da plenitude originária do criador da Constituição Federal”<sup>9</sup>.

Ademais, segundo Sampaio Dória, consiste a autonomia federativa na capacidade “[...] que tem as partes de um mesmo povo de organizar

7 BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 71.

8 VANOSSO, J. R. A. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: De palma, 1975. v. 1. p. 176-177.

9 HORTA, R. M. *Da autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Gráfica Santa Maria, 1964. p. 241.

sua vida própria, política e administrativa, dentro dos princípios constitucionais da União”<sup>10</sup>.

Assim, são quatro os aspectos essenciais que caracterizam a autonomia federativa: a capacidade de auto-organização, a capacidade de autogoverno, a capacidade de autolegislação e a capacidade de administração. A inexistência de um desses elementos é suficiente para descaracterizar a unidade federada.

## Auto-organização e constituição

Nas palavras de Anna Cândida Cunha Ferraz:

A estruturação do Estado-Membro pela Constituição Estadual pressupõe a criação de uma nova ordem de poder dentro do Estado Federal. Trata-se de função de natureza constituinte na medida em que participa da função constituinte que atua na institucionalização do próprio Estado Federal<sup>11</sup>.

A substância do poder que elabora a constituição de um Estado federal é a mesma do que elabora a constituição de um estado-membro. Conforme Viamonte:

Tudo o que corresponde ao governo ordinário em qualquer dos três ramos ou poderes em que se distribui o seu funcionamento (legislativo, executivo e judicial) é poder constituído. Tudo o que organiza, limita e regula normativamente a ação e o funcio-

- .....
- 10 DÓRIA, A. de S. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962. p. 60. José Afonso da Silva define a autonomia federativa /como “governo próprio dentro do círculo de competência traçado pela Constituição Federal”. (cf. SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1. p. 56).
  - 11 FERRAZ, A. C da C. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 61.

namento desses poderes constituídos é função constituinte e pertence ao Poder Constituinte<sup>12</sup>.

Nesse contexto, a constituição é competência<sup>13</sup>. As competências advindas do poder constituinte são o poder de revisão de constituição e o poder de estabelecer a organização fundamental, a constituição das entidades componentes do Estado federal.

Nas palavras de Edvaldo Brito:

Por ser potência o poder constituinte é o denominado fundacional ou o originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma outra ordem completamente nova ao acionar a sua eficácia atual. Não há, assim, poder constituinte constituído ou derivado. Há sim órgãos com competência para promover modificações na Constituição jurídica, observados os limites dessas atribuições<sup>14</sup>.

## Descentralização, constituição e direito comparado

Conforme Anna Cândida Cunha Ferraz, a limitação vertical do poder é necessária para preservar e fortalecer peculiaridades de um território, mas essa descentralização deve ter fulcro na Constituição Federal, concretizada nas constituições estaduais<sup>15</sup>. A entidade não pode ter sua condição estatal modificada senão pela intervenção do poder constituinte (local ou nacional). Ademais, o estado-membro tem competências próprias que, por meio da constituição estadual, podem ser distribuídas entre os poderes constituídos estaduais.

.....  
12 SÁNCHEZ VIAMONTE, C. *El Poder Constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957. p. 586-587.

13 BRITO, 1993, p. 75-76.

14 BRITO, 1993, p. 71.

15 FERRAZ, 1979, p. 62.

Os estados-membros não são apenas uma criação jurídica da Constituição Federal brasileira, suas origens estão no direito alemão. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, revela um federalismo atípico e, nas palavras de K. Hesse, é definido numa expressão propositadamente contraditória, como “federalismo unitário”.

O art. 31 da Constituição alemã revela a soberania residente na Federação e não nos Lander (unidades federadas):

Artigo 31º (prevalência do direito federal)

O direito federal prevalece sobre o direito estadual.

Princípio-base da definição do ‘Bund’ como estado soberano e dos ‘Lander’ como regiões federadas. Esta norma tinha um tratamento formular praticamente idêntico na Constituição imperial de 1871 e na Constituição republicana de 1919<sup>16</sup>.

Assim, no direito alemão, “o direito federal tem primazia sobre o direito de Land”, o que, entretanto, não ocorre no Brasil, pois os direitos federal e estadual são autônomos e têm competências próprias, não havendo hierarquia entre eles. Nisso o direito brasileiro se difere do alemão, pois o federalismo alemão reflete a dualidade Bund (Federação/União/poder nacional soberano) e Lander (entidades federadas não soberanas).

No que se refere ao Poder Judiciário alemão, o art. 92, que trata sobre a organização dos tribunais, determina que “o poder judiciário, confiado aos juízes, é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos nesta Lei Fundamental e pelos tribunais dos ‘Lander’”<sup>17</sup>.

.....  
16 A LEI Fundamental da República Federal da Alemanha, com um ensaio e anotações de Nuno Rogério. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 36.

17 A LEI [...], 1996, p. 87, grifo nosso.

Nesse sentido, ao tratarmos de direito comparado, são valiosas as lições de Luís Fernando Sgarbossa, ao conceituar métodos de comparação jurídica, e, no presente caso, nomeadamente a microcomparação:

a microcomparação é o estudo de um ou mais institutos ou instituições jurídicas, princípios ou regras, em dois ou mais sistemas jurídicos. Sua nota é a fragmentariedade: aborda sempre determinadas frações ou aspectos dos sistemas considerados, não seu conjunto. [...] A microcomparação busca examinar objeto determinado, parcial, fragmentário, dos sistemas jurídicos tomados em consideração. Volta-se a determinado instituto<sup>18</sup> ou instituição, princípio ou mesmo regra jurídica, analisada comparativamente em dois ou mais sistemas jurídicos<sup>19</sup>.

Assim, se estabelece a microcomparação entre os controles de constitucionalidade estaduais brasileiro e alemão, nomeadamente quanto ao direito federal e sua prevalência sobre o direito estadual<sup>20</sup>.

- .....
- 18 O instituto jurídico é relacionado ao regime jurídico. Enquanto de um lado o conceito atua sobre a caracterização do pensamento, ou representação mental, de um dado abstrato, o instituto jurídico é a própria situação jurídica (momento lógico em sentido posterior) posta sob um ordenamento jurídico específico, logo, sendo disciplinada em um regime jurídico – é um conceito sob o qual recai um regime jurídico. Cf. BRITO, E. *Direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11. Institutos jurídicos podem ser também conceituados como institutos sociais que recebem tratamento jurídico. O controle de constitucionalidade, no Brasil, segundo Edvaldo Brito (2003, p. 212), tem natureza de direito subjetivo público, uma vez que é direito de cada sujeito integrante da sociedade civil, titular da prerrogativa de adquirir e exercer direitos e de cumprir apenas deveres jurídicos que estejam em conformidade com a Constituição, podendo ser invocado cada vez que essa prerrogativa estiver ameaçada ou sofrer de violência ou de coação por parte de quem estiver no exercício do poder público. Direito subjetivo público é aquela faculdade de agir que o seu titular recebe da Constituição e, por isso, pode opor *erga omnes*, portanto, contra qualquer entidade política, contra qualquer órgão que esteja formando a estrutura da entidade política, porque, acima de todas as entidades, está o princípio maior da dignidade da pessoa humana que norteia o Estado de Direito.
- 19 SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de Direito Comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 144.
- 20 "Artigo 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal]: O Tribunal Constitucional Federal decide: 1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou

.....

pelo regulamento interno de um órgão federal superior; 2. no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal; 2a. no caso de divergências, se uma lei corresponde aos requisitos do Artigo 72 §2, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado; 3. no caso de divergências sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal; 4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial; 4a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos Artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104; 4b. sobre os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a violação por uma lei do direito de autonomia administrativa, estabelecido no Artigo 28; no caso de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no respectivo Tribunal Constitucional Estadual; 4c. sobre o recurso de associações contra o não reconhecimento como partido para a eleição do Parlamento Federal; 5. nos demais casos previstos na presente Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional Federal decide, além disso, por petição do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado, se, no caso do Artigo 72 §4, não subsiste a necessidade de uma regulamentação por lei federal, segundo o Artigo 72 §2, ou se o direito federal já não poderia mais ser aplicado nos casos do Artigo 125a §2, primeira frase. A constatação de que a necessidade já não existe ou que o direito da Federação não deva ser aplicado, substitui uma lei federal aprovada segundo o Artigo 72 §4, ou segundo o Artigo 125a §2, segunda frase. A petição, conforme a primeira frase, só é admissível, quando um projeto de lei segundo o Artigo 72 §4 ou segundo o Artigo 125a §2, segunda frase, tenha sido rejeitado no Parlamento Federal ou não tenha sido debatido e votado no prazo de um ano ou se um projeto de lei correspondente foi rejeitado no Conselho Federal. O Tribunal Constitucional Federal atuará, além disso, nos casos que lhe forem conferidos por lei federal.

Artigo 94 [Composição do Tribunal Constitucional Federal] O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juízes federais e outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal serão eleitos em partes iguais pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal. Eles não poderão pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou a órgãos correspondentes de um Estado. (2) Uma lei federal regulará a sua organização e processo, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei. Poderá impor como condição para os recursos de inconstitucionalidade, que se tenha esgotado previamente as vias legais e prever um processo especial de adoção dos processos.

Artigo 95 [Tribunais Superiores da Federação] (1) Para os setores de jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência, a Federação instituirá como tribunais superiores o Tribunal Federal da Justiça, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal das Finanças, o Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social. O Ministro Federal competente do respectivo setor decide sobre a nomeação dos juízes desses tribunais, em conjunto com uma comissão magistral de eleição, constituída pelos ministros estaduais das respectivas pastas e por igual número de

.....

membros, eleitos pelo Parlamento Federal. Para preservar a unidade da jurisprudência deve ser constituída uma câmara conjunta dos tribunais mencionados no §1. A matéria será regulamentada por uma lei federal.

Artigo 96 [Tribunais federais] A Federação poderá criar um tribunal federal para os assuntos da proteção da propriedade industrial. A Federação poderá criar tribunais penais militares para as Forças Armadas, como tribunais federais. Estes só poderão exercer a jurisdição penal na vigência do estado de defesa, bem como sobre integrantes das Forças Armadas enviados ao estrangeiro ou a bordo de navios de guerra. A matéria será regulamentada por uma lei federal. Estes tribunais pertencem à competência do Ministro Federal da Justiça. Seus juizes titulares deverão ter a qualificação para a magistratura. O tribunal superior para os tribunais mencionados nos §1 e 2 é o Tribunal Federal da Justiça. A Federação poderá criar tribunais federais que julguem os processos disciplinares e de recursos, envolvendo as pessoas ligadas ao poder público federal por contrato de trabalho de direito público. Uma lei federal, com aprovação do Conselho Federal, poderá prever que os tribunais dos Estados exerçam a jurisdição da Federação com respeito aos processos penais nas seguintes matérias: 1. genocídio; 2. crimes de direito penal internacional contra a humanidade; 3. crimes de guerra; 4. outras ações, que sejam adequadas e perpetradas com a intenção de perturbar a convivência pacífica dos povos (artigo 26 §1); 5. defesa do Estado.

Artigo 97 [Independência dos juizes] (1) Os juizes são independentes e somente subordinados à lei. (2) Os juizes titulares e nomeados definitivamente com caráter permanente não poderão, contra a sua vontade, ser destituídos antes de terminado o prazo de exercício das suas funções, ser suspensos dos seus cargos definitiva ou temporariamente, transferidos para outro posto ou aposentados, salvo em virtude de uma decisão judicial e exclusivamente por motivos e formas prescritos nas leis. A legislação pode fixar limites etários, passados os quais serão aposentados os juizes nomeados com caráter vitalício. Ao modificar-se a organização dos tribunais ou suas jurisdições, os juizes poderão ser transferidos para outro tribunal ou afastados do cargo, desde que continuem recebendo seus vencimentos integrais.

Artigo 98 [Situação legal dos juizes – Acusação a juiz] (1) A situação legal dos juizes federais deverá ser regulamentada por lei federal especial. (2) Quando um juiz federal, dentro ou fora da sua função, infringir os princípios da Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um Estado, o Tribunal Constitucional Federal poderá ordenar com uma maioria de dois terços, por solicitação do Parlamento Federal, que o juiz seja transferido para outro cargo ou aposentado. No caso de infração premeditada, pode ser ordenada a sua demissão. (3) A situação legal dos juizes nos Estados será regulamentada por leis estaduais especiais, salvo determinação contrária do artigo 74 §1, alínea 27. (4) Os Estados podem determinar que a nomeação dos juizes nos Estados seja decidida pelo Ministro Estadual da Justiça, juntamente com uma comissão magistral de eleição. (5) Os Estados podem estabelecer uma regulamentação correspondente às do §2 para os juizes estaduais. O direito constitucional estadual vigente não é afetado. A decisão sobre uma acusação a um juiz compete ao Tribunal Constitucional Federal.

Artigo 99 [Divergências constitucionais dentro de um Estado] Mediante uma lei estadual, poderá ser transferida ao Tribunal Constitucional Federal a decisão de divergências constitucionais dentro de um Estado e, para os tribunais federais superiores, citados no artigo 95 §1, a decisão em última instância de assuntos relativos à aplicação de direito estadual.



Mas o direito alemão não é o único que influenciou o controle de constitucionalidade estadual brasileiro. O modelo federalista de Estado e o controle de constitucionalidade nos estados-membros brasileiros também recebem influências dos direitos suíço e americano, a exemplo dos cantões suíços, que preexistiram ao Estado federal suíço, e dos 13 estados americanos que se uniram para a formação dos Estados Unidos da América.

Na América Latina, podemos ainda citar a Constituição argentina que, em seu art. 123, prevê que “cada província dita sua própria Constituição, em conformidade com o disposto no art. 5<sup>o</sup>”<sup>21</sup>.

Finalmente, o art. 25 da Constituição da República Federativa Brasileira prescreve: “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”<sup>22</sup>.

Portanto, prevalece na doutrina constitucional brasileira o entendimento de que existe um poder constituinte decorrente (art. 25 da

---

Artigo 100 [Controle concreto de normas] (1) Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal. (2) Quando surgirem dúvidas num litígio, se uma norma do direito internacional público é parte integrante do direito federal, gerando diretamente direitos e deveres para o indivíduo (artigo 25), o tribunal terá de solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Federal. (3) Se, na interpretação da Lei Fundamental, o tribunal constitucional de um Estado quiser divergir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou do tribunal constitucional de um outro Estado, ele deverá submeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional Federal”. (A LEI [...], 1996, p. 87-92)

21 ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina: ley n° 24.430. Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). *Boletín Nacional de la República Argentina*: Buenos Aires, n. 28057, Enero 3, 1995. Disponível em: <https://observatoriolegislativocele.com/pt/Constitui%C3%A7%C3%A3o-da-Na%C3%A7%C3%A3o-Argentina/>. Acesso em: 23 ago. 2023.

22 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CF e art. 11 do ADCT da CF), que se destina a complementar a obra do poder constituinte originário, seja institucionalizando as coletividades locais, por meio de uma constituição parcial ou estadual, seja revendo essa mesma constituição.

## Traços característicos principais do poder constituinte estadual

Podemos caracterizar o poder constituinte decorrente como um poder<sup>23</sup>:

- a) **Secundário ou derivado**, pois é criado por outro poder, não se cria a si próprio. O poder constituinte decorrente não pode mudar a identidade ou natureza do Estado Federado que institucionaliza ou reorganiza, somente o poder constituinte originário tem força e poder para tanto.
- b) **Subordinado**, pois a CF impõe limites ao seu exercício, sejam implícitos ou expressos. O estado particular além de não poder determinar indefinidamente sua competência, é impotente para impedir o Estado federal de restringi-la.
- c) **Condicionado**, pois o constituinte decorrente está sujeito a prescrições formais que normalmente são fixadas pelo constituinte originário na CF, por atos do poder constituinte originário ou por normas decorrentes da Constituição Federal.

Cumpre salientar que esses traços caracterizam tanto o poder constituinte decorrente inicial quanto o poder constituinte de revisão estadual.

Quanto à titularidade, é o povo do estado-membro o titular do poder constituinte decorrente, inicial ou de reforma. A soberania é

.....  
23 Nas palavras de Anna Cândida Cunha Ferraz (1979, p. 66), muito embora o dr. Edvaldo Brito discorde dessa classificação, por entender que o poder constituinte estadual é competência, sendo mais apropriada a expressão "função" do que "poder".

popular. “O poder emana do povo e por ele será exercido”. A constituição estadual procede do povo<sup>24</sup>.

Por fim, o poder constituinte estadual é eminentemente territorial, porque se restringe às limitações físicas do estado-membro.

## **Considerações gerais sobre o controle de constitucionalidade nos estados-membros**

O controle de constitucionalidade no plano estadual é composto pelo controle difuso e pelo controle concentrado<sup>25</sup>. No controle difuso, tanto os juízes quanto os tribunais estaduais podem examinar, em um caso concreto, a validade constitucional de qualquer ato ou lei, com o objetivo de julgar alguma ação ou recurso. No controle concentrado, por outro lado, somente os tribunais estaduais podem aferir, abstratamente, a validade de uma lei ou ato normativo municipal ou estadual em face de qualquer norma da constituição estadual, quando do julgamento das ações diretas.

Nesse ponto, contudo, o professor Edvaldo Brito discorda da classificação feita por Dirley da Cunha Júnior, pois entende que o controle de constitucionalidade brasileiro é o difuso, que se divide em controle *in abstracto* e *in concreto*.

## **O controle de constitucionalidade difuso nos estados-membros**

Qualquer juiz ou tribunal estadual pode exercer, em face de um caso concreto, o controle de constitucionalidade e declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato ou lei municipal, estadual ou federal quando

.....  
24 BRASIL, 1988.

25 CUNHA JÚNIOR, D. da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 395.

confrontado com a Constituição Federal. Ademais, também pode o juiz ou tribunal estadual declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de qualquer ato ou lei municipal ou estadual quando contestado com a constituição do próprio estado.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, a classificação “difuso” ocorre quando qualquer juiz ou tribunal estadual pode exercer, em face de um caso concreto, o controle de constitucionalidade e declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de qualquer ato ou lei municipal ou estadual quando contestado com a constituição do próprio estado. Esta é uma prerrogativa em âmbito estadual<sup>26</sup>.

Nesse caso, os juízes podem exercer, simultaneamente, o controle de constitucionalidade em âmbito federal (em defesa da Constituição Federal) e o controle de constitucionalidade em âmbito estadual (em defesa da própria constituição do estado decorrente)<sup>27</sup>. No controle difuso incidental, os juízes e tribunais estaduais exercem controle de constitucionalidade em defesa da Constituição Federal sempre que afastam a incidência de alguma norma (municipal, estadual ou federal) que contraria a Carta Magna; mas também desempenham um controle de constitucionalidade em defesa da constituição do próprio estado quando recusam a validade de alguma norma municipal ou estadual (jamais federal, por questão de repartição de competência) que viola a constituição estadual.

.....  
26 CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 394.

27 Cumpre salientar que, segundo entendimento do professor Edvaldo Brito, só quem exerce jurisdição constitucional é o STF, guardião da CF. Contudo, consoante as lições de Dirley da Cunha Júnior, a jurisdição constitucional “é aquela função jurisdicional exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição, pouco importando o órgão jurisdicional que a exerça”. Nessa mesma linha de inteligência, Baracho aduz que a jurisdição constitucional é entendida como a atividade jurisdicional que possui o escopo de verificar a consonância das normas de hierarquia inferior, leis e atos normativos com a Constituição, “desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e consequente inaplicabilidade”. CUNHA JÚNIOR, D. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 376. e BARACHO, J. A. de O. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 97.

No controle difuso incidental, provocado perante o juiz, a questão constitucional é suscitada como todas as questões prejudiciais de mérito. Já quando arguida perante tribunal, cumpre observar a regra constitucional da reserva do plenário (art. 97 da CF), que requer a maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial para que os tribunais declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público<sup>28</sup>.

## O controle de constitucionalidade concentrado nos estados-membros

Segundo Dirley da Cunha Júnior, o controle de constitucionalidade pode ser classificado em concentrado e difuso<sup>29</sup>, contudo diverge dessa classificação Edvaldo Brito, que entende que esta última classificação se divide em controle *in abstracto* e *in concreto*. Segundo o autor, o controle *in abstracto* é exercido pelo STF por meio da ADIN (art. 102, I, a, CF), ADC (art. 102, I, a, §§ 2º, 4º, CF), ADIO (art. 103, § 2º, CF), reclamação (art. 102, I, CF) e arguição (art. 102, § 1º, CF); e pelos tribunais de Justiça dos estados, por meio da representação (art. 125, § 2º, CF). O controle *in concreto*, por sua vez, é exercido pelo STF por meio da interposição de recurso extraordinário; pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio do recurso especial; pelos tribunais de Justiça dos estados e tribunais regionais federais pela via do recurso de apelação; e, por fim, pelos juízes de 1º grau por meio das exceções.

.....

28 Efetivamente suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, em qualquer processo concreto de competência originária ou recursal, o relator do processo no tribunal, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara a que tocar o conhecimento da causa. Se a arguição for rejeitada, o julgamento prosseguirá. Por outro lado, se acolhida, o que poderá ser por maioria simples, será lavrado o acórdão, a fim de ser a questão submetida ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

29 CUNHA JÚNIOR, 2019.

## Ações cabíveis

Aos tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal competem, com exclusividade, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da constituição estadual; a ADI por omissão de medida, para tornar efetiva norma da constituição estadual; a ADI interventiva, visando a intervenção dos estados nos seus municípios, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis indicados nas respectivas constituições estaduais; a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual questionado em face da constituição do estado; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da constituição estadual. Tal situação decorre do modelo de organização política do Estado brasileiro<sup>30</sup>. Como o Brasil é uma Federação cuja organização político-administrativa compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios (art.18 da CF), além da Constituição Federal (Constituição da Federação), existem as constituições dos estados-membros (fruto do poder constituinte decorrente dos estados, em razão do art. 25 da CF e do art. 11 do ADCT da CF). Por isso mesmo, a Constituição Federal, no art. 125, parágrafo 2º, autoriza aos estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual.

O artigo 125 da Constituição Federal autoriza que os estados também façam controle concentrado. Em seu parágrafo 2º, autoriza a representação de inconstitucionalidade, também conhecida como “ADI Estadual”:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

.....  
30 CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 400.

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão<sup>31</sup>.

No controle concentrado estadual, é analisada apenas a compatibilidade de atos normativos municipais e estaduais perante a constituição estadual. Cabe aos tribunais de Justiça a guarda das constituições dos respectivos estados-membros e, conseqüentemente, julgar a ADI de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da constituição estadual.

Quando as leis ou atos normativos estaduais forem contestados em face da Constituição Federal, a competência para apreciá-los será exclusivamente do STF<sup>32</sup>. Mas quando contestados em face da constituição do estado, a competência será dos tribunais de Justiça, nos limites dos artigos 102, I, a e 103 da CF/88, e correspondência com os estados-membros.

## Normas de reprodução e normas de imitação

As normas de reprodução e normas de imitação podem ser conceituadas conforme distinção traçada por Raul Machado Horta<sup>33</sup>. As normas de reprodução repetem na constituição estadual norma da Constituição Federal que o estado está obrigado a observar, independentemente de sua previsão ou não na constituição estadual (podemos citar como exemplo os artigos 34, VII, 35, 145 e 150 da CF). Já as normas de imitação são aquelas que o estado repete em sua constituição com teor idêntico à norma Constitucional Federal, o que o faz no gozo de sua

.....  
31 BRASIL, 1988.

32 CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 401.

33 HORTA, Raul Machado- Da autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro, Belo Horizonte, 1964, p. 241.

autonomia política, pois poderia, inclusive, não a observar<sup>34</sup>. A resolução apropriada seria a que definisse a competência dos tribunais de Justiça, já que a norma repetida se trata de autêntica norma constitucional estadual.

Nesse contexto, até 2017, o STF entendia que o tribunal de Justiça não poderia se utilizar da ADI Estadual para fazer controle de leis ou atos normativos em face da Constituição Federal. A explicação era simples: somente o STF é o guardião da Constituição Federal. No entanto, a partir de 2017, conforme novo entendimento do STF, o tribunal de Justiça passou a ser competente para julgar ADI Estadual tendo como parâmetro a Constituição Federal, desde que o dispositivo da Constituição Federal se trate de norma de reprodução obrigatória.

Como exemplo de normas de reprodução obrigatória, estão as normas de competência e limitações ao poder de tributar. Nesses casos, o STF é competente para julgar a ADI de lei ou ato estadual que viole a Constituição, porquanto se trata de genuína norma constitucional.

Assim, atualmente, o tribunal de Justiça deve julgar a ADI Estadual mesmo quando a norma supostamente violada está na Constituição Federal, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória (STF, RE 650.898).

.....

34 Exemplo de normas de imitação: ao lado das normas de reprodução, há aquela classe de normas constitucionais estaduais, as quais, embora idênticas a certas normas da Constituição Federal, não são de observância compulsória pelo estado-membro. Como exemplo dessa categoria de normas podemos citar o parágrafo único do art. 70 da Constituição de Alagoas, que estabelece: "Art. 70 Parágrafo único - Os membros da Mesa Diretora cumprirão mandato de dois anos, vedada a reeleição, para o mesmo cargo, na eleição imediatamente subsequente". O constituinte estadual se inspirou no paradigma federal com o fito de vedar a recondução para o mesmo cargo da Mesa da Assembleia na eleição subsequente. Tal vedação, contudo, não é estendida aos estados-membros, conforme, inclusive, já decidira o próprio STF. O legislador constituinte fê-la norma constitucional estadual e o fato de norma idêntica constar na Constituição Federal aqui se torna irrelevante, pois o constituinte alagoano *poderia* até mesmo consagrar a possibilidade de reeleição para os membros da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa na eleição subsequente, o que não redundaria em qualquer inconstitucionalidade, justamente pelo fato de não se constituir regra de *observância compulsória*.



Entretanto, pode ser verificada uma primeira situação em que lei estadual viola dispositivo da constituição estadual e da Constituição Federal ao mesmo tempo: trata-se de norma de repetição obrigatória (reprodução). Indaga-se, assim, quais as ações cabíveis e quais os tribunais competentes para processá-la e julgá-la. Havendo simultaneidade de ações, caso o STF declare inconstitucional a norma estadual, o que ocorrerá com a ADI Estadual? E se o STF confirmar a constitucionalidade da norma?

Nesse caso, caberá ADI para o STF (a ADI no âmbito federal questiona normas federais e estaduais perante a CF). Contudo, também caberá ADI para o TJ, uma vez que, na esfera estadual, a ADI analisa a compatibilidade de atos normativos estaduais e municipais ante a CE. Então, estamos diante da possibilidade de ajuizamento simultâneo de duas ADIs direcionadas a tribunais diversos: a primeira para o STF, em relação à CF, e a segunda para o TJ, quanto à CE.

Se isso acontecer, ou seja, se houver o ajuizamento de duas ADIs de forma concomitante (em latim, *simultaneus processus*), a ADI Estadual ficará suspensa aguardando a decisão final do STF (STF, ADI 3.046).

Caso o STF declare a inconstitucionalidade da norma estadual, a ADI Estadual será extinta por perda do objeto. Afinal, a norma foi retirada do ordenamento jurídico (STF, PET 2.701).

Do contrário, se o STF confirmar a constitucionalidade, a norma continua no sistema. Então, a ADI Estadual deve prosseguir, inclusive podendo o TJ declarar a inconstitucionalidade da norma diante da CE, desde que por outro fundamento – aquele fundamento usado pelo STF tem força vinculante, impedindo que o TJ o contrarie.

Ainda é possível uma segunda situação em que, embora seja viável o ajuizamento simultâneo, ele não ocorre. Nesse caso, se o STF confirma a constitucionalidade, posteriormente ainda se pode ajuizar a ADI Estadual, uma vez que a norma continua no sistema. Entretanto, a fundamentação usada não pode ser aquela já afastada pelo STF na ADI Federal, por conta da força vinculante para todos.

No segundo exemplo, apenas a ADI Estadual foi ajuizada, por violação à CE. Se o tribunal confirmar a constitucionalidade, a norma continuará no sistema e depois poderá ser questionada em ADI Federal, sendo que o STF ficaria livre para adotar qualquer decisão, sem se falar em vinculação.

Por outro lado, se, ao julgar a ADI Estadual, o TJ declarar a inconstitucionalidade da lei estadual, não será cabível nova ADI para o STF por uma razão simples: a norma não existe mais, foi retirada do sistema.

Nesse cenário, contra a decisão do TJ na ADI Estadual, seja lá qual for o resultado (constitucionalidade ou inconstitucionalidade), será possível a interposição de recurso extraordinário para levar a discussão ao STF, uma vez que se trata de norma de reprodução.

Então, o entendimento é que é necessário o TJ suspender o andamento da ADI lá ajuizada quando houver simultaneidade de ações.

Porém, se o TJ, em vez de suspender o andamento do feito e aguardar o desfecho da ADI já ajuizada no STF, se antecipar, julgando a ação direta que tinha sido ajuizada no âmbito estadual, a decisão por ele proferida somente prejudicará a que está em curso perante o STF se for pela procedência e desde que a inconstitucionalidade seja por incompatibilidade com dispositivo constitucional estadual sem similar na Constituição Federal.

Por outro lado, havendo declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo estadual pelo tribunal de Justiça, com base em norma constitucional estadual que constitua reprodução (obrigatória ou não) de dispositivo da Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF.

Dito de outro modo, quem dá a palavra final é o STF, sempre que houver possível violação à norma da CF, seja ou não de reprodução obrigatória. Fazer prevalecer a orientação do TJ, que se antecipou, seria subverter a ordem do sistema, com um TJ prevalecendo sobre o STF, guardião da CF (STF, ADI nº 3.659).

Se uma lei estadual violar ao mesmo tempo a constituição estadual e a Federal, caberá o ajuizamento simultâneo de ADI para o TJ e

para o STF. Nessa situação, a ADI Estadual ficará suspensa, aguardando o desfecho do julgamento no STF para o controle abstrato, tendo por parâmetro de confronto o dispositivo da Constituição Federal reproduzido.

Cumprе frisar que, no STF, a ADI poderá ser julgada para questionar atos normativos federais e estaduais (bem como distritais de natureza estadual), mas não os editados pelos municípios (nem pelo DF dentro de sua competência municipal).

Pode haver ainda uma terceira situação, em que lei municipal viola dispositivo da constituição estadual e da Constituição Federal ao mesmo tempo: norma de repetição obrigatória. Nesse caso, há uma significativa diferença, pois caberá ADI para o TJ (lei municipal x CE), mas não será possível o ajuizamento de ADI para o STF.

Contra a decisão do TJ, seja lá qual for o resultado (constitucionalidade ou inconstitucionalidade), será possível a interposição de recurso extraordinário para levar a discussão ao STF, uma vez que se trata de norma de repetição obrigatória (STF, PET 2.788). Embora a decisão no RE, em regra, produza eficácia *inter partes* – por ser controle difuso –, a decisão nesse RE em específico será dotada de eficácia para todos, vinculante e com efeitos retroativos (*ex tunc*), pois nasceu no controle concentrado (STF, RE 187.142).

Pergunta-se, então: há alguma forma de submeter a questão diretamente ao STF por meio do controle concentrado? Não caberia ADI, ADO ou ADC, pois estamos diante de lei municipal x CF. A única ferramenta do controle concentrado possível será o ajuizamento de ADPF, caso se comprove a existência de preceito fundamental violado.

Então, conclui-se que o controle concentrado no âmbito estadual, em regra, é feito perante a constituição estadual. Excepcionalmente, pode ser usada a Constituição Federal como parâmetro de verificação, quando o dispositivo for de repetição obrigatória (reprodução).

## Evolução da matéria no STF

O entendimento firmado atualmente foi fruto de uma evolução construída na Suprema Corte. Em um primeiro momento, o STF julgou, em sessão plenária, na Reclamação nº 370, que os tribunais de Justiça estaduais seriam incompetentes para conhecer de representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal em face de parâmetros formalmente estaduais, mas “substancialmente” integrantes da ordem constitucional federal. Na ocasião, aduziu-se que as normas de reprodução obrigatórias constantes da constituição estadual seriam, “em termos estritamente jurídicos”, “ociosas”<sup>35</sup>.

No entanto, a tese da ociosidade das normas de reprodução ou imitação logo foi atacada na própria corte sob diferentes argumentos:

- a) se as normas estaduais referidas fossem tidas como ociosas, seria necessário, em qualquer ação de representação estadual, a análise preliminar da constituição estadual em face de todos os dispositivos da Constituição Federal, de modo a determinar os limites da competência da jurisdição estadual, tendo ainda cabimento imediato reclamação perante o STF, o que inviabilizaria na prática a jurisdição constitucional estadual e estabeleceria relevante insegurança jurídica;
- b) as normas da Constituição Federal que tratam da intervenção dos estados nos municípios perderiam eficácia, ao menos na hipótese de violação de princípios sensíveis (art. 35, IV da CF), pois estes são normas de reprodução obrigatória na constituição

.....

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Reclamação nº 370. Arguição da inconstitucionalidade de leis estaduais, mediante invocação da Carta local, mas também em contraste com preceitos e princípios da Constituição Federal. Controvérsia acerca da competência para o julgamento da correspondente ação direta. Reclamação tida como precedente, por julgamento concluído em 9 de abril de 1992. Reclamante: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Octavio Gallotti, 9 de abril de 1992. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 120, 29 jun. 2001.

dos estados-membros e nas leis orgânicas, e não poderiam ser apreciados perante a jurisdição estadual;

- c) a reprodução de normas da Constituição Federal pelas cartas estaduais não afetaria a competência do STF para interpretar em último grau a Constituição Federal, desde que se admitisse o cabimento de recurso extraordinário contra decisões das cortes estaduais destoantes da jurisprudência da Corte Suprema na aplicação de enunciados reproduzidos ou alusivos à Constituição Federal;
- d) no Brasil, em razão da abrangência do texto constitucional federal e do caráter ainda centrípeto imprimido ao nosso federalismo, pouco restaria aos tribunais de Justiça em sede de controle de constitucionalidade das leis estaduais e municipais, dado o amplo emprego de normas de imitação e reprodução no texto das constituições estaduais, tornando inócua o próprio art. 125, § 2º, da Constituição Federal.

A relevância jurídica autônoma das normas de reprodução obrigatória e das normas de imitação presentes nas constituições estaduais foi reconhecida pelo STF após o julgamento da Reclamação nº 383, da relatoria do ministro Moreira Alves, julgada em 11/06/1992, DJ de 21/05/1993. A Reclamação nº 383, verdadeiro *leading case* na matéria, ficou assim ementada:

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a

interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente<sup>36</sup>.

Na matéria, a orientação adotada na Reclamação nº 383 tornou-se dominante, permanecendo sedimentada na Suprema Corte até o presente momento, como se pode conferir nos seguintes julgados: Rcl 337, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, DJe 19/12/1994; Rcl 596, AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, 30/05/1996, DJ 14/11/1996, PP-44487; Rcl 2076, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, DJe 08/11/2002; Rcl 10.500, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 26/10/2010; Rcl 15.826, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29/10/2013; Rcl 16862, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19/12/2013; Rcl 16640, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 20/11/2013; Rcl-AgR 12.653, Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 11/10/2012; Rcl 2462, Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 084 05/05/2014.

Recentemente, houve outra solução. Sobre o problema das normas remissivas, figurando como parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade, o STF enfrentou a questão no julgamento do RE 213.120/BA, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 02/6/2000. À ocasião, entendeu o Pretório que as normas remissivas não poderiam compor o parâmetro de controle abstrato, em julgado assim ementado:

**EMENTA: CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. PRESSUPOSTOS. HIPÓTESE DE NORMAS QUE FAZEM MERA REMISSÃO FORMAL AOS PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. À simples referência aos princípios estabelecidos na Constituição**

.....

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 383. Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal [...]. Tribunal Pleno. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moreira Alves, 11 de junho de 1992. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, 21 maio 1993.

Federal não autoriza o exercício do controle abstrato da constitucionalidade de lei municipal por este Tribunal. 2. O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte só é permitido se a causa de pedir consubstanciar norma da Constituição Estadual que reproduza princípios ou dispositivos da Carta da República. 3. A hipótese não se identifica com a jurisprudência desta Corte que admite o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal quando a Constituição Estadual reproduz literalmente os preceitos da Carta Federal. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar o autor carecedor do direito de ação<sup>37</sup>.

Contudo, esse posicionamento foi parcialmente alterado na Rcl 733/PI, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/2000. O Tribunal, por unanimidade, entendeu que as normas constitucionais estaduais remissivas à Constituição Federal podem servir de parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito dos tribunais de Justiça locais.

No caso em questão, a norma remissiva prevista no art. 5º, caput, da Constituição do Piauí, possuía o seguinte teor: “o Estado assegura, no seu território e nos limites de sua competência, a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país”<sup>38</sup>. O acórdão assim foi ementado:

.....

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário 213.120/BA. Controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal. Pressupostos. Hipótese de normas que fazem mera remissão formal aos princípios tributários constitucionais. Impossibilidade. Relator: Min. Maurício Correa. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, 2 jun. 2000b.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 733/PI. Reclamação. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para o controle de inconstitucionalidade de Lei Estadual [...]. Tribunal Pleno. Reclamante: Alípio de Santana Ribeiro. Reclamado: Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 97001467-8 do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator: Min. Ilmar Galvão, 9 de fevereiro de 2000. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 82, 28 abr. 2000a.

## RECLAMAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O CONTROLE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL.

Se o objeto da ação direta de inconstitucionalidade encaminhada ao Tribunal de Justiça do Estado do Piauí é apenas a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual em face da Carta estadual, que reproduz dispositivo da Constituição Federal, não ocorre usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, desautorizando a via da reclamação. Reclamação que se julga improcedente<sup>39</sup>.

Ao examinar o tema, quando do julgamento da Reclamação nº 4.432/TO, o emitente relator ministro Gilmar Mendes fundamentou a sua decisão da doutrina de Leo Leony, *in verbis*:

Com isso, se uma norma estadual ou municipal viola ou não uma proposição constitucional estadual remissiva, é circunstância que apenas se saberá após a combinação entre norma remissiva e norma remetida, que é o que vai determinar o alcance normativo do parâmetro de controle a ser adotado. Entretanto, uma vez determinado esse alcance, a anulação da norma estadual ou municipal por violação a tal parâmetro nada mais é do que uma consequência da supremacia da constituição Estadual no âmbito do Estado-membro. Em outras palavras, as consequências jurídicas decorrentes de eventual violação à proposição remissiva constante da Constituição Estadual derivam da própria posição hierárquico-normativa superior desta no âmbito do ordenamento jurídico do Estado-membro, e não da norma da Constituição Federal a que se faz referência.

Assim, se as proposições remissivas constantes das diversas Constituições Estaduais, apesar de seu caráter dependente e incompleto, mantêm sua condição de proposições jurídicas,

.....  
39 BRASIL, 2000a.



não haveria razão para lhes negar a condição de parâmetro normativo idôneo para se proceder, em face delas, ao controle abstrato de normas perante os Tribunais de Justiça<sup>40</sup>.

Desse modo, acertou o STF na Rcl 733/PI, nesse novo entendimento, considerando que as normas constitucionais estaduais remissivas são normas jurídicas, logo, podem figurar como parâmetro de controle abstrato de constitucionalidade perante os tribunais de Justiça dos estados.

Conclui-se, portanto, que uma lei municipal pode violar tanto a Constituição Federal quanto as cartas estaduais, sendo que, na primeira hipótese, é completamente inadmissível o controle abstrato ou concentrado perante o STF via ação direta de inconstitucionalidade, restando, assim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou a via difusa.

Todavia, na segunda hipótese, ou seja, no caso de uma lei ou ato normativo municipal violar uma constituição estadual, ainda que sejam normas de repetição ou remissão das normas constitucionais federais, admite-se a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, mantendo-se a competência dos tribunais de Justiça dos estados para o julgamento, tanto da inconstitucionalidade por ação quanto por omissão.

.....

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4432/TO. Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Município de Palmas, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.523, que suspendeu a vigência de dispositivos das Leis Complementares Municipais nºs 107/2004 e 79/2004 e do Decreto Executivo nº 353/2005, que tratam da taxa de coleta de lixo no município. Reclamante: Município de Palmas. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de outubro de 2006. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 195, 10 out. 2006.

## *Legitimados para o ajuizamento*

No âmbito federal, há nove legitimados para o ajuizamento de quatro das cinco ações do controle concentrado – a ADI Interventiva é exceção, com somente um legitimado, o PGR.

Segundo o artigo 103 da Constituição Federal, ADI, ADO, ADC e ADPF podem ser propostas pelos seguintes legitimados: a) presidente da República; b) Mesa do Senado Federal; c) Mesa da Câmara dos Deputados; d) Mesa de assembleia legislativa ou da Câmara Legislativa do DF; e) governador de estado ou do DF; f) procurador-geral da República (PGR); g) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); h) partido político com representação no Congresso; e i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já no âmbito estadual, a Constituição Federal não definiu quem são os legitimados, atribuindo essa tarefa ao constituinte estadual. Mas fez uma ressalva: não poderia haver somente um legitimado. Então, as constituições estaduais começaram a reproduzir o rol de legitimados do artigo 103, adaptado à realidade local. Exemplificando: onde havia “Conselho Federal da OAB”, passou a constar “Seccional da OAB”; trocou-se “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” por “federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual”. Depois, elas passaram a colocar legitimados que não encontravam simetria no modelo federal. Quando foram questionadas, o STF entendeu que o rol de legitimados na constituição estadual não precisa se limitar à aplicação do modelo federal em simetria. Desse modo, é possível que o constituinte estadual aponte outros legitimados, como, por exemplo, um deputado estadual (STF, ADI 558) ou mesmo um partido político sem representação na Assembleia Legislativa (STF, RE 412.921).

## Procedimento

Quanto à competência para o julgamento de ação direta que impugna lei ou ato normativo estadual em face de uma norma da constituição estadual que repete norma da Constituição Federal, surge a problemática das normas constitucionais federais repetidas. Para a solução, cumpre verificar se a norma repetida na constituição do estado cuida de norma de reprodução (obrigatória para o estado) ou de norma de imitação (facultativa para o estado), na já citada distinção de Raul Machado Horta.

Assim, o STF admitiu a competência do tribunal de Justiça estadual em ambas as hipóteses, desde que o parâmetro do controle de constitucionalidade seja a norma (repetida) prevista na constituição do estado, mas com o seguinte diferencial: a) em relação às normas de reprodução (de repetição obrigatória) da decisão do tribunal de Justiça, cabe recurso extraordinário para exame pelo STF, com fundamento no art. 102, III, a ou c, da CF; e b) já de referência às normas de imitação (de repetição facultativa), a decisão do tribunal de Justiça é irrecorrível.

## Simultaneidade de ações

Havendo simultaneidade de duas ações diretas, uma no tribunal de Justiça e outra no STF, contra a mesma lei ou ato normativo estadual lesivo à “norma de reprodução obrigatória”, ou seja, lei estadual que viola dispositivo da constituição estadual e da Constituição Federal ao mesmo tempo, tratando-se de norma de repetição obrigatória (reprodução), pergunta-se: o que ocorrerá com o curso das ações? Na hipótese de simultaneidade de ações, caso o STF declare inconstitucional a norma estadual, o que ocorrerá com a ADI Estadual? E se o STF confirmar a constitucionalidade da norma? Tem o STF fixado a sua competência para suspender o curso da ação direta proposta perante o tribunal de Justiça, até o julgamento final da ação direta

intentada na corte. Nesse caso, declarada pelo STF a “inconstitucionalidade” da lei ou do ato normativo estadual, a ADI Estadual perde o seu objeto, uma vez que a lei ou ato estadual deixa de ter eficácia no estado. Todavia, se o STF declara a “constitucionalidade” da lei ou do ato normativo estadual perante a Constituição Federal, a ADI Estadual “poderá prosseguir”, a fim de que o tribunal local examine a lei ou o ato normativo estadual em face da constituição estadual, podendo até pronunciar a sua inconstitucionalidade em vista da carta estadual, mas por fundamento distinto daquele utilizado pela Suprema Corte.

## Existência de outras ações do controle concentrado na esfera estadual

A doutrina<sup>41</sup> majoritária defende que as demais ferramentas do controle concentrado (ADO, ADC e ADPF) poderiam ser usadas no controle concentrado na esfera estadual, recorrendo-se ao princípio da simetria. A propósito, o próprio STF admitiu a figura da ADO na esfera estadual (STF, RE 148.283). Quanto à ADC, pelo fato dela possuir a mesma natureza da ADI (em razão do caráter dúplice), não haveria nenhum empecilho. Mas quanto à ADPF, surgem algumas polêmicas, especialmente por conta da impossibilidade de os estados legislarem sobre direito processual. Ainda assim, algumas constituições estaduais – como a do Alagoas (artigo 133) e a do Rio Grande do Norte (artigo 71) – preveem expressamente a competência do TJ para julgar ADPF.

O estudo pode ser ampliado por meio da doutrina do professor Edvaldo Brito, que defende que há dois tipos de controle: o concentrado e o difuso. O controle concentrado ocorre quando só existe um órgão para exercer a função de legislador negativo. E aí os atos são de natureza política. Seria política e jurisdicional, dependendo, para isto, da disciplina jurídica que lhe é dispensada nos diversos estados.

.....  
41 PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. *Direito Constitucional descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 329.

Segundo o autor, no Brasil, o controle é difuso, que se entende como a aptidão outorgada a todos os órgãos da estrutura do Poder Judiciário para apreciar e julgar a arguição de inconstitucionalidade de atos normativos legais e administrativos.

Ele é difuso pois, não somente há a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade no plano jurisdicional, mas também porque qualquer órgão da estrutura do Estado, com atribuição para praticar atos decisórios, seja legislativo ou administrativo, pode agir em conformidade com a Constituição fazendo, pelo seu próprio controle, a seleção entre as normas válidas, recusando aquela flagrantemente ofensiva à Lei Maior, para aplicar aquela que lhe seja compatível, sempre que a antinomia entre elas revelar o conflito.

Quando um órgão da Administração diz, porém, que ele não pode fazer esse controle, é natural que esteja confundindo duas situações: a do controle de constitucionalidade, que exclui a norma do sistema mediante uma declaração, com a desse controle pela via da rejeição em aplicar normas geradoras de feitos opostos aos decorrentes da Constituição.

Controle de constitucionalidade não significa, sempre, declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do ato normativo, mas praticar atos regendo-os com normas que estejam em conformidade com a Constituição.

Então, segundo esse entendimento, não se deve confundir o controle de constitucionalidade pela via da declaração formal própria de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de ato normativo legal ou administrativo atribuída, exclusivamente, aos órgãos jurisdicionais, como acontece, entre nós, com o controle pela via da rejeição em aplicar normas geradoras de efeitos opostos aos da Constituição.

Eis a classificação do controle no Brasil, face ao exercício:

- a) *In abstracto*: é feito por aqueles órgãos que podem, de modo direto e não simplesmente como um incidente – tal como ocorre na hipótese *in concreto* –, declarar a inconstitucionalidade do ato

normativo, excluindo-o do sistema. Vamos, aqui, esquematizar. No controle *in abstracto*, o STF tem a competência para processar e julgar a ADIN de atos normativos legais e administrativos emitidos no âmbito federal ou estadual, em conflito com as normas da Constituição Federal; da mesma forma, a ADC desses mesmos atos, porém emitidos no âmbito federal. Nessa área, como se vê, somente não entram os atos normativos do município. Além da ADIN e da ADC, cabe-lhe a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADIO), a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal. Esses dois últimos procedimentos são, de qualquer maneira, formas de controle de constitucionalidade. Os tribunais de Justiça dos estados exercem também o controle mediante a chamada representação de inconstitucionalidade – mas em face das respectivas constituições estaduais – das leis ou atos normativos desses estados e dos municípios que os integram.

- b) *In concreto*: temos de um lado o órgão; do outro lado, o procedimento. Do lado do órgão: o STF faz o controle *in concreto*, por isso que o sistema é difuso, por meio do recurso extraordinário. Aí é que ele controla as normas municipais, porque elas somente podem subir ao seu exame por esse caminho. Há de incluir-se, nesse controle, o Superior Tribunal de Justiça – porque não se pode admitir a negativa de ele assim proceder –, pois, mediante o recurso especial, é possível questionar a matéria constitucional, o tribunal fazendo o controle pela via da rejeição em aplicar normas geradoras de feitos opostos aos da Constituição.

Os tribunais de Justiça dos estados fazem controle *in concreto* mediante o recurso de apelação, também em face da Constituição Federal. Os tribunais regionais federais e os juízes de 1º grau, no âmbito

das suas respectivas competências, aqueles em grau de recurso, têm a mesma função que atribuímos aos tribunais estaduais.

## **Conclusão**

A maioria das constituições estaduais no Brasil reproduziu extensamente normas da Constituição Federal ou construiu normas fundamentais de seu sistema mediante o emprego de enunciados remissivos à Constituição Federal. Nesse sentido, as normas de imitação e reprodução têm extrema importância para o controle de constitucionalidade nos estados-membros, e recusar a essas normas estaduais, construídas mediante o mecanismo da reprodução, aptidão para servirem de parâmetro de controle, sob o argumento de serem inúteis, esvazia o sistema de controle concentrado de constitucionalidade estadual. Por isso, deve-se admiti-las, mesmo porque o STF limita a possibilidade de interpor recurso extraordinário em sede de controle abstrato estadual – arguição de lei estadual ou municipal em face da constituição estadual – apenas quando a questão envolve norma da Constituição Federal de reprodução obrigatória na constituição estadual. A orientação invoca a Súmula nº 280 para inadmitir recurso extraordinário quando violada simples norma de imitação: “por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

Conclui-se que, em um país cuja Constituição Federal é abrangente, prolixa e minudente, recusar a eficácia a essas normas de reprodução e imitação, como parâmetros de controle de constitucionalidade em âmbito local, é negar o valor normativo da constituição estadual à proteção de valores constitucionais sensíveis e mitigar a jurisdição constitucional estadual.

## Referências

A LEI Fundamental da República Federal da Alemanha, com um ensaio e anotações de Nuno Rogério. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ALMEIDA NETO, M. C. de. *O controle de constitucionalidade das leis municipais: à luz da jurisprudência do STF*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

ALVES, J. C. M. A jurisdição constitucional estadual e as normas constitucionais federais reproduzidas nas constituições dos estados-membros. In: MARTINS, I. G. da S. (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 19-36.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Reclamação nº 370-1/MT. Arguição da inconstitucionalidade de leis estaduais, mediante invocação da Carta local, mas também em contraste com preceitos e princípios da Constituição Federal. Controvérsia acerca da competência para o julgamento da correspondente ação direta. Reclamação tida como procedente, por julgamento concluído em 9 de abril de 1992. Reclamante: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Octavio Gallotti, 9 de abril de 1992. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 120, 29 jun. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 383-3/SP. Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal [...]. Tribunal Pleno. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moreira Alves, 11 de junho de 1992. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, 21 maio 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 733/PI. Reclamação. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para o controle de inconstitucionalidade de Lei Estadual [...]. Tribunal Pleno.



Reclamante: Alípio de Santana Ribeiro. Reclamado: Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 97001467-8 do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator: Min. Ilmar Galvão, 9 de fevereiro de 2000. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 82, 28 abr. 2000a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4432/TO. Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Município de Palmas, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.523, que suspendeu a vigência de dispositivos das Leis Complementares Municipais nºs 107/2004 e 79/2004 e do Decreto Executivo nº 353/2005, que tratam da taxa de coleta de lixo no município. Reclamante: Município de Palmas. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de outubro de 2006. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 195, 10 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário 213.120/BA. Controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal. Pressupostos. Hipótese de normas que fazem mera remissão formal aos princípios tributários constitucionais. Impossibilidade. Relator: Min. Maurício Correa. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, 2 jun. 2000b.

BRITO, E. *Direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2015.

BRITO, E. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 205-224, 2003.

BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

COUTO, C. G.; ABSHER-BELLON, G. L. Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 321-344, 2018. p. 325. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/B349z6yPjNSrShWfgtXyVmD/?lang=pt>. Acesso em: 13 maio 2021.

CUNHA JÚNIOR, D. da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA JÚNIOR, D. da. *O controle de Constitucionalidade no plano estadual e a problemática das normas constitucionais federais repetidas*. JusBrasil, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/208196508/o-controle-de-constitucionalidade-no-plano-estadual-e-a-problematica-das-normas-constitucionais-federais-repetidas#:~:text=nos%20Estados%20membros-,O%20Controle%20de%20Constitucionalidade%20no%20plano%20estadual%20e,das%20normas%20constitucionais%20federais%20repetidas&text=Um%20assunto%20cobrado%20ami%C3%BAde%20em,e%20o%20controle%20concentrado%2Dprincipal>. Acesso em: 13 maio 2021.

CUNHA JÚNIOR, D. da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAZ, A. C. da C. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

HORTA, R. M. *Da autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Gráfica Santa Maria, 1964.

LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MODESTO, P. As normas de reprodução, imitação e remissão como parâmetro de Controle de Constitucionalidade nos Estados-Membros da Federação e o Papel das leis orgânicas municipais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 61, p. 151-162, 2016. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1271410/Paulo\\_Modesto.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1271410/Paulo_Modesto.pdf). Acesso em: 12 maio 2021.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. *Direito Constitucional descomplicado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

SÁNCHEZ VIAMONTE, C. *El poder Constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

TRIGUEIRO, O. *Direito Constitucional estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

# **A INALTERABILIDADE DA COBRANÇA JUDICIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: EFETIVAÇÃO DO ESTATUTO DO CONTRIBUINTE**

*Josiane Minardi  
Carlos Ramos  
Antonio Ali Brito*

## **Introdução**

Muito tem se discutido sobre modos de efetivação das garantias constitucionais do contribuinte, nas relações de cobrança em face do Fisco.

Buscando investigar sobre tal tema, o presente artigo visa analisar como tais direitos, doravante denominados de Estatuto do Contribuinte, serão observados e respeitados nos ambientes de cobrança do crédito tributário: o administrativo e o judicial.

A partir de tal premissa de investigação, analisa-se os fundamentos doutrinários que nos permitem averiguar se a concretização dessas garantias tornaria imprescindível o exaurimento de todas as searas processuais de cobrança para a possibilidade de exercício dos direitos do contribuinte em sua plenitude.

É, portanto, uma pesquisa sobre as repercussões práticas do Estatuto do Contribuinte em todas as fases do processo de positivação da obrigação tributária, atentando-se para a sua importância nas mencionadas garantias constitucionais, que passam a ser abordadas a seguir.

## O Estatuto do Contribuinte

Ensina-nos Edvaldo Brito que o Estado, incluindo-se o brasileiro, é um agente de satisfação das necessidades públicas, porquanto utiliza-se dos meios de organização social com a finalidade de permitir o suprimento de carências humanas – que, se amplificadas, pressupondo a existência da vida em sociedade, passam a constituir, também, necessidades coletivas<sup>1</sup>.

Para tanto, entende ser necessária a atuação do Estado para garantir o bem-estar social, compreendido como a utilização dos recursos públicos para promover a máxima vantagem social; bem como operar em prol do desenvolvimento econômico, no sentido de buscar o desenvolvimento e o progresso a partir do aumento da renda *per capita*.

Assim, o art. 3º da Constituição dispõe que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A esse respeito, lecionam Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos que

a preocupação com o social é uma dimensão inextirpável do Estado moderno. Sobre o que tergiversa é com relação aos meios que haverão de ser postos à disposição desta causa, posto que a imposição em si da erradicação da pobreza está presente em toda a Constituição democrática. Não se pode imaginar que a riqueza sirva apenas a alguns<sup>2</sup>.

- .....
- 1 BRITO, E. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 15, 48, 52.
  - 2 MARTINS, I. G.; BASTOS, C. R. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 446.

Nesse sentido, Aliomar Baleeiro ensina que, para a satisfação dessas necessidades humanas, o “emprego dos meios coativos é essencial para reduzir ou combater os recalcitrantes, quer quanto à abstenção dos atos anti-sociais, quer quanto às prestações positivas ou sacrifícios no interesse público”<sup>3</sup>.

Dentre esses meios coativos estão as receitas públicas, gênero que comporta o tributo, definido no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) como “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”<sup>4</sup>.

A Constituição, entretanto, estabelece limites aos quais o Estado, na cobrança desses tributos, não pode ultrapassar. Cuida de estabelecê-los a Seção II, do Capítulo I, do Título VI, denominada “Das limitações do poder de tributar”.

Clara, também, é a inspiração de Aliomar Baleeiro. O Mestre, anos antes, já argumentava que “a defesa do sistema tributário e do próprio regime político do país processa-se por um conjunto de limitações ao poder ativo de tributar”<sup>5</sup>.

Tais limitações se dão na forma de princípios constitucionais tributários, contidos expressamente no texto da Constituição de 1988. Edvaldo Brito classifica-os da seguinte forma:

- 1) Competência tributária (arts. 145, 147, 148, 149, 153, 154, 155, 156);

.....

- 3 BALEEIRO, A. *Cinco aulas de finanças e política fiscal*. São Paulo: Bushatsky, 1975. p. 23-24.
- 4 BRASIL. Lei n. 5172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 12451, 27 out. 1966.
- 5 BALEEIRO, A. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 2.

- 2) Legalidade (art. 150, I):
  - 2.1) Irretroatividade (art. 150, III, a);
  - 2.2) Anualidade (art. 165, § 2º)
  - 2.3) Anterioridade (art. 150, III, b);
    - 2.3.1) Espera nonagesimal (ar. 150, III, c);
  - 2.4) Tipicidade (art. 145, I a III e 146, III);
  - 2.5) Eficácia da lei complementar (art. 146);
- 3) Isonomia (art. 150, II);
  - 3.1) Capacidade contributiva (art. 145, § 1º);
- 4) Proibição de efeito confiscatório (art. 150, IV);
- 5) Garantia da unidade econômica e social (arts. 150, V, 151, I e II, 152);
- 6) Imunidade (art. 150, VI)<sup>6</sup>.

Assim, elucidou que o conjunto de tais princípios constituiria o chamado Estatuto do Contribuinte, a fim de

instituir para o particular uma garantia de que o acesso ao seu patrimônio, pela via da tributação, será feita com respeito, ao qual se vinculam todos os entes políticos e administrativos do Estado e, por isso, eles se constituem em prerrogativas dos particulares na categoria dos direitos subjetivos públicos e, assim, são oponíveis erga omnes, são invocáveis, pois, perante e contra

.....  
6 BRITO, E. *Direito Tributário*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 34.

o legislador, o juiz ou a autoridade administrativa estreitamente vinculados na sua aplicação<sup>7</sup>.

É de se ressaltar que o Estatuto do Contribuinte não se exaure em tais princípios. Ao revés: toda e qualquer garantia constitucional que tiver alguma repercussão jurídica que importe na proteção do contribuinte em face do poder estatal de cobrar tributos está, também, nele contido.

Compõem, portanto, o chamado “cerne infrangível da Constituição”<sup>8</sup>.

Daí afirmar, com Celso Ribeiro Bastos, que, no caso da Constituição Brasileira de 1988, para que ela seja adicionada de alguma norma com natureza constitucional, deverão ser observadas algumas limitações que visem a preservação de tal cerne<sup>9</sup>.

Importa-nos observar as limitações materiais, listadas nos incisos do § 4º do art. 60 da CF/88 (a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais).

Este último limite, qual seja, a preservação dos direitos e garantias individuais, não foge, portanto, de todas as normas anteriormente narradas, que, se não podem ser sequer alteradas pela via de Emenda Constitucional, não poderiam, por conseguinte, ser objeto de descumprimento de quaisquer agentes estatais, que devem respeito a esse Estatuto do Contribuinte.

Não são, portanto, meras descrições que disciplinam a coatividade da tributação, mas, sim, parâmetros conformadores de toda a legislação tributária (art. 96 do CTN), abrangendo-se todo o seu regramento, bem como a sua vigência, aplicabilidade, interpretação e integração,

7 BRITO, 2016, p. 50.

8 FERREIRA FILHO, M. G. *O Poder Constituinte*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 249.

9 BASTOS, C. R. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 22.

dando, portanto, segurança jurídica ao cidadão em face do qual essa legislação venha a ser aplicada<sup>10</sup>.

Arremata, nesse sentido, Geraldo Ataliba, ao afirmar que “certeza, confiança, lealdade, autorização, consentimento, segurança, previsibilidade, representatividade – república, enfim – dão consistência e dimensão densas ao chamado princípio da certeza do direito”<sup>11</sup>, entendendo que o prévio conhecimento da lei é essencial ao cidadão para que possa tomar as suas decisões acerca de assuntos, sobretudo, que venham a interferir na sua esfera jurídica por meio da intervenção estatal. É o caso da obrigação tributária, que será, a seguir, estudada.

## Da positivação da obrigação tributária

Quando se refere a uma relação, independentemente de ser ela jurídica ou não, sabe-se que tem um início, meio e fim.

Orlando Gomes define-a como o “vínculo entre dois ou mais sujeitos que obriga um deles, ou os dois, a ter certo comportamento”, constituindo, portanto, “o poder de uma pessoa sobre determinada coisa”, que recebe “efeitos jurídicos que nascem da sua constituição, consistentes em direitos e deveres”<sup>12</sup>.

No Direito Tributário é essencial compreender como se instaura a relação jurídica entre os sujeitos, desde o início (com o nascimento da chamada obrigação tributária), meio (os caminhos percorridos para que haja a satisfação de um crédito tributário posteriormente constituído), até a extinção desta relação.

10 GRAU, E. *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. p. 59.

11 ATALIBA, G. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 187.

12 GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 73-74.



Edvaldo Brito divide esse *iter* em três fases<sup>13</sup>. Na primeira fase, temos o crédito tributário existente (art. 113, § 1º do CTN), que é etapa na qual observamos a hipótese de fato gerador prevista na lei (fonte imediata) estar em concatenação com o mundo dos fatos concretos (fonte mediata), ou como chamaria Emilio Betti, a *fatispécie*, da qual decorre a obrigação tributária, ou seja, a determinação do dever jurídico-tributário em face do contribuinte<sup>14</sup>.

Na segunda, por meio do lançamento (art. 142 do CTN), constitui-se o crédito tributário, que se torna exigível. Entende-se, com José Souto Maior Borges, que “se a relação entre a Fazenda Pública e alguém obrigado a prestar o tributo for considerado um direito do Fisco em face do dever do obrigado, o crédito tributário consistirá apenas numa especificação dos direitos de crédito”<sup>15</sup> do Fisco, para que possa exigir tal crédito em face do contribuinte.

Na terceira fase, o crédito se torna exequível ou executável mediante a sua inscrição como dívida ativa tributária, oriunda da inadimplência do devedor em razão do esgotamento do prazo para seu pagamento determinado por lei ou decisão final proferida em processo regular.

Paulo de Barros Carvalho<sup>16</sup> denomina tal percurso como processo de positivação da obrigação tributária, em razão da ausência de

.....  
13 BRITO, E. *Direito tributário e constituição: estudos e pareceres*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 136-139.

14 BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1, p. 23.

15 BORGES, J. S. M. *Lançamento Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 45.

16 “Na hierarquia do direito posto, há forte tendência de que as normas gerais e abstratas se concentrem nos escalões mais altos, surgindo as gerais e concretas, individuais e abstratas e individuais e concretas à medida que o direito vai se positivando, com vistas à regulação efetiva das condutas interpessoais. Caracteriza-se o processo de positivação exatamente por esse avanço em direção aos comportamentos das pessoas. As normas gerais e abstratas, dada a sua generalidade e posta sua abstração, não têm condições efetivas de atuar num caso materialmente definido. Ao projetar-se em direção à região das interações sociais, desencadeiam uma continuidade de regras que progridem para atingir o caso especificado. E nessa sucessão de normas, baixando incisivamente para o plano das condutas efetivas, que chamamos ‘processo de positivação do direito’, entre duas unidades estará sempre o ser humano praticando aqueles

condições efetivas das normas jurídicas para atuar em casos concretamente definidos, por isso dizer-se que, da sua materialização nessas situações particulares, desencadeia-se um plexo de regras que progridem para regular tais casos.

É a partir da Constituição Federal que se instaura o processo de positivação da obrigação tributária, ou seja, o início das etapas que serão percorridas para satisfação do crédito tributário pelo Fisco. Isso porque o Texto Maior é o veículo normativo que contém as regras inaugurais que prescrevem sobre a competência legislativa e tributária, de modo a autorizar a ação tributária do Estado.

Encontramos enunciados que autorizam aos entes federativos criarem os tributos, bem como disposições que condicionam o exercício da competência ao atendimento de valores ou limites objetivos, regras para que sejam produzidos deveres instrumentais, critérios para a constituição, suspensão e extinção do crédito tributário.

A Constituição Federal, por sua vez, não cria tributos, outorga essa faculdade para que os entes federativos o façam. A norma introduzida no ordenamento jurídico, no entanto, deverá guardar identidade da norma jurídica de competência tributária.

O exercício da competência tributária por cada uma das pessoas políticas implica na produção da norma jurídico-tributária, que se caracteriza por ser uma regra de comportamento que disciplina a relação jurídica obrigacional entre o devedor – ao qual é imposta a prestação compulsória – e o Fisco – o titular do crédito.

O legislador, ao criar o tributo, deverá descrever a regra-matriz de incidência tributária, pois é a partir dela que se possibilita ao cientista do direito o conhecimento do tributo, na medida em que proporciona

---

fatos conhecidos como fontes de produção normativa. Vale repetir que é o homem que movimenta as estruturas do direito, sacando de normas gerais e abstratas outras gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas e individuais e concretas, para disciplinar juridicamente os comportamentos intersubjetivos". CARVALHO, P. de B. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 60-61.

a verificação das características comuns e essenciais para imposição da norma jurídica de incidência.

Paulo de Barros Carvalho<sup>17</sup> afirma, ao conceituar a sua regra-matriz de incidência justamente como a norma geral e abstrata, que, por meio dessas intervenções do particular, veiculam-se repercussões concretas em face dos indivíduos.

Assim sendo, pode-se afirmar que uma lei descreve hipoteticamente um estado de fato e dispõe que a realização concreta, no mundo fenomênico, do que foi descrito, determina o nascimento de uma obrigação de pagar um tributo<sup>18</sup>.

A partir da análise dos critérios que compõem a regra-matriz de incidência tributária, é possível identificar o fato fenomênico juridicamente relevante quando da sua ocorrência e, ainda, a relação jurídica a ser instaurada pelo conseqüente normativo.

Paulo de Barros Carvalho elenca que são três os critérios necessários e suficientes para o reconhecimento do fato, que devem compor o antecedente da norma tributária. São eles: o critério material, o temporal e o espacial.

Com relação ao conseqüente, entende o autor que são apenas dois os critérios necessários para identificar o aparecimento de uma relação jurídica: o critério pessoal, que apontará quem são os sujeitos da relação jurídica, e o critério quantitativo, em que se encontrará referências de grandezas mediante as quais o legislador pretendeu dimensionar o fato jurídico-tributário<sup>19</sup>.

.....  
17 A regra-matriz de incidência tributária é a norma geral e abstrata que atinge as condutas intersubjetivas por intermédio do ato jurídico-administrativo de lançamento ou de ato do particular, veículos que introduzem no sistema norma individual e concreta. Uma ordem jurídica não se realiza de modo efetivo, motivando alterações no terreno da realidade social, sem que os comandos gerais e abstratos ganhem concreção em normas individuais. Cf. CARVALHO, 2015, p. 62.

18 ATALIBA, G. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53.

19 CARVALHO, 2015, p. 278.

A partir do momento que ocorrer no mundo fenomênico o que está previsto na lei que criou o tributo, instaura-se a relação jurídico-tributária. De um lado, está o sujeito competente, que assume a posição de sujeito ativo e passa a ter o direito de exigir o cumprimento da obrigação, enquanto do outro está o sujeito passivo que tem o dever de cumpri-la.

Tácio Lacerda Gama<sup>20</sup> afirma que o sujeito competente é aquele que também pode exigir a constitucionalidade da norma criada por ele, isso porque o agente que a prescreve o faz presumindo a compatibilidade da sua enunciação com o sistema jurídico em que está ela contida.

A relação jurídica instaurada com o surgimento da obrigação tributária dá início à etapa de satisfação da imposição tributária de cobrança do crédito. Ocorre a partir do momento em que há o comportamento social no plano da realidade daquilo que está descrito na norma como hipótese de incidência tributária e um sujeito para realizar a subsunção do fato à norma.

Frente à obrigação tributária instaurada, o direito subjetivo do credor da dívida de exigi-la estrutura-se no crédito tributário que será constituído por meio do lançamento tributário, atividade administrativa plenamente vinculada à lei.

Uma vez constituído o crédito tributário, este poderá ser exigido pelo sujeito ativo, uma vez que a obrigação se torna líquida e certa (tem-se aqui o meio da relação jurídico-tributária).

.....

20 "A contraface desse direito é a responsabilidade pela norma criada. Com efeito, sempre que se pretenda obstar à produção dos efeitos prescritivos de uma norma jurídica, abre-se oportunidade ao agente enunciadador – sujeito ativo da competência – para se manifestar, argumentando em favor da compatibilidade da norma com o sistema jurídico e, em especial, com a norma que lhe serve de fundamento de validade. Sempre que se argumente pela invalidade – o gênero –, o agente enunciadador poderá ser chamado a se manifestar preservando o seu direito de ver mantido o texto de direito positivo por ele criado, existindo e, assim, regulando condutas". Cf. GAMA, T. L. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Noeses, 2011. p. 81.

O sujeito competente (sujeito ativo) passa a ter, portanto, um crédito tributário existente, exigível.

Como bem elucida Edvaldo Brito<sup>21</sup>, o crédito tributário é existente, pois se configura na realidade social uma situação que foi descrita, em abstrato, por uma norma legal e será exigível a partir do lançamento, do qual decorrem todos os efeitos jurídicos que dela decorrem, em virtude do nascimento do crédito tributário.

Assim, o sujeito passivo deverá pagar o crédito, sob pena de sofrer os efeitos de mora.

O artigo 156 do CTN prevê 11 causas extintivas do crédito tributário, sendo o pagamento a mais comum e de fácil verificação que o sujeito passivo cumpriu com o dever que lhe fora cometido pelo direito posto.

Com o pagamento do tributo, presume-se extinta a obrigação tributária e encerrada a relação jurídica (etapa final). O evento do pagamento por si, no entanto, não é suficiente para extinguir a obrigação, visto que essa só desaparecerá quando esse fato for passado em linguagem, surgindo o “documento de quitação” ou “recibo de pagamento”. Como leciona Paulo de Barros Carvalho:

Quem exercitar a ação física-material do pagamento e não obtiver a linguagem competente que a comprove, sabe-se, não quitou juridicamente a dívida, cabendo-lhe o muitas vezes penoso trabalho de produzir a correspondente prova, que será, forçosamente, reduzida a linguagem, mantendo-se a índole documental<sup>22</sup>.

.....  
21 “É que, acontecido o fato, há um procedimento para verificar se nele estão todas as partes definidas, em abstrato, pela norma como componentes da figura, desde quando com essa ocorrência surgem, também, os efeitos jurídicos relacionados com os direitos subjetivos e deveres jurídicos, com prerrogativas e ônus; ocorrido, enfim, o fato com todos os componentes da figura normativa, nasce, efetivamente, o crédito tributário que passa a ser existente”. BRITO, E. *Ampla Defesa e competência dos órgãos julgadores administrativos para conhecer de argumentos de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de atos em que se fundamentem autuações*. In: ROCHA, V. de O. (coord.). *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1995. p. 46.

22 CARVALHO, 2015, p. 272-273.

Da forma como exposto até o momento, tem-se o que podemos chamar de relação jurídico-tributária perfeita. Perfeita porque se vislumbra a sequência desejada do ciclo da posituação da obrigação tributária, com início, meio e o fim almejado, qual seja, a quitação da dívida pecuniária.

Ocorre, no entanto, que nem sempre é o que acontece, uma relação jurídico-tributária perfeita. Primeiro, porque o legislador infraconstitucional pode interpretar equivocadamente o texto constitucional, criando um tributo em desconformidade com sua competência tributária ou ainda sem observar os limites do seu exercício; sendo, portanto, um tributo inconstitucional. Em segundo lugar, embora a lei que instituiu o tributo esteja de acordo com a Constituição Federal, o aplicador da regra pode decifrá-la de forma desacertada, acarretando um aparente direito subjetivo para o sujeito ativo ou ainda inexistente, com incidência nula. E, em terceiro lugar, pode-se ter a construção da obrigação tributária em consonância com o direito posto, a Constituição Federal e as normas infralegais, mas o inadimplemento pelo sujeito passivo.

Nas três hipóteses anteriormente mencionadas, uma vez praticado no mundo fenomênico exatamente o que prevê a norma jurídica, surgirá a obrigação tributária (início da relação jurídico-tributária) e será constituído o crédito tributário para que seja quitado.

A autoridade administrativa, ao realizar o lançamento tributário, dará ciência ao sujeito passivo por meio da notificação de lançamento.

Ao receber a notificação de lançamento, o sujeito passivo poderá pagar a importância que lhe é cobrada de forma imediata e sem contestar; impugná-la na esfera administrativa ou judicial; ou, ainda, ignorá-la.

Se o contribuinte impugnar o lançamento tributário na esfera administrativa, impedirá momentaneamente que o Fisco busque a tutela jurisdicional para ver satisfeito o seu crédito tributário, já que

o art. 151, III do CTN preceitua que os recursos e reclamações na esfera administrativa suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

O crédito tributário também estará com a exigibilidade suspensa se o contribuinte, na esfera judicial, realizar o depósito do montante integral ou lhe for concedida uma liminar ou tutela provisória, segundo prevê o art. 151, II, IV e V do CTN.

Agora, se o contribuinte se mantiver inerte ante a notificação do lançamento ou ainda percorrer toda a instância administrativa e obtiver uma decisão irreformável contrária aos seus interesses e não buscar o Poder Judiciário, o Fisco deverá cobrá-lo judicialmente, por meio de execução fiscal que oportunizará ao sujeito passivo sua defesa, em respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório, dentre outros que serão analisados no presente capítulo.

Para instruir a ação de cobrança do Fisco na esfera judicial, será necessária a emissão de um título executivo, que é a certidão em dívida ativa (CDA). O art. 202 do CTN estabelece que o termo de inscrição em dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, deverá indicar obrigatoriamente: a) o nome do devedor e, sendo o caso, o dos responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; b) a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; c) a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; d) a data em que foi inscrita; e) sendo o caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Edvaldo Brito define que o crédito é exequível quando: “já sendo exigível, o sujeito passivo não o satisfaz e o sujeito ativo, que já promoveu a liquidação da obrigação, durante o procedimento de lançamento, promove, agora, a última fase do crédito que é a sua inscrição como dívida ativa”<sup>23</sup>.

.....  
23 BRITO, 2016, p. 50.

Como se pode verificar, a inscrição em dívida ativa se trata de um ato da autoridade administrativa, que será elaborado de acordo com as suas próprias conclusões, resultante da sua leitura e interpretação do direito posto, sem qualquer interferência do sujeito passivo.

Assim, tem-se que o sujeito competente, sujeito ativo diante do crédito tributário existente, exigível e exequível irá cobrar do sujeito passivo como se fosse uma relação unilateral, unissubjetiva em que aquele cria o tributo e o cobra segundo as suas intenções.

Para evitar uma cobrança indevida em uma relação jurídica em que há bissubjetividade, como é a relação jurídico-tributária, é inadmissível que a cobrança do crédito tributário não passe sobre o crivo do Poder Judiciário, conforme resguardado pela Constituição Federal.

## **A imprescindibilidade do Judiciário na efetivação do Estatuto do Contribuinte**

Verificadas as principais premissas a respeito da competência da Fazenda Pública para a cobrança do crédito tributário, é interessante examinar a existência de certos limites ao exercício de tais poderes.

Como visto no item 2, o poder estatal de tributar, enquanto um aspecto ou parcela da soberania estatal<sup>24</sup>, não é ilimitado, sobretudo porque, nas palavras de Hugo de Brito Machado, a relação de tributação é necessariamente uma relação jurídica, não podendo ser considerada simplesmente uma relação de poder<sup>25</sup>.

Como leciona Edvaldo Brito, é inegável que a Carta Magna concede ao sujeito passivo tributário, enquanto ferramenta voltada à limitação de tais poderes, uma série de prerrogativas – sob a forma de princípios-garantia, categorizadas como direitos subjetivos públicos e,

24 MACHADO, H. de B. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.

25 MACHADO, 2009, p. 33.



desse modo, detentoras de efeitos *erga omnes* – que, em conjunto, comporão o já analisado Estatuto do Contribuinte<sup>26</sup>.

Em outras palavras, tais normas não só são impositivas a todos – incluindo agentes públicos administrativos, legislativos ou judiciais –, como também, diante de suas raízes constitucionais e sua elevação ao caráter de garantia fundamental, não podem ser livre objeto de supressão normativa.

Como dito, embora a Constituição tenha reservado seção específica para nominalmente tratar de tais limitações, isso não impede que outras restrições – de igual teor constitucional – também exerçam necessária influência<sup>27</sup> sobre a atuação não só da Administração Pública, mas também do próprio legislador tributário, em respeito a uma noção sistemática das normas constitucionais e do princípio hermenêutico da unidade da Constituição<sup>28</sup>.

Se por um lado, diante do princípio da supremacia da Constituição, as normas constitucionais são hierarquicamente superiores e, desse modo, legitimam a validade daquelas infraconstitucionais<sup>29</sup>, por outro, determinadas normas, justamente por conta do elevado grau de proteção que o ordenamento pátrio lhes confere, vinculam o próprio exercício da

.....  
26 BRITO, 2016, p. 278-279.

27 BRITO, 2016, p. 826.

28 A correlação entre a interpretação sistemática e a noção de unidade constitucional é destacada de forma elucidativa por Luís Roberto Barroso, mediante a seguinte pontuação: “A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia (sic) de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o *princípio da unidade da Constituição* [...]. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente”. BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141.

29 SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 47-48

competência para a reforma constitucional<sup>30</sup> (ou do poder constituinte reformador ou de reforma, como se refere parcela da doutrina)<sup>31</sup>.

Nesse sentido, a ideia de proteção de direitos e garantias fundamentais<sup>32</sup>, algo presente em vários momentos ao longo da Lei Magna, tem no seu art. 60, § 4º, IV um dos seus ápices, mais notadamente com a limitação expressa material<sup>33</sup> – por meio da elevação destas ao patamar de cláusula pétrea – da apreciação pelo Congresso Nacional de proposta de emenda tendente a aboli-las<sup>34</sup>.

Debruçando-se sobre o caso da cobrança da dívida pública, os agentes estatais (quando do exercício das funções típicas ou atípicas a eles correlatas) precisam estar necessariamente atentos a tais garantias.

Nessa lógica, destaca-se, primeiramente, o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou da proteção judiciária, trazido no art. 5º, inciso

.....  
30 BRITO, E. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 34.

31 Neste sentido, por exemplo, MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 173-195.

32 Embora o texto constitucional utilize a expressão “direitos e garantias individuais”, sustenta-se aqui como equivocada a interpretação de que o *status* de cláusula pétrea se restringiria apenas aos direitos fundamentais individuais (ou seja, apenas à espécie “individuais”, e não a todo o gênero “direitos fundamentais”), havendo, em verdade, uma “lacuna de formulação” como afirmado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco (2018, p. 190): “Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma ‘lacuna de formulação’, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais”.

33 MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1056-1057.

34 Registre-se que, em uma interpretação voltada à máxima eficácia da Constituição, o signo “abolir”, neste caso, não se refere apenas a uma eventual tentativa de eliminação integral de direito ou garantia fundamental, devendo-se entender como materialmente vedada toda mudança que implique na redução, mesmo que de forma tópica, da proteção a elas constitucionalmente conferida. Por exemplo, não é passível ao “constituinte derivado, [...] contra garantia expressa no rol das liberdades públicas, permitir que, para determinada conduta (e. g., assédio sexual), fosse possível retroagir a norma iincriminante”. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 189)

XXXV, em referência à impossibilidade de exclusão da apreciação do Poder Judiciário, pela lei, de lesão ou ameaça a direito.

Analisando-o em conjunto com outras garantias processuais (seja dele decorrentes ou que aparecem de forma autônoma dentre os dispositivos da Constituição) – a exemplo do devido processo legal ou do contraditório e da ampla defesa, nos termos do seu art. 5º, LIV –, verifica-se a imprescindibilidade de observância a tais normas como requisito constitucional para que alguém seja privado dos seus bens ou de sua liberdade, em nítido consectário da influência da Carta Magna inglesa<sup>35</sup>, assegurando-se ao contribuinte verdadeiro<sup>36</sup> processo.

Dessa forma, mais do que um método de criação de normas jurídicas (ou um ato jurídico complexo, ou ainda uma mera relação jurídica)<sup>37</sup>, o processo é um direito fundamental do contribuinte, algo manifesto não só sob o ângulo do acesso à justiça, mas também no que se refere à garantia de que certos atos apenas decorram de uma autorização consignada no competente pronunciamento do Estado-Juiz.

Em outras palavras, à luz da compreensão do processo – enquanto uma relação jurídica triádica instrumental<sup>38</sup> – como o mecanismo escolhido pelo Constituinte para a “produção de normas resolutivas de conflitos de interesses substanciais [...], cuja característica principal reside na substituição da vontade das partes litigantes pela vontade

.....  
35 SILVA, 2016, p. 434-435.

36 Em tom de reforço, José Afonso da Silva menciona apontamento feito por José Frederico Marques, no sentido de que, havendo a salvaguarda de tais direitos, garante-se o processo, “e, quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”. (MARQUES, [196-?], p. 71 *apud* SILVA, 2016, p. 435)

37 Vide as múltiplas perspectivas que podem ser atribuídas ao termo “processo”. DIDIER JR., F. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 1, p. 40-45.

38 PRIA, R. D. O direito ao processo. In: CONRADO, P. C. (coord.). *Processo Tributário Analítico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2015. v. 1, p. 9-42. p. 15.

imparcial do Estado-Juiz”<sup>39</sup>, resta embutida, junto a tal garantia fundamental, a premissa de que as disputas por um bem da vida precisam, em determinados casos, ser apreciadas por um terceiro imparcial.

Como visto, a ideia da necessidade de autorização judicial deriva justamente da detecção de um necessário maior grau protetivo no caso de relações jurídicas atreladas a algumas das normas tidas por fundamentais, a exemplo do direito à propriedade (art. 5º, XXII e 170, II da CF), da livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único da CF) e da vedação ao confisco (art. 150, IV da CF).

Desse modo, elas acabam por não só servir como substrato à necessária observância das garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional e do devido processo legal, como também são consideradas garantias fundamentais em si mesmas, exercendo uma espécie de dupla influência sobre o intérprete jurídico e o legislador tributário.

Pormenorizando ainda mais a questão referente à cobrança da dívida pública, é preciso consignar dois aspectos de extrema relevância, que colocam tal procedimento fiscal em patamar distinto das demais atividades administrativas, quais sejam, dois dos quatro<sup>40</sup> atributos clássicos dos atos administrativos: a presunção de legitimidade e a autoexecutoriedade (ou executoriedade).

A despeito dessa regra geral, o procedimento de lançamento tributário, como ensina Edvaldo Brito<sup>41</sup>, diante de suas peculiaridades – *v.g.*, a soberania que lhe é inerente e o fato de decorrer do exercício de um direito potestativo do Fisco – não é detentor de presunção de legitimidade ou autoexecutoriedade.

Assim, embora figure dentre as prerrogativas legais concedidas à autoridade fiscal, diante da existência do crédito, aquelas de tornar

.....  
39 PRIA, 2015, p. 16.

40 Além da autoexecutoriedade e da presunção de legitimidade/veracidade, tem-se a imperatividade e a taxatividade. DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 238-243.

41 BRITO, 2016, p. 278.

líquida a obrigação, assim como exigível e exequível o crédito tributário<sup>42</sup> – este último, lembre-se, mediante a sua inscrição em dívida ativa – é vedado à Fazenda Pública realizar sua execução forçada, sem a propositura de medida judicial cabível.

Ademais, ainda que seja possível registrar a parcial discordância, em face do quanto anteriormente exposto, por Paulo de Barros Carvalho, para quem o lançamento possui presunção relativa de legitimidade, é importante consignar que ambos os autores concordam com o aspecto central da linha ora defendida, justamente, no sentido de que a executoriedade (ou autoexecutoriedade, para o primeiro) do crédito apenas pode constitucionalmente ocorrer na esfera judicial, sendo inevitável ao Fisco pleitear em juízo a sua intervenção no patrimônio do devedor<sup>43</sup>.

Esclareça-se que, de todo modo, não se está aqui a desmerecer a presunção de certeza – salvaguardada pela Código Tributário Nacional (CTN) e pela Lei de Execuções Fiscais (LEF) – atribuída à certidão de dívida ativa – momento em que o crédito, além de existente e exigível, também é judicialmente exequível – como um produto de procedimento administrativo prévio em que, normalmente, houve a participação do sujeito passivo (ou, ao menos, lhe foi facultada), em apreço à ampla defesa e ao contraditório (de observância igualmente necessária<sup>44</sup> nos termos do art. 5º, LV da CF).

Ocorre que tal presunção é indiscutivelmente relativa<sup>45</sup>, isto é, nos termos dos próprios parágrafos únicos dos arts. 204 do CTN e 3º da LEF, as conjecturas administrativamente firmadas sobre aquele crédito podem prontamente ruir diante da construção e exposição, pelo interessado, de lastro probatório suficientemente apto para tal fim.

.....  
42 BRITO, 2016, p. 279.

43 CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 496.

44 MORAES, 2016, p. 186.

45 BRITO, 2016, p. 228; CARVALHO, 2019, p. 598.

É exatamente diante desse caráter relativo que se defende maior cautela quando da realização – e aqui compreenda-se tanto a sua previsão pelo legislador como sua implementação pelo credor tributário – de determinados atos componentes do cada vez mais expansivo rol dos “meios de cobrança extrajudicial da dívida pública”, compreendidos como as “diversas modalidades alternativas e complementares ao simples ajuizamento da ação fiscal, entre elas o protesto da CDA nos cartórios extrajudiciais e a inclusão do nome dos devedores nos diversos cadastros de inadimplentes”<sup>46</sup>.

Tais atos, embora até possam provocar efeitos diretos distintos, possuem um desiderato reflexo comum: servir de meio coercitivo (e, na imensa maioria das vezes, político-sancionatório) ao pagamento do crédito pelo seu pretense devedor.

Esclareça-se, de antemão, que de modo algum se está aqui a defender a inadimplência fiscal. Se, por um lado, sustenta-se que o contribuinte deve ter o seu direito fundamental de propriedade protegido por meio de interpretação jurídica que lhe seja favorável – devendo ser compelidas todas as intervenções fiscais ilegítimas sobre o seu patrimônio, em apreço especial, *v.g.*, ao Estatuto do Contribuinte – por outro, não se desconsidera o dever do contribuinte, igualmente relevante, em direcionar fração do seu patrimônio ao adimplemento dos créditos tributários por ele adequadamente devidos, em apreço às noções de justiça fiscal.

Entretanto, ainda que se busque a efetividade da satisfação da dívida pública, não se pode esquecer que a atuação estatal deve se pautar nos

.....  
46 CASTELLANI, F. F. Novas formas de cobrança do crédito tributário: call center, serasa e protesto. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS: RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO, 14., 2017, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2017. p. 389-415. p. 390. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/novas-formas-de-cobranca-do-credito-tributario-call-center-serasa-e-protesto-por-fernando-f-castellani/>. Acesso em: 21 set. 2021.

desdobramentos da noção de Estado Democrático de Direito, enquanto princípio fundamental<sup>47</sup> emanado pela Constituição Federal.

Por conta do seu potencial lesivo aos direitos fundamentais do contribuinte, defende-se que os meios de cobrança do crédito tributário precisam, antes de serem implementados pelo Fisco, necessariamente ser examinados pelo Poder Judiciário, para que este último possa, de forma imparcial, refletir sobre a autorização da medida requerida, sob pena de, sem uma análise imparcial prévia, tais métodos se tornarem meramente atos unilaterais arbitrários da Administração Pública.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) travou interessantes discussões sobre a temática quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.881, 5.886, 5.890, 5.925, 5.931 e 5.932<sup>48</sup>, tendo por objeto a alegação de incompatibilidade

.....  
47 CUNHA JÚNIOR, D. da. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 462.

48 Confira-se a ementa completa: "Direito Constitucional, tributário e processual civil. Ações diretas de inconstitucionalidade. Averbação da Certidão de Dívida Ativa (CDA) em órgãos de registro e indisponibilidade de bens do devedor em fase pré-executória. 1. Ações diretas contra os arts. 20-B, § 3º, II, e 20-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº Lei nº 13.606/2018, que (i) possibilitam a averbação da certidão de dívida ativa em órgãos de registros de bens e direitos, tornando-os indisponíveis, após a conclusão do processo administrativo fiscal, mas em momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal; e (ii) conferem à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o poder de editar atos regulamentares. 2. Ausência de inconstitucionalidade formal. Matéria não reservada à lei complementar. Os dispositivos impugnados não cuidam de normas gerais atinentes ao crédito tributário, pois não interferem na regulamentação uniforme acerca dos elementos essenciais para a definição de crédito. Trata-se de normas procedimentais, que determinam o modo como a Fazenda Pública federal tratará o crédito tributário após a sua constituição definitiva. 3. Constitucionalidade da averbação da certidão de dívida ativa em registros de bens e direitos em fase anterior ao ajuizamento da execução fiscal. A mera averbação da CDA não viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a reserva de jurisdição e o direito de propriedade. É medida proporcional que visa à proteção da boa-fé de terceiros adquirentes de bens do devedor, ao dar publicidade à existência da dívida. Além disso, concretiza o comando contido no art. 185, caput, do Código Tributário Nacional, que presume 'fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa'. Tal presunção legal é absoluta, podendo ser afastada apenas 'na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita'. 4. Inconstitucionalidade material

material e formal dos arts. 20-B, § 3º, II e 20-E da Lei nº 10.522/2002 (redação da Lei nº 13.606/2018) com a Ordem Constitucional vigente.

Os dispositivos em questão permitiam a) a averbação da CDA em órgãos registrares de bens e direitos, seguida das suas indisponibilidades; e b) a possibilidade de regulamentação de tais atos pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Ao presente capítulo, interessa apenas a análise material do item a), uma vez que este se refere ao exame da constitucionalidade de medida coercitiva de pagamento tributário.

Ademais, conquanto inexistente a pretensão de esgotar os argumentos levantados em meio ao referido julgamento – pois não é esta a finalidade central deste exame – opta-se pela breve exposição dos três pontos de vista dominantes quando da apreciação das ações constitucionais supracitadas.

Começando pelo ministro Marco Aurélio, que, em voto vencido, argumentou, além de outros pontos, que a norma impugnada, em desvirtuamento do sistema de cobrança de créditos pela Fazenda Nacional, faz referência à chamada “averbação pré-executória”, prevendo espécie de “execução administrativa dos débitos” em contrariedade à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal<sup>49</sup>.

.....  
da indisponibilidade de bens do devedor na via administrativa. A indisponibilidade tem por objetivo impedir a dilapidação patrimonial pelo devedor. Todavia, tal como prevista, não passa no teste de proporcionalidade, pois há meios menos gravosos a direitos fundamentais do contribuinte que podem ser utilizados para atingir a mesma finalidade, como, por exemplo, o ajuizamento de cautelar fiscal. A indisponibilidade deve respeitar a reserva de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, por se tratar de forte intervenção no direito de propriedade. 5. Procedência parcial dos pedidos, para considerar inconstitucional a parte final do inciso II do § 3º do art. 20-B, onde se lê ‘tornando-os indisponíveis’, e constitucional o art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, ambos na redação dada pela Lei nº 13.606/2018”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5881. Direito Constitucional, tributário e processual civil. Ações diretas de inconstitucionalidade. Averbação da Certidão de Dívida Ativa (CDA) em órgãos de registro e indisponibilidade de bens do devedor em fase pré-executória [...]. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 9 de dezembro de 2020. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 291, 11 dez. 2020.

49 BRASIL, 2020, p. 13.



O ministro ainda qualificou a medida como uma espécie de sanção política ao não pagamento do tributo, em prejuízo desarrazoado à liberdade econômica.

Em contraponto igualmente derrotado, o ministro Dias Toffoli consignou que a indisponibilidade, diferente da inalienabilidade, refere-se à eficácia do negócio jurídico (e não à validade), nesse caso, apenas em relação à dívida que motivou a medida. Ele pondera que o contraditório e a ampla defesa são assegurados administrativamente, que não há dano ao direito de propriedade ou à liberdade econômica, bem como que não existe reserva de jurisdição especificamente ao caso.

De forma distinta a ambos, tem-se o voto médio do ministro Luís Roberto Barroso, que acabou se sagrando vencedor ao analisar de forma individual a) a averbação e b) a indisponibilidade.

Quanto à primeira, embora confesse que a Fazenda a realiza “como uma forma de induzir ao pagamento” do tributo, para ele, a medida se revela como “mero alerta a terceiros”, sendo, assim, constitucional e proporcional a tal finalidade de advertência<sup>50</sup>.

Todavia, já em relação à segunda, ele a pondera como uma “restrição a parte substantiva do direito de propriedade [...]”, bem como afirma não ver sentido em o Fisco querer manejá-la administrativamente, quando pode fazê-lo, segundo ele, sem grandes dificuldades, via execução fiscal ou cautelar fiscal. Assim, essa é inconstitucional, ao não passar “no teste de proporcionalidade quanto ao subprincípio necessidade”, uma vez que “há meios menos gravosos a direitos fundamentais do contribuinte”<sup>51</sup>.

Apesar do quanto majoritariamente decidido no âmbito da Excelsa Corte, registramos aqui a nossa parcial divergência, justamente no sentido de que, analisando a averbação e a indisponibilidade, seja de

.....  
50 BRASIL, 2020, p. 106.

51 BRASIL, 2020, p. 116-117.

modo individual, seja de forma conjunta, nenhuma delas deveria ser implementada autonomamente pelo Fisco.

Relembra-se que, por se tratar de crédito tributário que tão somente passou pelo processo administrativo anterior à inscrição em dívida ativa, a sua certeza possui, no máximo, um caráter meramente relativo e, com isso, em outras palavras, se quer dizer: o contribuinte não conseguiu convencer a própria Administração Pública – que, concomitantemente, a investiga, a acusa, a julga, a cobra e se beneficia de sua dívida – de que não era devedor do crédito que lhe foi por ela imputado.

Nesse cerne, ao exercer as suas funções (ainda que na maioria das vezes ancorada na legalidade e moralidade que lhes são constitucionalmente vinculadas), a Fazenda Pública possui nítido interesse arrecadatório, algo que não se busca aqui recriminar, uma vez que tal desiderato lhe é aceitavelmente inerente (desde que, por óbvio, não incorra em excessos).

O ponto é que, por possuir indubitável interesse naquele crédito, é inviável que a Fazenda Pública possa avaliar unilateralmente os riscos de uma medida coercitiva em face do contribuinte, uma vez que dificilmente – o que não é, de certa forma, absurdo ou surpreendente – agiria de forma contrária a esse intento.

É por isso que sustentamos que toda medida coercitiva precisa necessariamente passar pelo anterior crivo do Poder Judiciário (vinculado à imparcialidade que lhe é inerente), com a devida instauração, para tanto, de uma relação jurídico-processual marcada pela presença dos direitos e garantias que lhes são assegurados constitucionalmente.

Embora, em um juízo de proporcionalidade – como aquele feito por alguns ministros em seus votos quando do referido julgamento –, possa-se dizer que a medida coercitiva extrajudicial não impede a sua posterior impugnação judicial pelo contribuinte, também é preciso consignar que esta não conseguirá, integral e indubitavelmente, evitar os efeitos danosos de um ato de cobrança indevidamente aplicado.

Em um dos esclarecimentos feitos após o seu voto, o ministro Marco Aurélio acertadamente pontua que a averbação (e acrescentamos à mesma linha de pensamento a indisponibilidade e demais medidas coercitivas extrajudiciais ao pagamento do tributo) não implica apenas no alerta de terceiros, mas também em restrição ao direito de propriedade, em vista de que esta restará constante na matrícula do imóvel.

Não é difícil imaginar que, em maior ou menor grau de interferência na esfera privada do contribuinte, a medida coercitiva pode gerar impactos sérios, seja em face dos seus poderes de disposição patrimoniais (como ocorre em uma indisponibilidade ou uma penhora), seja em face do seu grau de confiabilidade em relação a terceiros (como a averbação matricular ou a inscrição no Cadastro de Inadimplentes do próprio ente público e/ou dos órgãos de proteção ao crédito).

Em outras palavras, até que se consiga reverter judicialmente tal cenário, podem ter sido gerados – não só injustamente, mas, por vezes, de forma irreversível – múltiplos impactos negativos e/ou desproporcionais em face da sua dignidade, do seu direito de propriedade e da sua livre iniciativa econômica e profissional, todas estas, diante do seu caráter garantidor fundamental, não podem ser suprimidas por ato normativo infraconstitucional ou até mesmo, como visto, pelo próprio exercício da competência de reforma da Lei Magna.

É por isso que se afirma não ser à toa a defesa da necessária apreciação judicial como requisito circunstancial pretérito à implementação de tais medidas constritivas/coercitivas, evitando-se, deste modo, que, em uma pretensa tentativa de satisfação do interesse público, consiga-se lesar, de uma só vez, uma série de garantias fundamentais e, de igual forma, malversar, em diversos tons, a Constituição Federal, pretensamente utilizada como fundamento dos referidos atos administrativos.

## Conclusão

Embora não se possa desconsiderar o relevante papel das receitas tributárias como meio para que o Estado efetive as suas múltiplas responsabilidades constitucionais, não é possível, à luz de uma interpretação una e sistemática da Carta Magna, admitir que o exercício de tais poderes possa se dar de forma ilimitada e/ou arbitrária.

Não é à toa que, sabiamente, o constituinte, por meio do chamado Estatuto do Contribuinte, estabeleceu uma série de limites a serem necessariamente observados pelos agentes públicos quando do exercício das suas funções, alcançando, inclusive, o próprio exercício da competência para a reforma da Constituição.

Em complemento, é determinante que se conheça o processo de positivação da obrigação tributária, incluindo as suas raízes constitucionais, para que adequadamente se entenda a concretização de tais limitadores junto ao contribuinte e à própria relação jurídico-tributária, em seus diferentes estágios de formação e encerramento.

Por fim, voltando-se à cobrança do crédito (por se tratar de procedimento inequivocamente atrelado ao direito de propriedade), consignou-se a imprescindibilidade da atuação jurisdicional – ante às múltiplas garantias fundamentais presentes no ordenamento pátrio – enquanto terceiro imparcial apto à apreciação prévia e necessária da decretação de medidas constritivas (e, de igual modo, coercitivas) em face do patrimônio do contribuinte.

## Referências

ATALIBA, G. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ATALIBA, G. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- BALEEIRO, A. *Cinco aulas de finanças e política fiscal*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- BALEEIRO, A. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, C. R. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BETTI, E. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. 1.
- BORGES, J. S. M. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BORGES, J. S. M. *Obrigação tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. Lei n. 5172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 12451, 27 out. 1966.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5881. Direito Constitucional, tributário e processual civil. Ações diretas de inconstitucionalidade. Averbação da Certidão de Dívida Ativa (CDA) em órgãos de registro e indisponibilidade de bens do devedor em fase pré-executória [...]. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 9 de dezembro de 2020. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 291, 11 dez. 2020.
- BRITO, E. Ampla Defesa e competência dos órgãos julgadores administrativos para conhecer de argumentos de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de atos em que se fundamentem autuações. In: ROCHA, V. de O. (coord.). *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1995.
- BRITO, E. *Direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRITO, E. *Direito tributário e Constituição: estudos e pareceres*. São Paulo: Atlas, 2016.
- BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- BRITO, E. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CARVALHO, P. de B. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASTELLANI, F. F. Novas formas de cobrança do crédito tributário: call center, serasa e protesto. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS: RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO, 14., 2017, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2017. p. 389-415. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/novas-formas-de-cobranca-do-credito-tributario-call-center-serasa-e-protesto-por-fernando-f-castellani/>. Acesso em: 21 set. 2021.
- CUNHA JÚNIOR, D. da. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR., F. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 1.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- FERREIRA FILHO, M. G. *O poder Constituinte*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAMA, T. L. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Noeses, 2011.
- GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GRAU, E. *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- MACHADO, H. de B. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARQUES, J. F. O artigo 141, §4º, da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*, Fortaleza, v. 16, [196-?].
- MARTINS, I. G.; BASTOS, C. R. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PRIA, R. D. O direito ao processo. In: CONRADO, P. C. (coord.).  
*Processo Tributário Analítico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2015. v. 1, p. 9-42.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo:  
Malheiros, 2016.

# A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO

*Luana Costa de Senna*

## **Introdução**

O escopo do presente trabalho é, por meio do estudo doutrinário e jurisprudencial, analisar a função contramajoritária das cortes constitucionais no direito comparado, mediante a mesocomparação de direitos entre Alemanha, Estados Unidos e Brasil.

Busca-se compreender as noções gerais que envolvem o direito comparado, a sua natureza de ciência, e a relevância de estudos dessa natureza, e as delimitações dos grandes conjuntos de ordenamentos existentes denominados famílias do direito.

Também será estudado o instituto da jurisdição constitucional, mediante análise dos elementos estruturantes da constituição e características das normas constitucionais. Proceder-se-á uma reflexão sobre o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade, ressaltando-se a importância de assegurar medidas que garantam a regularidade do exercício das funções estatais. Nessa linha, serão verificados os principais modelos de controle de constitucionalidade.

Em seguida, após a exposição sobre os contornos da teoria da separação de Poderes, será analisada a dimensão da legitimidade democrática dos Poderes Legislativo e Executivo, a atual crise de



representatividade que esses Poderes enfrentam, bem como a ascensão do Poder Judiciário com a judicialização e o ativismo judicial.

Será exposto o contorno teórico da função contramajoritária e o desenvolvimento da doutrina sobre a matéria, sendo realizada a análise comparada das diferenças e semelhanças desse papel no direito alemão, norte-americano e brasileiro, sendo ainda avaliada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e o HC 124.306 do Supremo Tribunal Federal (STF).

## **Noções preliminares sobre o direito comparado**

A metodologia do direito, enquanto objeto cultural, utiliza a linguagem como instrumento da comunicação e, nas palavras de Edvaldo Brito, é “sensível a desvios dos rigorismos necessários à disciplina do pensamento”. Assim, no contexto da pragmática da comunicação humana, um simples signo ou um complexo de signos ocasiona três relações: a semântica (signo e objeto), a sintaxe (entre signos) e a pragmática (entre o signo e o sujeito). Esses aspectos, no âmbito jurídico, permitem compreender a relação entre emissor (fonte normativa) e receptor (cidadão), que poderá ser confirmada, rejeitada ou desconfirmada e afeta a efetividade da norma<sup>1</sup>.

Entende-se a norma pela concepção egológica, orientada pelo objeto conduta humana em sua interferência intersubjetiva, com dois elementos básicos na proposição normativa, na modalidade hipotética disjuntiva, como sendo o relato aquele que descreve a conduta, e o cometimento aquele que descreve a sanção<sup>2</sup>.

O método comparativo é procedimento utilizado para ampliar o conhecimento sobre determinado objeto, por meio do contraste de

1 BRITO, E. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 11-22.

2 COSSIO *apud* BRITO, 1993, p. 45-47.

elementos, com a avaliação das vantagens e desvantagens, possuindo um elemento valorativo<sup>3</sup>. Baseando-se nas relações de semelhanças e dessemelhanças, o método comparativo é o caminho para o conhecimento científico produzido e não se confunde com ele<sup>4</sup>.

O direito comparado promove o estudo concomitante de uma pluralidade de sistemas jurídicos, por meio da ótica do cotejo entre eles. Considerando que possui “*objeto próprio, métodos específicos e autonomia doutrinária e didática*”<sup>5</sup>, não se pode olvidar do seu *status* de ciência e não apenas de mero método utilizado.

É importante ressaltar que o cotejo entre ordens jurídicas deve ocorrer de forma sincrônica, com normas contemporâneas e vigentes, sob pena de adentrar na seara da história do direito, que privilegia a comparação vertical ou diacrônica<sup>6</sup>.

A relevância do estudo do direito comparado revela-se em três principais razões, conforme sistematizado por Sgarbossa e Jensen, sendo elas: o aumento dos intercâmbios entre as nações, a valorização dos processos de integração regional e ainda “a tendência de certos valores, especialmente os de direitos humanos, de afirmarem-se em nível transnacional e universal”<sup>7</sup>.

A argumentação comparativa também desempenha um papel de relevância para a validação, legitimação e controle do discurso, tanto no viés teórico como prático<sup>8</sup>.

No âmbito da classificação entre micro e macrocomparação, embora a terceira categoria não seja unanimidade doutrinária, entende-se

.....  
3 SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de Direito Comparado: Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 17-22.

4 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 17-35.

5 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 35.

6 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 31.

7 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 38.

8 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 51.

que o presente estudo se encontra na seara da mesocomparação<sup>9</sup>, consistente no cotejo realizado entre ramos do direito, no caso, o direito constitucional. Ora, não se trata de análise que se limita a um instituto do direito constitucional, nem de sistemas jurídicos integralmente considerados, posto que se analisa diversos aspectos da jurisdição constitucional, desde a sua concepção inicial, passando pela análise do controle de constitucionalidade e divisão dos Poderes estatais, até o efetivo exercício da função contramajoritária pelas cortes constitucionais.

Também é relevante para a compreensão da função das cortes constitucionais a análise dos grandes conjuntos de ordenamentos existentes, denominados famílias do direito, cujos elementos são a harmonia, a interdependência e a coordenação. Dentre elas, destacam-se a família romano-germânica<sup>10</sup>, também denominada *civil law*, identificada nos países da Europa Continental (Alemanha, França, Portugal) e países por eles colonizados (Brasil, Argentina), bem como o *common law*<sup>11</sup>, oriundo do Reino Unido e aqueles países com colonização anglo-saxônica (Estados Unidos, Canadá).

9 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 148.

10 Características: "a) Preponderância da lei como fonte do direito; b) consequência grande quantidade de textos legislativos; c) tendência, em dado momento histórico, à codificação; d) papel secundário da jurisprudência como fonte do direito; e) numerosos conceitos abstratos (cláusulas abertas, etc); f) maior generalidade da concepção da regra do direito; g) distinção entre direito público e direito privado; h) marcante separação entre normas de fundo e normas de procedimento; i) utilização da interpretação jurídica; j) judicatura mais adstrita à interpretação e aplicação do direito que à sua criação; j) a função da regra de direito é, além de solucionar as controvérsias, prescrever regras de conduta" SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 115-116.

11 Características: "a) preponderância dos precedentes judiciais com fonte do direito (direito jurisprudencial); b) menor quantidade de textos legislativos em comparação aos direitos romanistas; c) inexistência, portanto, de codificação, mas de compilações de precedentes; d) papel secundário e 'anômalo' da legislação (excepcionar a *common law*); e) poucos conceitos abstratos; f) menor generalidade da concepção da regra de direito; g) ausência de distinção, por sua vez, entre *common law* e *equity*; h) pouca separação entre normas de fundo e normas de procedimento; i) emprego da técnica de distinções em lugar de interpretação; j) função da norma é resolver a situação

## Jurisdição constitucional e exercício do controle de constitucionalidade pelo guardião da constituição

O correto exercício das funções estatais é o objetivo a ser assegurado pela jurisdição constitucional, apresentando assim o “problema jurídico da regularidade”<sup>12</sup>, revelando a importância do estudo do seu contorno teórico para a compreensão da função contramajoritária das cortes constitucionais. Nessa linha, a jurisdição constitucional consiste em um sistema de providências judiciais específicas técnico-jurídicas<sup>13</sup>.

Esse sistema de providências judiciais específicas técnico-jurídicas, denominado de jurisdição constitucional, compreende precipuamente a delimitação da atuação dos Poderes estatais, a defesa dos direitos fundamentais e o exercício do controle de constitucionalidade, de modo a assegurar a supremacia da constituição.

Com efeito, ao tratar dessa supremacia, Hesse assegura que a constituição deverá converter-se em força ativa, quando se compreende a necessidade e o valor de uma ordem normativa na qual a vontade da constituição seja respeitada<sup>14</sup>.

As funções foram classificadas por Kelsen como legislativas e executivas – a segunda entendida como a atividade de execução propriamente dita, de jurisdição e administração, e a primeira sendo responsável pela produção do direito (a segunda é assimilada como mera reprodução). É válido registrar que essa relação já era vista como algo inexato, pois as funções não se opunham de forma direta, sendo

---

conflituosa, e não prescrever uma regra de conduta” SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 107.

12 KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

13 BRITO, E. *Jurisdição Constitucional: controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Inconstitucionalidade das reformas efetividade dos direitos fundamentais. *Revista ERGA OMNES*, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, 2013. p. 36.

14 HESSE, K. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 20.

reconhecidas como etapas hierarquizadas da criação do direito – na qual se incluem constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução<sup>15</sup>.

As normas constitucionais gozam da prerrogativa decorrente da sua força normativa<sup>16</sup>, que assegura que seus mandamentos devem ser obedecidos por aqueles submetidos à ordem jurídica, posto que forja os princípios diretivos da unidade política, regula o modo de superação de conflitos e promove a unidade política.

Refere-se à necessidade de técnicas para buscar a neutralidade axiológica do julgador, uma vez que, tratando-se de objeto cultural, relacionado à experiência, será valorado positiva ou negativamente, especialmente na experiência constitucional, com normas com estruturas peculiares relacionadas à estrutura, eficácia e efetividade<sup>17</sup>.

A noção da constituição relaciona-se com a ideia de princípio determinante de toda a ordem estatal, revelando o cerne da sociedade que a constitui e assegurando o equilíbrio das forças políticas que regem a atividade de Estado<sup>18</sup>. Entende-se que o conceito possui duas acepções fundamentais<sup>19</sup>: seu elemento essencial, relativo à vontade política expressa pelas forças reais de poder<sup>20</sup>, bem como a dimensão formal, jurídica, consubstanciada na dimensão escrita desses poderes sociais.

Não se pode deixar de registrar que a norma constitucional tem como características marcantes a eficácia e a efetividade, ou seja,

.....  
15 “[...] o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito. Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno”. (KELSEN, 2003, p. 124-125)

16 HESSE, 1991, p. 20.

17 BRITO, 2013, p. 34.

18 KELSEN, 2003, p. 130.

19 BRITO, 2013, p. 34.

20 LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

irradia efeito e tem capacidade para gerar consequência, com uma relação de adequação entre relato e cometimento<sup>21</sup>.

No final do absolutismo francês, a burguesia buscava assegurar que a vontade da maioria tivesse seu interesse salvaguardado, garantindo a integração de observância do texto legal, por meio do respeito à constituição, e a valorização da ideia representativa, bem como a busca pela concretização da vontade comum<sup>22</sup>.

Nesse contexto, a tradição da monarquia constitucionalista celebrava o entendimento de que, para atender o exercício regular das funções estatais, não seria necessário que os órgãos de aplicação do direito realizassem a apreciação da constitucionalidade das leis, imputando aos tribunais apenas o controle da regularidade da publicação<sup>23</sup>.

A despeito da natureza soberana do parlamento na Inglaterra, afirma-se que é anglo-saxã a origem do controle de constitucionalidade. No sistema inglês já eram encontrados limites para os atos do Parlamento, quando contrários ao direito natural, humano, à razão, repugnantes ou impossíveis de serem cumpridos<sup>24</sup>.

Todavia, não se pode olvidar que é norte-americana a sistematização do controle de constitucionalidade – por meio da modalidade pretoriana<sup>25</sup> –, a partir do julgamento proferido por Marshall no icônico caso de William Marbury contra Madison, pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, que “confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse

.....  
21 BRITO, 2013, p. 40.

22 SIEYÉS, E. J. *A Constituinte Burquesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 45-47.

23 KELSEN, 2003, p. 129-130.

24 BRITO, 2013, p. 44.

25 BRITO, 2013, p. 34.

instrumento”<sup>26</sup>. Para Marshall, esse controle não ficava restrito ao Tribunal Superior, podendo ser realizado de forma difusa.

Ainda sobre as garantias da regularidade para o exercício das funções estatais, Kelsen indica que elas se dividem em preventivas/ pessoais – relacionadas, por exemplo, à independência do órgão ou tribunal –, bem como as repressivas/objetivas – que se referem à possibilidade de reconhecimento da nulidade e anulabilidade do ato irregular, quando este não preenche os requisitos da norma superior<sup>27</sup>.

Assim, pontuando a incompatibilidade desse controle ser exercido pelo próprio órgão responsável pela criação do ato irregular, Kelsen sedimenta o entendimento de que, para assegurar a constitucionalidade, é necessária a criação de um órgão independente do Parlamento, ou de qualquer outra autoridade estatal<sup>28</sup>, ao qual denominou de corte constitucional, inaugurando o controle concentrado por órgão único.

Atribui-se às supremas cortes e tribunais constitucionais a tarefa de salvaguardar a norma constitucional das ameaças impostas por outros poderes, o que torna habitual o questionamento sobre atos relativos a outros poderes face o texto constitucional<sup>29</sup>.

No Brasil, embora tenhamos inspiração no modelo americano, o modelo de controle foi introduzido permanentemente pela Constituição de 1891, com a possibilidade de interposição de recurso para o Supremo Tribunal para questionar a validade de lei ou decisão contrária proferida por tribunal estadual<sup>30</sup>.

.....  
26 MARSHALL, J. *Decisões constitucionaes de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903. p. 29.

27 KELSEN, 2003, p. 139-140.

28 KELSEN, 2003, p. 150.

29 BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluministas: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. p. 2196.

30 BRITO, 2013, p. 45.

Assim, o controle de constitucionalidade será difuso – quando exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário – ou concentrado – quando existe apenas um órgão com exclusividade para apreciar a constitucionalidade das leis. Salienta-se desde já o entendimento de Edvaldo Brito, que não é consenso na doutrina, segundo o qual não existe modelo misto e no Brasil seguimos o modelo difuso de controle. Também será concreto – quando uma situação fática é posta diante do órgão competente – ou abstrato – quando autoriza a análise da violação à constituição em tese<sup>31</sup>.

Registre-se que o significado de corte constitucional em sua concepção originária refere-se ao órgão, sem natureza jurisdicional, responsável por garantir a regularidade da constituição, por meio do controle concentrado. Não obstante, entende-se aqui no seu sentido amplo, englobando também os tribunais constitucionais pátrios.

A forma na qual a corte constitucional deverá ser constituída demanda cuidados essenciais para que não se comprometa a sua independência. Hamilton, nos *Federalist Papers*, indica que a forma de nomeação e o modo de permanência no cargo são elementos que precisam ser observados com cautela<sup>32</sup>.

## **Divisão do Poder estatal: separação de Poderes, legitimidade democrática, crise representativa e supremacia do Judiciário**

A análise da organização do poder é essencial a qualquer ordem social, uma vez que suas deliberações devem ser acolhidas, sob pena

.....  
31 BRITO, E. Aspectos inconstitucionais da Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal. In: MARTINS, I.; MENDES, G. (coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39-50. p. 46-47.

32 HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The federalist papers*. Cutchogue: Buccaneer Books, 1992. Disponível em: [https://archive.org/details/federalistpapers0000unse\\_n0x1/page/n19/mode/2up](https://archive.org/details/federalistpapers0000unse_n0x1/page/n19/mode/2up). Acesso em: 12 set. 2021. p. 393.



de esvaziar-se a vida em grupo e cuja estabilidade dependerá diretamente da forma do seu exercício pelos entes.

É nesse contexto que se busca realizar breve análise sobre a teoria da separação entre Poderes, que já tinha as primeiras ideias expostas por Aristóteles, que defendia a necessidade de um sistema misto de governo<sup>33</sup>. A doutrina de Montesquieu<sup>34</sup>, por sua vez, que busca o equilíbrio entre as forças para o melhor funcionamento do sistema político e social, evitando a sobreposição entre os agentes estatais, é amplamente acolhida pelas ordens constitucionais por todo o mundo.

Não obstante, salienta-se que, embora amplamente adotada, a teoria do equilíbrio não é a única corrente possível, citando-se desde já Locke, que buscou criar uma relação de subordinação com a supremacia do Poder Legislativo perante os demais<sup>35</sup>.

Frisa-se a concepção de que o Poder Legislativo deve atuar como “caixa de ressonância da sociedade”<sup>36</sup>. No contexto atual, contudo, vislumbra-se que, embora o Poder Legislativo seja aquele democraticamente legitimado para dirimir importantes questões políticas e sociais, o que se observa é uma crise de representatividade, seja pela inerente dificuldade de promoção dos debates, por estratégia de evitar decisões sobre assuntos polêmicos ou por vezes pela necessidade de avanços sociais diversos em desacordo com a política majoritária identificada no Poder Legislativo, ocasionando retração desse Poder<sup>37</sup>.

33 ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

34 MONTESQUIEU. *O espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

35 “THE LEGISLATIVE power is that which hast the right to direct how the force of the commonweath shall be employed for preserving the community and the members of it”. LOCKE, J. *The second Treatise of Government*. New York: Liberal Arts Press, 1952. p. 82.

36 ELY, J. H. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. London: Harvard University Press, 1981. Disponível em: <https://archive.org/details/democracydistrus00elyj/page/134/mode/2up>. Acesso em: 12 set. 2021. p. 131.

37 BARROSO, 2018, p. 2182-2183.

É preciso registrar desde já que embora a legitimidade democrática represente valor essencial do nosso modelo político, não figura como fundamento absoluto para distribuição do poder, já que sob sua bandeira também foram cometidas atrocidades<sup>38</sup>.

Também é observado que o Poder Legislativo tem sua atuação diminuída pela dimensão que o Poder Executivo exerce, mediante a supervalorização da influência pessoal do líder dessa função e o domínio econômico sobre os parlamentares.

Para Ely, o mal funcionamento da democracia representativa ocorre quando não há confiança no processo, quando os canais para mudança política são sufocados ou mesmo quando há voz e voto para todos, mas a maioria efetiva coloca a minoria em uma desvantagem por simples hostilidade ou preconceito em reconhecer interesses comuns. E os representantes eleitos não gozam de confiança para lidar com essas situações, enquanto os juízes, para o autor, são vistos como pessoas fora desse sistema<sup>39</sup>.

Dessa forma, esse quadro influencia a ascensão do Judiciário, identificada no cenário mundial, iniciada logo após a expansão da jurisdição constitucional e representada tanto pela judicialização – quando questões relevantes são decididas em caráter final pelo Poder Judiciário –, como também pelo ativismo judicial – na escolha proativa de interpretar a legislação com a extensão do seu alcance. Barroso indica como causa para esse crescimento do Poder Judiciário a identificação do pós-guerra sobre a necessidade de fortalecimento desse Poder para a proteção dos direitos fundamentais, bem como a desilusão com a

.....  
38 "Em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma legitimação eleitoral do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram o apoio da maioria da população. Mas a legitimidade não se mede apenas no momento da investidura, mas também pelos meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa". (BARROSO, 2018, p. 2203)

39 ELY, 1981, p. 102.

política majoritária e ainda a opção dos agentes políticos em atribuir ao ente a responsabilidade por decisões polêmicas, de modo a evitar o desgaste inerente a deliberações sobre temas controversos<sup>40</sup>.

A judicialização da política e o ativismo judicial, seja pela revisão judicial das ações de interlocução de procedimentos nos órgãos do Legislativo e do Executivo ou pela premissa de inafastabilidade do Poder Judiciário, por vezes figuram em violação ao modelo adotado nas grandes democracias modernas de separação dos Poderes.

Evidente assim que é necessário delimitar o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sob pena de comprometer toda a estrutura social como atualmente é conhecida. Não é facultado assim que se insista nas sobreposições entre funções, perpetuando violações à ordem constitucional democrática.

Não obstante, há quem defenda que a mera possibilidade das cortes ou tribunais constitucionais realizarem o controle de constitucionalidade das leis assegura a “supremacia do Judiciário”, ainda que isso não configure “usurpação no sistema de equilíbrio, independência e harmonia entre poderes”<sup>41</sup>.

Sobre a supremacia do Poder Judiciário, Buzaid acrescenta que, sendo a última função a ser exercida, é necessário vincular os demais órgãos ao seu entendimento de forma obrigatória e incontestável, sendo ordem de primeira autoridade naturalmente superior aos demais Poderes, pelo poder de verificar a constitucionalidade dos demais atos<sup>42</sup>.

Não se pode olvidar que a validação democrática depende da observância das regras previamente estabelecidas, determinando que está autorizado a decidir e por meio de qual forma isso deve ocorrer, consagrando tanto o procedimento democrático, como também as garantias fundamentais que vinculam a jurisdição constitucional.

.....  
40 BARROSO, 2018, p. 2177-2183.

41 BUZAID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 21-22.

42 BUZAID, 1958, p. 36-37.

É certo ainda que a interpretação jurisdicional é um ato criativo, mas que não é livremente exercido pelas cortes constitucionais, figurando-se assim em um ato vinculado, subordinado e derivado. A jurisdição constitucional deverá, portanto, utilizar suas técnicas, mediar os conflitos e promover o equilíbrio, assegurando a soberania da própria constituição e do povo que lhe promulgou, e não a dos Poderes estatais.

Entende-se assim que interferências são devidas, todavia não podem ocorrer sem a instituição de limites, de modo a evitar a sobreposição de Poderes, cujo escopo deverá sempre evitar o abuso de poder e garantir as liberdades. Com efeito, Anna Cândida da Cunha Ferraz sistematiza que,

nas constituições que mantêm o princípio da separação de poderes e inscrevem a regra – parâmetro da independência e harmonia entre seus cânones, a disciplina dos poderes políticos, seu funcionamento e relacionamento, devem estar conformes a tais limites<sup>43</sup>.

Mantém-se assim a ordem democrática e o equilíbrio das funções estatais, por meio de convivência harmônica e independente, sob pena de violar a interpretação constitucional e mitigar o princípio da separação entre Poderes.

## **Contramajoritário, representativo e iluminista**

O termo “contramajoritário” tem origem na doutrina de Alexander Bickel, ao salientar a dificuldade encontrada para justificar no âmbito da democracia representativa a declaração, pela corte constitucional,

.....  
43 FERRAZ, A. C. da C. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14-15.

da inconstitucionalidade de um ato legislativo ou de ação do Executivo eleito, por vezes em desacordo com a vontade da maioria<sup>44</sup>.

Bickel afirma que Marshall enfrentou essa dificuldade contra-majoritária ao falar em aplicar, em benefício do povo, balizas estabelecidas para um governo limitado<sup>45</sup>, acompanhando a doutrina de Hamilton, constante no 78º *Federalist Papers*, segundo as quais não há superioridade judicial, pois o poder do povo está acima dos demais poderes<sup>46</sup>.

Entende-se assim que não há poder absoluto, uma vez que somente a essência da constituição é ilimitada pela soberania popular, com as forças reais de poder, que no seu aspecto formal está submetido à constituição<sup>47</sup>.

Ou seja, essa autorização para que as cortes ou tribunais constitucionais tenham poderes para revisar judicialmente os atos dos Poderes Legislativo e Executivo permite que juízes sem a legitimidade democrática do voto popular possam sobrepor a sua interpretação face ao entendimento dos agentes políticos com mandato eletivo<sup>48</sup>, mas essa autorização só será legítima quando realizada em benefício do titular: o povo.

Conforme exposto por Barroso, essa função potencialmente incongruente com os valores democráticos somente se justifica quando identificada

.....  
44 BICKEL, A. M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. Disponível em: <https://archive.org/details/leastdangerousbr0000bick/page/n5/mode/2up>. Acesso em: 12 set. 2021. p. 16.

45 BICKEL, 1962, p. 16.

46 “[...] the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former”. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1992, p. 395-396)

47 BRITO, E. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 88.

48 BARROSO, 2018, p. 2197.

a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos<sup>49</sup>.

Nesse contexto, a democracia deve alcançar a proteção da minoria, justificando-se assim a função contramajoritária.

Tem-se assim, no conceito de democracia, uma dimensão procedimental, que assegura a operacionalização enquanto governo da maioria, bem como um aspecto substantivo, que engloba garantias como a igualdade, a liberdade e a justiça, por meio do qual confere-se às cortes constitucionais o dever de evitar a tirania dessa maioria<sup>50</sup>.

O tribunal constitucional é, para Roca<sup>51</sup>, o local no qual os conflitos constitucionais devem ser resolvidos, funcionando como juiz natural dos demais poderes, exercendo a função de garantia da organização constitucional, herdeira da ingênua tripartite separação dos Poderes, demonstrando sua formulação pela função contramajoritária.

Para Barroso, as cortes constitucionais, nas democracias contemporâneas, não exercem apenas o papel contramajoritário, quando invalidam os atos dos Poderes eleitos, mas também o representativo, ao atender demandas sociais que não estejam sendo atendidas nas instâncias políticas, e ainda o iluminista, ao promover avanço

.....  
49 BARROSO, 2018, p. 2198.

50 BARROSO, 2018, p. 2198-2199.

51 "En definitiva, el Tribunal Constitucional es en el Estado constitucional el Juez natural de las competencias de los demás poderes públicos tanto de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional como, sobre todo, de las entidades territoriales en que el Estado en su conjunto o Estado ordenamiento se organiza (art. 137 CE). Cumple una función de garantía de la moderna organización constitucional – heredera de la ingenua y tripartita separación de poderes, ilustrada, elaborada a finales del XVII y primera mitad del XVIII – mediante unos procedimientos conflictuales que son en parte arbitrales y en parte garantistas, y, también en parte, concretos y abstractos". ROCA, J. G. El Tribunal Constitucional como tribunal de conflictos: los conflictos constitucionales. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], n. 1, p. 41-77, 2003. p. 64.

civilizatório independente da vontade da maioria política<sup>52</sup>. Segundo o autor, o papel contramajoritário poderá ou não ser cumulado com o representativo ou iluminista<sup>53</sup>.

Entende-se como contramajoritária a função exercida pelo órgão de controle de constitucionalidade para invalidar os atos do Legislativo e Executivo. Embora os órgãos que exercem o múnus de guardiões da constituição, em regra, não sejam eleitos, a sua legitimidade reside no próprio texto constitucional, que lhes conferiu a referida atribuição de proteção aos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático.

Não se vislumbra assim a citada supremacia do Poder Judiciário, pelo exercício do controle de constitucionalidade em face dos atos daqueles democraticamente eleitos, desde que observados os limites impostos pela própria constituição.

É necessário realizar breve distinção entre a doutrina procedimentalista daquela denominada substancialista. Enquanto a primeira entende que a intervenção judicial ativa somente deve ocorrer para assegurar o funcionamento das estruturas constitucionais, sendo a democracia o valor mais importante, a segunda vislumbra que os valores representados pelas garantias fundamentais devem ser priorizados pela tutela jurisdicional, inclusive com intervenção em questões políticas. Ambas reconhecem a necessidade de limitar o poder da maioria em certas situações.

Dahl, ressaltando a ideia de pluralismo e autonomia dos indivíduos, adere à primeira linha de pensamento e embora sinalize que a essência do governo democrático é a soberania da maioria, também reconhece que, diante de possibilidade de poder desregrado da maioria, impõe-se a necessidade de limites à vontade majoritária<sup>54</sup>, que estaria na pro-

.....  
52 BARROSO, 2018, p. 2218.

53 BARROSO, 2018, p. 2197.

54 DAHL, R. A. *A preface to democratic theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1956. Disponível em: <https://archive.org/details/prefacetodemocra0000robe/page/34/mode/2up>. Acesso em: 12 set. 2021. p. 34.

teção às regras do jogo democrático. Nessa linha, o autor já buscava compatibilizar a ideia de igualdade política e proteção da minoria<sup>55</sup>.

Ainda na visão processualista, a doutrina de John Hart Ely sedimenta que assegurar a participação dos cidadãos nas decisões políticas deve ser o objetivo principal da jurisdição constitucional, analisando valores fundamentais que poderiam justificar a intervenção das cortes constitucionais, em tempo que racionaliza que a facilitação da representação da minoria é essencial, já que o fundamento do sistema demanda mais que voz e voto<sup>56</sup>.

Dworkin capitaneia a doutrina substancialista, com a concepção de que o Estado de Direito poderá ser centrado no texto legal ou nos direitos do cidadão e que o sistema constitucional assegura a proteção de direitos morais contra o governo, fundada na ideia de dignidade humana e igualdade política<sup>57</sup>.

Assim, expostos os pressupostos teóricos, será analisada a comparação entre o papel contramajoritário exercido no âmbito dos direitos alemão, brasileiro e norte-americano.

## **A função contramajoritária das cortes constitucionais**

A Alemanha utiliza o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, exercido por órgão com natureza jurisdicional e independente, baseado no *civil law*. Além do controle abstrato das leis, passou posteriormente a admitir o controle concreto.

Em decorrência do contexto histórico de violação aos direitos humanos pós-Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Constitucional

.....  
55 DAHL, 1956, p. 90.

56 ELY, 1981, p. 134.

57 DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 304-305.



alemão, seguindo o modelo de controle concentrado, solidificou-se com a missão de salvaguardar os direitos fundamentais, demandando respeito às minorias. Nele tem-se uma função legislativa concorrente, mediante sentenças aditivas e de dupla pronúncia e extensiva, com regulamentação para situações transitórias. Visando a inserção de valores, a jurisdição constitucional é realizada operando uma interpretação construtiva do direito, e suas decisões têm eficácia obrigatória, vinculando para todos os outros entes do judiciais<sup>58</sup>. A jurisprudência desenvolvida se utiliza de *standards* com conceitos abertos – característico da família do *civil law* – para permitir certa discricionariedade para as decisões da jurisdição constitucional, conforme a necessidade de proteção dinâmica dos direitos fundamentais<sup>59</sup>.

No caso brasileiro, é certo que o rol de direitos fundamentais expressamente inseridos no texto constitucional confere ao STF amplas possibilidades de atuação contramajoritária da corte, ao mesmo tempo que vincula ainda mais a atuação ao texto legal. A sua utilização vem sendo amplamente aceita, uma vez que “a proteção de negros, mulheres e homossexuais e minorias em geral não pode mesmo depender de votação majoritária ou pesquisa de opinião”<sup>60</sup>.

Dentre as decisões do STF brasileiro enquadradas como contramajoritárias, o que se observa é que muitas delas são apenas contralegislativas, uma vez que a maioria da população já era a favor, por exemplo, do reconhecimento do casamento para pessoas do mesmo sexo. Com efeito, na ADI 4.277 Distrito Federal, restou consignado que “[...] o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem

.....  
58 AGRA, W. de M. *Jurisdição Constitucional: diretrizes para o incremento da sua legitimidade*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4861>. Acesso em: 12 set. 2021. p. 293-294.

59 AGRA, 2003, p. 296.

60 BARROSO, 2018, p. 2218.

lidos em conformidade com a opinião pública dominante”<sup>61</sup>. Verifica-se que o STF, no típico exercício da sua função de corte constitucional, buscou promover a “interpretação conforme a Constituição”<sup>62</sup> ao artigo 1.723 do Código Civil, entendendo pela proibição à discriminação das pessoas em razão do sexo, seja em função do gênero ou orientação sexual, consagrando o pluralismo e a liberdade dos indivíduos para dispor da própria sexualidade, enquanto direito fundamental decorrente da autonomia da vontade, bem como o direito à intimidade e à vida privada, que constituem cláusula pétrea.

Na decisão, entende-se que o conceito de família se relaciona ao núcleo doméstico, a despeito da sua forma de constituição, salientando que a Constituição “[...] não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalização cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”<sup>63</sup>, destacando a importância para que a interpretação não seja reducionista.

Ainda sedimenta que a referência à dualidade homem/mulher é realizada para reforçar a ausência de hierarquia na relação doméstica e que a identidade conceitual entre as terminologias “entidades familiares” e “família” registra a ausência de direito subjetivo de heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os homoafetivos.

Também se destaca a decisão do ministro Luís Roberto Barroso no HC 124.306, ao assegurar que “é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 198, p. 611-880, 14 out. 2011. p. 820.

62 BRASIL, 2011, p. 822.

63 BRASIL, 2011, p. 613.

trimestre”<sup>64</sup>, em função da violação dos direitos fundamentais da mulher e do princípio da proporcionalidade. A decisão foi proferida em sede de habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no qual os pacientes mantinham clínica de aborto e foram presos em flagrante devido à prática dos crimes descritos nos artigos 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha). De logo, nesse caso, a função contramajoritária é exercida diante de um caso concreto, chegando ao tribunal pela via recursal.

Inclusive, o julgado registra o descabimento de habeas corpus substitutivo do recurso ordinário constitucional e a inadequação da via processual eleita, mas “em razão da excepcional relevância e deli- cadeza da matéria”<sup>65</sup>, opta por conceder a ordem de ofício.

A decisão analisa a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, pois entende que a criminalização de “determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação e rea- ção estatal”<sup>66</sup>.

Constata-se que a manutenção da criminalização enseja viola- ção à autonomia da mulher, violação ao direito de integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos, violação à igualdade de gênero, discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres. Observa ainda que não há proporcionalidade

.....  
64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus nº 124306/RJ. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Marco Aurélio, 30 de junho de 2015. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 9 de agosto de 2016. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, n. 147, p. 1-49, 17 ago. 2016. p. 1.

65 BRASIL, 2016, p. 11.

66 BRASIL, 2016, p. 12-13.

entre a conduta e a resposta do Estado, pela ausência de adequação e necessidade.

Nesse contexto, o tribunal americano já apreciou a questão no caso de *Roe vs. Wade*<sup>67</sup>, como também o tribunal alemão, por meio da 39 BverfGE<sup>68</sup>, mediante controle concreto e abstrato, respectivamente.

O estudo comparativo entre a corte alemã e a brasileira no exercício da função contramajoritária, realizado com base na BVerfGE 39, 1 (interrupção da gravidez) e ADI 3510/DF (pesquisa com células tronco), aponta que há diferenças relativas à extensão, estrutura e estilo da linguagem. A nacional é mais extensa, usualmente com referências na linguagem à “filosofia, literatura, ciências e religião”. Por sua vez, as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão são “mais sóbrias e técnicas, a ponto de se tornarem pouco compreensíveis para o cidadão alemão sem treinamento jurídico [...]”. Não obstante, o fator mais relevante identificado por Isaac Reis é que a estrutura difere, pois na Alemanha “[...] não há a divulgação de votos, mas a opinião do tribunal [...]”, o que contribuiria para reduzir o personalismo das decisões e a necessidade de estratégia de legitimação pessoal pelo julgador<sup>69</sup>.

A escolha dos juízes para a corte alemã envolve, dentre outros aspectos, tempo de investidura de 12 anos e um processo de eleição pela Câmara e pelo Senado Federal<sup>70</sup>, o que não se identifica nem no sistema americano nem no brasileiro.

Outra peculiaridade é que a corte alemã promove “[...] assunção generosa de competências para a defesa da Constituição, a despeito das críticas jurídicas e político-sociais [...]”, cuja autoridade deriva

67 BARROSO, 2018, p. 2211.

68 MARTINS, L. (org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 266.

69 REIS, I. A retórica dos tribunais e a legitimidade da jurisdição constitucional: Brasil e Alemanha em perspectiva comparada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 3, p. 1-25, 2020. p. 19-21.

70 MARTINS, 2005, p. 42.

da sua própria jurisprudência. Nessa linha, o Tribunal Constitucional Federal alemão “[...] pronunciou-se até aqui sobre quase todos os problemas hermenêuticos que surgiram [...]”, especialmente sobre questões políticas<sup>71</sup>. Assim, entende-se que o tribunal alemão é o que exerce a função contramajoritária com menos parcimônia, quando comparado com o brasileiro ou o norte-americano.

A *judicial review* americana também tem função eminentemente pretoriana, tendo como um dos seus exponenciais o julgamento do caso de *Brown vs. Board of Education* de 1954, que afastou a popular segregação racial existente no país, com a teoria do *separate but equal* (separados, mas iguais). Barroso indica que esse papel vem sendo utilizado com parcimônia, demonstrando que se trata de exceção<sup>72</sup>. Registre-se, pela construção da jurisdição constitucional e modelo de *common law* adotado no país, uma maior margem de atuação judicial na criação do direito.

Os Estados Unidos, cujo modelo é originário do *common law*, foi pioneiro na adoção do modelo difuso para o controle de constitucionalidade, ao instituir que o *judicial review* deve ser realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário. O tribunal americano funciona assim apenas como instância recursal, mas utiliza-se do *stare decisis* para assegurar a força vinculante em relação aos demais tribunais, motivo pelo qual se assemelha à força vinculante dos órgãos de cúpula. A função contramajoritária é exercida assim pela via de exceção, apenas diante de um caso concreto.

Observa-se assim que a corte brasileira se assemelha à alemã no exercício da função contramajoritária, ao permitir o controle abstrato e

.....  
71 “A consequência é talvez que o TCF tenha avocado, sim, muita responsabilidade para si, invadindo a esfera do legislador de uma forma positiva, ou seja, não por meio do tradicional instrumento da cassação, mas da criação de pautas positivas<sup>18</sup> da atividade legiferante. Nesse caso, o TCF eventualmente extrapola sua função constitucional, ainda que nem sempre por ato volitivo seu, mas, pelo contrário, em face das mencionadas expectativas formadas pela autoridade auferida nesse meio século de existência”. (MARTINS, 2005, p. 38-39)

72 BARROSO, 2018, p. 2207-2209.

pela origem baseada no *civil law*, mas se inspira no sistema americano ao adotar a forma difusa, permitindo a declaração de inconstitucionalidade por qualquer juiz do Poder Judiciário. Outro fator relevante é que o tribunal americano, por meio do *writ of certiorari*, reduz o acesso à Suprema Corte, selecionando com discricionariedade os casos relevantes.

A experiência brasileira permite entender que, para que a decisão contramajoritária seja adequada, também é necessário observar requisitos essenciais, como a excepcionalidade de decisões monocráticas, que deverão preencher aspectos que ampliem a sua legitimidade e proporcionem maior transparência na construção da agenda, bem como excepcionalidade na interferência dos debates públicos<sup>73</sup>.

O estudo comparado demonstra que existem muito mais semelhanças na utilização da função contramajoritária pelas cortes constitucionais, já que se vislumbra uma base transnacional na teoria da jurisdição constitucional e na necessidade de tutela inerente aos direitos fundamentais. Ainda assim, enquanto o modelo alemão, ainda que concentrado, adota uma função legislativa concorrente e extensiva, isso não se observa na realidade brasileira. Do mesmo modo, ainda que o controle de constitucionalidade norte-americano tenha servido de inspiração para o modelo brasileiro, nossa construção é jurisprudencial, demandando assim uma atuação muito mais vinculada do que aquela identificada no *judicial review*.

Por fim, a circulação de modelos, no que se refere a aspectos básicos da jurisdição constitucional, é positiva, já que diversas cortes constitucionais se deparam com a dificuldade contramajoritária no exercício das suas atividades, mas a solução não deverá ser única já que as diferenças identificadas podem afetar na recepção.

.....  
73 VIEIRA, O. V. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 183.

## Considerações finais

Demonstrou-se que o estudo do direito comparado é essencial para permitir a troca de conhecimento jurídico entre as nações e que os direitos humanos sejam amplamente reconhecidos de forma transnacional e universal. A sua contribuição está na formação de uma visão de mundo pautada no humanismo, assim por meio do respeito às diferenças existentes, que demanda direito a ser efetivado pelas nações.

O estudo comparado da função contramajoritária das cortes constitucionais situa-se no espectro da mesocomparação do direito constitucional, buscando compreender a legitimação das cortes constitucionais e a sua atuação para salvaguardar a norma constitucional das ameaças impostas por outros poderes.

A jurisdição constitucional figura como um sistema de providências judiciais específicas técnico-jurídicas, que compreende precipuamente a delimitação da atuação dos poderes estatais, a defesa dos direitos fundamentais e o exercício do controle de constitucionalidade, de modo a assegurar a supremacia da constituição.

Registre-se que o significado de corte constitucional se refere ao órgão com responsabilidade exclusiva de garantir a regularidade da constituição, por meio do controle concentrado. Não obstante, entende-se aqui no seu sentido amplo, englobando também os tribunais constitucionais, responsáveis por apreciar as questões concretas que são postas pela via recursal.

Assim, o controle de constitucionalidade poderá ser realizado de forma difusa – quando exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário – ou concentrada – quando existe apenas um órgão com exclusividade para apreciar a constitucionalidade das leis.

A organização do poder é essencial para qualquer ordem social, uma vez que suas deliberações devem ser acolhidas, sob pena de esvaziar-se a vida em grupo e cuja estabilidade dependerá diretamente da forma do seu exercício pelos entes. Assim, com base na teoria da separação de

Poderes, entende-se que o Poder Legislativo é aquele com legitimidade democrática para dirimir importantes questões políticas e sociais. Não obstante, essa legitimidade não é absoluta e deverá encontrar limite no exercício legítimo do controle de constitucionalidade dos seus atos pelo Judiciário.

Nota-se, no contexto atual, a crise de representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo, seja pela inerente dificuldade de promoção dos debates, por estratégia de evitar decisões sobre assuntos polêmicos ou por vezes pela necessidade de avanços sociais diversos em desacordo à política majoritária, que abre portas para a ascensão do Judiciário, vislumbrada tanto na judicialização como no ativismo judicial.

A tutela dos direitos fundamentais e a defesa das minorias concretizada no controle dos atos do Legislativo e do Executivo pelo Poder Judiciário não enseja uma supremacia desse poder, nem viola o princípio da separação dos Poderes, uma vez que se trata de função atribuída às cortes, que possuem assim legitimidade constitucional. Não obstante, quando exercida fora dos limites propostos e sem buscar assegurar benefício ao titular desses poderes (o povo), poderá ensejar desequilíbrio institucional.

Dessa forma, a validação democrática depende da observância das regras previamente estabelecidas, determinando o que está autorizado a decidir e por meio de qual forma isso deve ocorrer, consagrando tanto o procedimento democrático, como também as garantias fundamentais que vinculam a jurisdição constitucional.

É certo ainda que a interpretação jurisdicional é um ato criativo, mas que não é livremente exercida pelas cortes constitucionais, figurando-se assim em um ato vinculado, subordinado e derivado. A jurisdição constitucional deverá, portanto, utilizar suas técnicas, mediar os conflitos e promover o equilíbrio, assegurando a soberania da própria constituição e do povo que lhe promulgou, e não dos poderes estatais.

Entende-se como contramajoritária a função exercida pelo órgão de controle de constitucionalidade para invalidar os atos do Legislativo e



do Executivo. Embora os órgãos que exercem o múnus de guardiões da constituição, em regra, não sejam eleitos, a sua legitimidade reside no próprio texto constitucional que lhes conferiu a referida atribuição de proteção aos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático.

A função contramajoritária é exercida com maior amplitude na Corte Constitucional alemã, quando comparada com o exercício pelas cortes brasileira e norte-americana, na medida em que seu tribunal foi assumindo cada vez mais responsabilidades dessa natureza, muitas vezes extrapolando a esfera do Legislativo, mediante a criação ativa de pautas positivas, ocasião na qual extrapola a sua função constitucional. A corte brasileira, por sua vez, embora tenha decisões importantes no exercício da função contramajoritária, a exemplo do reconhecimento das famílias homoafetivas e do caminho que vem trilhando para afastar a criminalização do aborto, precisa buscar adotar critérios para afastar a pessoalidade do julgador, a exemplo da veiculação dos debates jurídicos na televisão nacional, a redução da quantidade de decisões monocráticas e até eventual divulgação apenas da opinião do tribunal.

Dessa forma, a circulação de modelos, no que se refere a aspectos básicos da jurisdição constitucional, é positiva, pois diversas cortes constitucionais se deparam com a dificuldade contramajoritária no exercício das suas atividades. Todavia, a solução para o conflito de legitimidade, enquanto no exercício dessa função, deve ser analisado de forma diferente, já que é ocasionado por fatores diversos.

## Referências

- AGRA, W. de M. *Jurisdição Constitucional: diretrizes para o incremento da sua legitimidade*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4861>. Acesso em: 12 set. 2021.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional, 2006.
- BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluministas: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.
- BICKEL, A. M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. Disponível em: <https://archive.org/details/leastdangerousbro000bick/page/n5/mode/2up>. Acesso em: 12 set. 2021.
- BRITO, E. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, I.; MENDES, G. (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39-50.
- BUZAID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- BRITO, E. Jurisdição constitucional: controle de constitucionalidade no direito brasileiro. inconstitucionalidade das reformas efetividade dos direitos fundamentais. *ERGA OMNES: revista da Escola de Magistrados da Bahia*, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, 2013.
- BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- DAHL, R. A. *A preface to democratic theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1956. Disponível em: <https://archive.org/details/prefacetodemocra0000robe/page/34/mode/2up>. Acesso em: 12 set. 2021.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- ELY, J. H. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. London: Harvard University Press, 1981. Disponível em: <https://archive.org/details/democracydistrus00elyj/page/134/mode/2up>. Acesso em: 12 set. 2021.
- FERRAZ, A. C. da C. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. Cutchogue: Buccaneer Books, 1992. Disponível em: [https://archive.org/details/federalistpapers0000unse\\_n0x1/page/n19/mode/2up](https://archive.org/details/federalistpapers0000unse_n0x1/page/n19/mode/2up). Acesso em: 12 set. 2021.
- HESSE, K. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOCKE, J. *The second Treatise of Government*. New York: Liberal Arts Press, 1952. Disponível em: <https://archive.org/details/secondtreatiseof00lock/page/n5/mode/2up>. Acesso em: 12 set. 2021.
- MARSHALL, J. *Decisões constitucionaes de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- MARTINS, L. (org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50\\_anos\\_dejurisprudencia\\_do\\_tribunal\\_constitucional\\_federal\\_alemao.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf). Acesso em: 12 set. 2021.
- MONTESQUIEU. *O espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REIS, I. A retórica dos tribunais e a legitimidade da jurisdição constitucional: Brasil e Alemanha em perspectiva comparada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 3, p. 1-25, 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4440>. Acesso em: 12 set. 2021.

ROCA, J. G. El Tribunal Constitucional como tribunal de conflictos: los conflictos constitucionales. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], n. 1, p. 41-77, 2003.

SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

SIEYÉS, E. J. *A Constituinte Burquesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VIEIRA, O. V. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

# CONCEITO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMPARADA

*Marcus Vinicius Leal Gonçalves*

## Introdução

O presente capítulo tem por escopo construir um conceito acerca da jurisdição constitucional e da jurisdição constitucional comparada, abordando seus elementos constitutivos, que serão paulatinamente desnudados por meio da análise de temas adjetos, primeiro, à “jurisdição” isoladamente considerada e, segundo, à jurisdição de natureza constitucional, como evolução da primeira e forjada institucionalmente como instrumento de garantia (defesa) jurisdicional da supremacia da Constituição.

Desse modo, proceder-se-á, *ab initio*, uma contextualização histórica da jurisdição, com destaque à teoria de John Locke, em seus alicerces fundamentais à teoria da separação de Poderes, perpassando pelo pensamento de Montesquieu e a concepção desse autor acerca do poder de julgar, cuja conformação de mera jurisdição legal foi alterada pelo constitucionalismo e seus desdobramentos, sobretudo aqueles oriundos das constituições escritas e rígidas, com previsão da separação de Poderes e de direitos fundamentais, até chegar-se à jurisdição de natureza constitucional, vocacionada à aplicação e interpretação de normas de índole constitucional.

Nesse ponto, a jurisdição constitucional será esmiuçada sob a perspectiva de suas “predicações necessárias” à formulação das características componentes do seu “conceito”, tratando-se do problema jurídico da regularidade do exercício das funções estatais, de acordo à compreensão da jurisdição constitucional como garantia da constitucionalidade dos atos de criação do direito, aferidos, em sua relação de adequação ao formato de Constituição (escrita e rígida), por meio de um instrumental técnico haurido dos sistemas de controle de constitucionalidade norte-americano e austríaco, postos, entre si, sob uma premissa comparativa a desembocar na criação e desenvolvimento de alguns modelos alienígenas de jurisdição constitucional, e mais de perto, da jurisdição constitucional brasileira.

Finalmente, na busca pela construção de um sentido hermenêutico acerca do que se possa entender por “conceito de jurisdição constitucional e da jurisdição constitucional comparada”, utilizar-se-á de três predicáveis imprescindíveis à formação do “conceito” perseguido: o primeiro deles, firmando uma definição acerca dessas jurisdições; o segundo deles, destacando-se as propriedades descritivas das características possíveis a essas categorização (definição); e o terceiro deles, pela associação de elementos comuns (semelhantes) à jurisdição, enquanto poder de julgar legal ou constitucional, tudo isso com suporte nos temas adjetos, anteriormente, vistos e situados como de importância ao desiderato do tema principal.

## **Contextualização histórica da jurisdição**

Para uma melhor compreensão acerca do avanço institucional da jurisdição constitucional, é imperativo uma breve revisão de sua história relacional com os outros Poderes, de acordo com as teorias a seguir explicitadas.

## Dos alicerces fundamentais à separação de Poderes na teoria de John Locke e o poder de julgar de Montesquieu

O fundamental da filosofia política de John Locke<sup>1</sup> escoimava-se na sua oposição ao governo absolutista. Diferentemente de Hobbes,<sup>2</sup> que acreditava na chefia absoluta do soberano para acudir o povo do seu brutal “estado de natureza”, Locke defendia a instauração da sociedade civil (política), com a finalidade de remediar os males existentes nesse estado, assegurando a cada homem a “posse de coisas de sua vida”,<sup>3</sup> com preservação de sua liberdade. O poder civil deveria servir à existência da sociedade política fundada na decisão de homens livres e iguais e ser transferido ao encargo da sociedade política,<sup>4</sup> pelo contrato social.<sup>5</sup> As condições de existência da sociedade política pressupunham dois poderes<sup>6</sup>: o Legislativo, que deveria elaborar as leis para a comunidade; e o Executivo, aquele destinado a cumprir as leis elaboradas pelo primeiro, não obstante o próprio Locke se reportasse a três Poderes, com alusão ao “federativo”.<sup>7</sup> O Poder Judiciário não se configurava como um poder autônomo e, sem clareza de distinção pelo autor, jazia como incluso no Poder Executivo. Para Locke, a separação de Poderes objetivava depositar em mãos distintas a

1 LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

2 HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

3 LOCKE, 2001, p. 275.

4 LOCKE, 2001, p. 128-130.

5 “[...] Pois não é toda convenção que põe fim ao estado de natureza entre os homens, mas apenas aquela pela qual todos se obrigam juntos e mutuamente a formar uma comunidade única e constituir um único corpo político; [...]”. (LOCKE, 2001, p. 81)

6 Referindo-se a essa questão, Bobbio assevera que: “diz-se habitualmente que o Estado tem três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. Todavia, para Locke, considerado muitas vezes, erroneamente, como o pai da teoria dos três poderes, os poderes são apenas dois”. BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*. Brasília, DF: Edunb, 1997. p. 231.

7 O “poder federativo” deveria cuidar das questões de ordem externa da comunidade, estando quase sempre unido ao executivo. (LOCKE, 2001, p. 170-172)

prerrogativa da elaboração e execução das leis; bem como subordinar o Poder Executivo ao Poder Legislativo, este considerado como soberano.<sup>8</sup> Não há, assim, nessa concepção, uma relação de “equilíbrio” entre os Poderes, mas uma relação de subordinação articulada do Poder Executivo ao Poder Legislativo, o qual, apesar de supremo em relação àquele, tem essa característica haurida do poder originário do povo, igualmente considerado por Locke, como supremo e dotado da prerrogativa de “[...] remover ou alterar o legislativo, quando ele considerar o ato legislativo contrário à confiança nele depositada”.<sup>9</sup> Por sua vez, Montesquieu doutrinava<sup>10</sup> que deveria haver em cada Estado três espécies de poderes, o *Poder Legislativo*, o *Poder Executivo* – das coisas que dependem do direito das gentes (*jus gentium*) – e o *Poder Executivo* – das coisas que dependem do direito civil.<sup>11</sup> Portanto, o Poder Executivo desmembrava-se em duas funções que diferiam “entre si em face do direito a ser aplicado”.<sup>12</sup> À função das coisas que dependem do direito civil cabia punir os crimes e julgar as demandas entre particulares, aplicando, para tanto, o *jus civile*, tendo sido chamada por Montesquieu de “poder de julgar”.

O “poder de julgar” não ocupava, todavia, qualquer posição de destaque funcional frente aos demais “poderes”, tendo caráter meramente técnico, cuja interpretação das normas tomava como premissa a lógica

8 “[...] não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez colocou; nem pode qualquer feito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver a sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público”. (LOCKE, 2001, p. 328)

9 LOCKE, 2001, p. 173

10 MONTESQUIEU, C. S. *O espírito das leis*. 3. ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

11 Para Locke (2001), estas duas funções, a que este autor chamou de poderes, deveriam assegurar as condições de existência da sociedade política.

12 LEAL, R. S. *Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7. No mesmo sentido, o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em “A Democracia Possível”. FERREIRA FILHO, M. G. *A democracia possível*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 96.



subsuntiva de adequação dos fatos aos textos normativos. Os juízes seriam “[...] a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”,<sup>13</sup> submetidos, na verdade, à vontade do legislador,<sup>14</sup> sob pena de ofensa ao próprio modelo de separação dos Poderes,<sup>15</sup> idealizado por Montesquieu.

Entretanto, posteriormente a esse “poder de julgar”, afeito ao exercício de suas atividades no âmbito da jurisdição legal, desenvolveu-se uma segunda modalidade de jurisdição, cujo atuação do poder jurisdicional se sobrepunha à lei, porque fundamentado em normas de índole hierárquica superior às demais do ordenamento jurídico, o que serviu para investir o “poder de julgar” em atribuição funcional, cujo papel de destaque institucional se avulta(va) frente aos demais poderes do Estado, enquanto instrumento de garantia (defesa) jurisdicional da supremacia da Constituição.

## O constitucionalismo e seus desdobramentos

As contribuições outorgadas pelo constitucionalismo, conforme ver-se-á adiante, produziram importantes reflexos na própria conformação do “poder de julgar”, ampliando sobremaneira o plexo de suas atribuições institucionais em relação à concepção de jurisdição originalmente concebida pelas anteriores teorias de Locke a Montesquieu sobre a separação de Poderes.

.....  
13 MONTESQUIEU, 2005, p. 301.

14 Tais noções de Montesquieu, no sentido de que a atividade judicial deve cingir a uma estrita subordinação e limitação do juiz à lei, constituíram de modo inequívoco as bases políticas do positivismo jurídico na França, desencadeado pela chamada “escola da exegese”. BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.

15 BOBBIO, 1995, p. 40.

## Definições, objetivos e consequências

Movimento de inspiração democrático-liberal atrelado ao fenômeno da racionalização do poder político, o constitucionalismo surgiu vetor reacionário aos regimes autocráticos dos séculos XVII e XVIII, tendo como escopo refrear o poder monárquico da época com a institucionalização de princípios da democracia liberal nascente, materializados em direitos fundamentais individuais e na imposição da separação dos Poderes institucionais do Estado. Tal movimento, “[...] que representa, em certo momento histórico, o deslocamento, do eixo de poder, cuja titularidade ou exercício era exclusivamente do soberano”,<sup>16</sup> acabou por fomentar alterações no campo jurídico e político da sociedade, sobretudo, em face do direito positivo e da estruturação dos sistemas políticos da época, respectivamente, o que desembocou em reflexos na conformação da função jurisdicional.

Identifica-se como a primeira dessas alterações o advento da constituição escrita, que, sob o influxo das ideias contratualistas,<sup>17</sup> consistia na técnica de expressar em documentos de modo articulado os princípios retores da organização do Estado, a exemplo das demais leis elaboradas pelo Parlamento.

Por outro lado, mesmo a constituição escrita,<sup>18</sup> destinada a expressar ou formalizar o elo jurídico estabelecido entre governantes e governados, com previsão da separação de Poderes e dos

.....  
16 BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 26.

17 FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

18 LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 25. No contexto desta obra, Lassalle explicita com clareza os fundamentos sociológicos de uma constituição, consubstanciados nos fatores reais de poder, fazendo uma distinção entre constituição real e constituição escrita (folhas de papel), esta última aqui referida como fomento do constitucionalismo. Para o referido autor, a constituição escrita retiraria seu fator de legitimidade da constituição real e afetiva, oriunda da força ativa que decorre dos fatores reais do poder e que todos os estados possuem e sempre possuíram em todos os momentos de sua história, não sendo privilégio dos tempos modernos.

direitos fundamentais, não seria bastante a fazer frente à supremacia do Parlamento, que poderia alterar as constituições pelas vias ordinárias, sem a elas se submeter. Necessário se fez, por conseguinte, engendrar-se outra importante alteração de cunho jurídico-formal, assegurando maior estabilidade aos preceitos constitucionais frente a uma eventual alteração circunstancial no estado de fato da sociedade, com o estabelecimento de um procedimento mais dificultoso e solene para a modificação do texto constitucional em relação às demais leis, em geral, desenvolvendo-se o chamado “sistema de constituição rígida”.<sup>19</sup> Como a adoção do sistema de rigidez trouxe um incremento procedimental no processo legislativo de mudança dos comandos constitucionais, a constituição passou a ocupar posição de destaque no ordenamento jurídico, destaque este que veio a conferir-lhe supremacia formal ante as demais normas do ordenamento jurídico (teoria do escalonamento normativo), de sorte que, onde não houver rigidez, não haverá supremacia formal da constituição.<sup>20</sup> Ressalte-se, ainda, não se poder desconsiderar que a constituição retira, outrossim, seu fundamento da supremacia do poder constituinte que a originou<sup>21</sup> e, por isso, seria dotada não só de uma supremacia formal, mas, sob essa perspectiva, de uma supremacia também material, tributária da ideia de superioridade do seu poder criador. Além disso, a constituição possui uma força normativa que lhe é inerente, mesmo que limitada

.....

19 Que se distinguem das chamadas constituições flexíveis, pois, nestas, “[...] nenhuma distinção se faz entre lei constitucional e lei ordinária, quer quanto à formação, quer quanto à validade das mesmas. Os órgãos para a legislação ordinária estabelecem, por idênticos processos, aquela que tem caráter constitucional [...]”. MELLO, 1980, p. 51 *apud* TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 27.

20 KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 247. Kelsen, com sua clássica teoria do escalonamento normativa, concebeu o direito como um sistema hierarquizado de normas jurídicas, onde, no ápice da ordem jurídica, encontra-se a constituição, considerada como fundamento supremo de validade das demais normas jurídicas, gozando em relação a estas de manifesta supremacia formal.

21 SIEYÉS, E. *A Constituinte Burguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

pelos fatores reais de poder, já que, a despeito de condicionada pela realidade histórica, graças ao seu elemento normativo, “[...] ela própria se converte em força ativa [...] e ordena e conforma a realidade política e social”.<sup>22</sup> Desse modo, no plano das valiosas contribuições legadas pelo constitucionalismo clássico, a adoção das constituições escritas e rígidas se afigurou de extrema importância, de modo a contribuir para uma mudança na própria conformação da função jurisdicional, fazendo-a volver os olhos, agora, para a aplicação e interpretação de normas de índole outra que não só legal, mas constitucional, alargando-se o âmbito de atuação da função jurisdicional, com modificação substancial do “poder de julgar” tracejado por Montesquieu, de submissão à lei.

## Jurisdição constitucional

Sobre a jurisdição constitucional, importa apresentar as premissas técnicas conceituais caras à sua compreensão, iniciando-se pelo tema da regularidade das normas subordinadas à Constituição, perpassando pela teoria do *judicial review* norte-americano, extraído de seu *leading case* paradigmático, que fincou as bases instruais e teóricas do (sistema) chamado controle difuso, seguido do sistema concentrado (austríaco) de jurisdição constitucional e a famosa tese do legislador negativo, até chegar-se, finalmente, à microcomparação entre tais sistemas, com discriminação dos seus pontos comuns e/ou dissonantes.

.....  
22 HESSE, K. *Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 24.

## O problema jurídico da regularidade e as garantias da constitucionalidade

A jurisdição constitucional, enquanto garantia jurisdicional da constituição, é um elemento do sistema de medidas técnicas destinadas a garantir o exercício regular das funções estatais, cujo caráter jurídico que se lhes avultam são observados por meio de atos de criação do direito (normas jurídicas) – função legislativa –, ou execução do direito criado (normas jurídicas estabelecidas) – funções reunidas sob o nome de execução, sendo elas a administração e a jurisdição (legal).<sup>23</sup> Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior – escalonamento normativo. A ideia de regularidade, assim, aplica-se a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito, sendo uma relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica, cujo ápice é ocupado pela constituição, tornando-a formalmente suprema às demais normas jurídicas.

Portanto, as garantias da constituição significam garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à constituição, que devem ser expedidas de acordo à nomodinâmica (forma ou procedimento) e à nomoestática (conteúdo) do texto constitucional, a provocar um deslocamento decisivo de poder, antes fundado na figura do legislador, tão caro aos regimes europeus, porque considerado supremo, de acordo ao alicerce teórico de John Locke, e, agora, escoimado no poder constituinte, enquanto “[...] potência, porque é um poder jurídico com atribuições originárias”,<sup>24</sup> criador da constituição jurídica (folhas de papel).

.....  
23 KELSEN, 2000, p. 124.

24 BRITO, 1993, p. 72. O signo “potência” para designar o poder constituinte constitui uma inovação doutrinária, cujo conteúdo semântico foi cunhado por este autor da linguagem técnica elaborada pela teoria da constituição, conforme se pode ver à p. 25 e seguintes da obra ora citada.

## O *judicial review of legislation* e o *leading case*: Marbury vs. Madison (1803)

A despeito da introdução de elementos de rigidez no texto constitucional, como contributo do constitucionalismo, impescindia a criação ou desenvolvimento de mecanismos<sup>25</sup> de fiscalização e proteção dos comandos constitucionais, já que a inexistência desse instrumental de controle resultaria na própria desgarantia formal e material da constituição. No particular, o desenvolvimento de mecanismos de controle dos atos dos poderes públicos em relação à constituição, enquanto validante das demais normas, na ideia de escalonamento normativo, deu-se primeiramente no direito inglês,<sup>26</sup> que, já nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, admitia, ainda que timidamente, o poder dos órgãos judiciários de revisar os atos legislativos e governamentais que colidissem com o *common law* ou com o direito natural.

Nos Estados Unidos da América foi onde, ante a evolução do seu constitucionalismo e do estabelecimento inovador da Constituição escrita e rígida (1776), a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis veio a ser reconhecida de forma sistemática e definitiva, de acordo à prerrogativa disposta a juízes e tribunais de afastar a aplicação, *in concreto*, de toda e qualquer norma eventualmente em estado de incompatibilidade com os preceitos constitucionais – *judicial review*.

Tal decorreu de construção da Suprema Corte americana,<sup>27</sup> tendo se consagrado no célebre *leading case* Marbury vs. Madison, de 1803,

.....  
25 O que Kelsen (2000, p. 139 e seguintes) aludiu como “garantias da regularidade”.

26 BRITO, E. Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. *ERGA OMNES*: revista da Escola de Magistrados da Bahia, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, ago. 2013.

27 Alguns pensadores defendem a ideia de que o controle de constitucionalidade dos Estados Unidos retirou seu fundamento jurídico, de garantia de superioridade das normas constitucionais, para fins de fiscalização dos atos do poder público, do próprio texto expresso da Constituição (1787). Nesse sentido, veja: CUNHA JÚNIOR, D. da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

da relatoria do *chief justice* John Marshall, o qual acentuou a competência da Suprema Corte para comparar se uma lei, no caso concreto, em caráter *incidenter tantum*, é ou não compatível com a Constituição, sob três grandes fundamentos: a) a supremacia da Constituição; b) a nulidade da lei que contrarie à Constituição; e c) o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição.<sup>28</sup> No plano técnico-jurídico, convém esclarecer que o controle de constitucionalidade desenvolvido nos Estados Unidos é um controle difuso, porque a atribuição funcional para o seu exercício não se concentra no âmbito de competência de um único órgão, a quem competiria o exercício exclusivo da jurisdição constitucional, mas no de qualquer juiz ou tribunal, e incidental, haja vista ser a temática relativa à suposta inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, questão cuja apreciação se daria no curso de uma demanda concreta, mas em caráter prejudicial à *vexata question* deduzida em seu bojo.<sup>29</sup> Quanto aos efeitos decisórios, prevalece o entendimento, nesse modelo, de que a lei declarada inconstitucional

---

p. 69-70. Todavia, defendendo o entendimento aqui esposado, no sentido de que o *judicial review* decorreu de construção pretoriana. SILVA NETO, M. J. e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 156; FERREIRA FILHO, 2006, p. 34.

- 28 Trechos em aspas retirados do Livro *Decisões constitucionaes*, de Marshall. Antes desse *leading case*, a Suprema Corte dos Estados Unidos já houvera concebido a ideia de afastar a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade em 1795, no caso *Hylton vs. United States*. Porém não o fez, porque considerou que a lei impugnada estava de acordo com a Constituição. MARSHALL, J. *Decisões constitucionaes*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903. cap. 1.
- 29 Sobre essa nítida possibilidade técnica de diferenciação entre o que vem a significar, no contexto da temática em comento, o ser incidental e o ser difuso do controle de constitucionalidade legado pelo direito norte-americano, Cunha Júnior (2019, p. 76) aduz, corroborando a diferença técnica entre tais palavras, que, “[...] embora o controle incidental venha geralmente associado ao controle difuso, com ele, entretanto, não se confunde. Nos Estados Unidos pode-se dizer que há esta coincidência, pois lá o controle incidental é sempre difuso. No Brasil, igualmente, há essa coincidência (à exceção da hipótese prevista no inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9882/99, que criou a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental a ser julgada concentradamente pelo STF). Todavia, em outros países como a Itália, a Alemanha a própria Áustria, que adotam o sistema ‘austríaco’ de jurisdição constitucional concentrada, o controle incidental é necessariamente concentrado, uma vez que exercido pelos Tribunais Constitucionais respectivos”.

é absolutamente nula (*ab initio*), pelo que a sentença que a reconhece tem cunho meramente declaratório (*ex tunc*) de uma pré-existente nulidade absoluta. Ademais, tratando-se de um processo subjetivo, em que a declaração de inconstitucionalidade é questão incidental à resolução da demanda, *in concreto*, seus efeitos cingem-se às partes (*inter partes*) envolvidas na relação jurídico-processual deduzida em juízo.

Todavia, essa limitação dos efeitos decisórios às partes cede parcialmente em face do princípio do *stare decisis*,<sup>30</sup> segundo o qual, conquanto todo órgão judicial possa exercer o controle incidental de constitucionalidade, cabe à Suprema Corte desempenhar papel crucial e hegemônico no campo do *judicial review*, competindo-lhe dizer a última (competência recursal) ou a única (competência originária) palavra a respeito das questões constitucionais, com efeito pragmático de poder, mesmo decidindo um caso concreto, e atribuir eficácia vinculativa contra todos (*erga omnes*) às suas decisões de inconstitucionalidade.

Por fim, após o *leading case* *Marbury vs. Madison*, o Poder Judiciário norte-americano passou a exercer tanto uma jurisdição legal, já vislumbrada por Montesquieu, enquanto poder de julgar ordinário, submetido à lei, quanto uma jurisdição constitucional, enquanto novo poder de julgar, haurido da própria Constituição e dotado, ainda, da função moderadora – fundada nas ideias de Benjamin Constant – dos conflitos políticos surgidos entre os demais poderes do Estado, sob a roupagem de controvérsia constitucional, o que demonstra uma mudança na conformação do poder de julgar de Montesquieu,<sup>31</sup> com

.....  
30 CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 79.

31 Todavia, o exercício pelo Poder Judiciário norte-americano, difusamente por meio dos seus juízes e tribunais, dessa espécie de controle incidental de constitucionalidade, encontra limites de índole funcional, implementados pelo próprio Poder Judiciário em questão, por meio de construção pretoriana, de modo que fosse mitigada a real preponderância institucional da jurisdição constitucional frente aos demais poderes. A título de mera citação, com fins ilustrativos, duas são as limitações, advindas de



destaque institucional do Poder Judiciário frente aos demais poderes do Estado. Partindo-se dessa diferenciação, pode-se dizer que a jurisdição constitucional será uma jurisdição também legal, quando o sistema de controle de constitucionalidade adotado for o difuso, hipótese em que o órgão de cúpula do Poder Judiciário atuará ora como uma jurisdição legal ora como constitucional, a depender do tipo de demanda que lhe seja posta à apreciação.

## O sistema concentrado (austríaco) de jurisdição constitucional e a tese do legislador negativo

Mais de um século depois do *leading case* Marbury vs. Madison, surgiu, com a promulgação da Constituição austríaca de 1920, um modelo de jurisdição constitucional peculiar, idealizado por Hans Kelsen,<sup>32</sup> diferente da ideia do *judicial review of legislation* praticado nos Estados Unidos, no qual há o acúmulo subjetivo das jurisdições como consequência de um controle exclusivamente judiciário de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público.

Esse novo modelo (austríaco) é marcado, sobretudo, pela separação orgânica da jurisdição legal da jurisdição constitucional. A primeira a ser exercida pelo Poder Judiciário, como de ordinário, e a segunda a ser exercida concentradamente por um órgão distinto, de jurisdição especial, qual seja, um tribunal constitucional, com proibição aos órgãos de jurisdição legal de declararem a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, evitando o surgimento de decisões contraditórias sobre mesmo comando constitucional, por segurança jurídica.

---

.....  
construção pretoriana, ao *judicial review* nos Estados Unidos: a) a aplicação da cláusula constitucional dos *cases or controversies*; b) e a doutrina dos *political questions*, situações em que se tornava defeso o engendro do controle de constitucionalidade, pelos juízes e tribunais, *in concreto*, porquanto, nesses casos, foge do âmbito de competência funcional dos mesmos atuar no exercício da função jurisdicional, em atenção ao princípio da separação de Poderes.

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

Mas como compatibilizar a visão europeia rígida de separação entre Poderes<sup>33</sup> com a ideia kelseniana de um controle de constitucionalidade a ser exercido exclusivamente por um tribunal constitucional, órgão especial, inteiramente independente dos demais Poderes consagrados pela doutrina clássica de Montesquieu? Aliás, a própria função precípua desse tribunal constitucional (de anulação porque contrária ao texto constitucional), por certo, constituiria ingerência no Poder Legislativo, com relativização da soberania parlamentar, tão reverenciado na Europa, onde havia verdadeira sacralização da lei, como produto do acordo entre governantes e governados.

A solução a essa questão coube a Kelsen,<sup>34</sup> com sua teoria do legislador negativo, segundo a qual a função do tribunal constitucional de anular um ato normativo de caráter geral produzido pelo Poder Legislativo consistiria, na realidade, em produzir não uma norma concreta (função do Poder Judiciário), mas uma nova norma igualmente geral e abstrata, em sentido contrário à primeira. Isso porque o tribunal constitucional não julgaria nenhuma pretensão concreta, mas tão somente o problema puramente abstrato de compatibilidade de um ato normativo com a Constituição, sem qualquer atividade de ingerência do tribunal no Poder Legislativo, porquanto estar-se-ia, em verdade, diante de uma partilha da função legislativa entre dois órgãos: entre o Parlamento, na qualidade de legislador positivo, e o tribunal constitucional, na qualidade de legislador negativo. Ambos os órgãos seriam de natureza legislativa, a despeito de o tribunal possuir organização jurisdicional.<sup>35</sup>

.....  
33 O modelo difuso de jurisdição constitucional (norte-americano) não foi adotado pela maioria dos países europeus, que até o início do século XX não haviam recepcionado a ideia de justiça constitucional.

34 Em oposição à visão de Kelsen, entendendo equivocado em atenção ao princípio da separação dos Poderes, que a um tribunal especial ou ao próprio Poder Judiciário seja confiada a tarefa de ser "guardião da Constituição", se insurgiu o alemão Carl Schmitt. SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. 2. reimp. Madrid: Alianza Universidade de Textos, 1996. Título original: *Verfassungslehre*.

35 KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 389. Vale ressaltar que a natureza de legislador negativo inerente à jurisdição

## Microcomparação – sistema norte-americano x sistema austríaco – jurisdição constitucional comparada

A presente microcomparação tem sua razão de ser afeita à necessidade, neste tópico, de análise de um objeto determinado, materializado no instituto jurídico “controle de constitucionalidade das leis”, a ser perscrutado na exata razão das semelhanças e diferenças de características que se sobressaem do confronto entre o “sistema norte-americano” e o “sistema austríaco” e alguns reflexos que esses sistemas provocaram em determinados países, sobretudo, europeus.

O sistema concentrado de controle diferencia-se, em síntese, do sistema difuso de controle, de acordo aos seguintes tópicos<sup>36</sup>: a) sob o ponto de vista “subjutivo” do órgão que exerce a jurisdição constitucional; b) sob o ponto de vista “modal”, do modo ou forma como a jurisdição constitucional é exercida e a questão da constitucionalidade é resolvida; e, finalmente, c) sob o ponto de vista “funcional”, no que concerne aos efeitos que a decisão produz, seja em relação à lei submetida ao controle, seja em relação ao caso no qual a questão de constitucionalidade foi suscitada.

No aspecto subjutivo, o controle concentrado é confiado a um tribunal constitucional, à margem da função legislativa, executiva e judiciária, compondo o organograma do Estado, órgão inteiramente independente dos demais poderes, com o monopólio<sup>37</sup> do controle de

---

constitucional foi salientada por Kelsen não só em relação ao tribunal constitucional, no exercício de um controle concentrado de constitucionalidade, mas também em relação ao próprio Poder Judiciário, este que, no exercício de um controle difuso de constitucionalidade das leis, também figuraria como legislador negativo.

36 Divisão esquemática cunhada de CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 82.

37 O exercício pelo tribunal constitucional de funções outras de natureza jurisdicional, além do controle de constitucionalidade das leis, não descaracteriza o modelo idealizado por Kelsen. Vários países europeus, que adotam o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, inserem no âmbito de competência de suas cortes constitucionais atribuições jurisdicionais não restritas ao controle de constitucionalidade das leis.

constitucionalidade das leis, interditando-se aos órgãos de jurisdição ordinária o exercício da jurisdição de caráter constitucional.

No que concerne ao aspecto modal, vale dizer, do modo como questões de constitucionalidade das leis podem ser suscitadas ou arguidas perante juízes ou tribunais competentes,<sup>38</sup> a jurisdição constitucional na Áustria, na versão originariamente da Constituição de 1920, só podia ser exercida pela via principal, mediante ação especial, diretamente no Tribunal Constitucional, sendo a discussão acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público o mérito da própria demanda, seu objeto principal. Todavia, após a revisão constitucional de 1929, ocorrida na Áustria, alguns órgãos da justiça ordinária<sup>39</sup> podem submeter ao Tribunal Constitucional eventuais controvérsias constitucionais que tenham sido deduzidas no bojo, *incidenter tantum*, de um processo ordinário subjetivo.

Enfim, quanto ao aspecto funcional, que diz respeito aos efeitos que a decisão produz, tanto em relação à lei submetida ao controle de constitucionalidade como em relação à demanda concreta, no bojo da qual tenha sido suscitada o controle de constitucionalidade, incidentalmente, as diferenças entre o sistema concentrado de jurisdição constitucional (modelo austríaco) e o do *judicial review* (modelo norte-americano) são as seguintes: enquanto no segundo a decisão produz efeitos retrooperantes (*ex tunc*), declarando a nulidade absoluta da lei (*ab initio*), no primeiro a decisão tem seus efeitos projetados para o futuro (*ex nunc*), anulando a lei (anulabilidade e não nulidade), que até

.....  
38 CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 86.

39 Segundo Cunha Júnior (2019, p. 87), na verdade, tão somente a Corte Suprema para as causas cíveis e penais, bem como a Corte Suprema para as causas administrativas é que podem, enquanto órgãos da justiça ordinária, provocar a jurisdição constitucional do Tribunal Constitucional, submetendo à sua apreciação uma questão sobre suposta inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que tenha sido suscitada *incidenter tantum*, numa demanda concreta. No mais, o exercício da jurisdição constitucional se fará por via principal, através do ajuizamento de demanda própria pelos órgãos legitimados para tanto.

então era considerada válida e eficaz.<sup>40</sup> Ademais, conquanto a decisão do tribunal constitucional – idealizado por Kelsen – tenha, em regra, natureza constitutiva da invalidade, operando efeitos *ex nunc* nos casos em que a declaração de inconstitucionalidade for suscitada, pelos órgãos legitimados para tanto, a partir de uma demanda concreta, enquanto matéria prejudicial ao deslinde da causa (via incidente de inconstitucionalidade), a revisão constitucional de 1929, ocorrida na Áustria, admitiu que a decisão do tribunal tenha efeitos retrooperantes, não se aplicando em relação aos fatos ocorridos antes da decisão que a inconstitucionalidade.

Importante referir que há dispositivo na Constituição austríaca que possibilita ao Tribunal Constitucional, no uso de competência discricionária para tanto, dispor que a anulação da lei projete seus efeitos para momento posterior à data de publicação da decisão, desde que esse diferimento dos efeitos decisórios não seja superior a um ano.<sup>41</sup> Como efeito típico do sistema de controle em que a verificação da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é exercida por um Tribunal constitucional, concentradamente, sua decisão tem efeito *erga omnes*, vale dizer, com eficácia geral, ademais de produzir efeitos repristinatórios da lei anterior, esta que fora revogada pela lei declarada como inconstitucional pela decisão do tribunal constitucional, salvo se dispuser contrariamente o tribunal.<sup>42</sup>

.....

40 Todavia, a decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo Tribunal Constitucional de outros países, como o da Itália e o da Alemanha, países que adotam o modelo austríaco de jurisdição, tem natureza declaratória (efeito *ex tunc*), reconhecendo a nulidade do ato impugnado *ab initio*, como ocorre, nesse particular, no sistema norte-americano ou difuso de controle de constitucionalidade das leis. Assim, a lei será eivada de nulidade e não de mera anulabilidade, como ocorre no sistema austríaco.

41 CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 116.

42 CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 90.

## Jurisdição constitucional brasileira

Ultrapassadas as premissas técnicas e conceituais relativas à formação institucional da jurisdição constitucional, inclusive sob sua perspectiva histórica, no Brasil o formato e o exercício da jurisdição constitucional alçou caminho próprio, sendo importante a análise de suas características, sem olvidar de algumas questões controvertidas de relevo, como aquela relativa à chamada mutação constitucional e sua questionável aplicabilidade no país, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

### Controle difuso concreto de constitucionalidade

A experiência constitucional nacional em sede de jurisdição constitucional sofreu influência do sistema difuso de constitucionalidade, nascido no ordenamento positivo brasileiro a partir da Constituição Republicana de 1891, muito influenciada pelas ideias do constitucionalismo estadunidense, incorporadas no ordenamento pátrio por obra de Rui Barbosa, estudioso da experiência federativa norte-americana.

Todavia, o modelo nacional de fiscalização de constitucionalidade não possui uma “unicidade procedimental” quanto aos modos pelos quais se pode suscitar a atuação da jurisdição constitucional em tema dessa natureza.<sup>43</sup> A despeito disso, não se pode dizer, como a maioria da doutrina nacional, que vigora no Brasil um sistema misto de controle, senão unicamente um sistema difuso.<sup>44</sup> Isso porque a prerrogativa de que gozam os juízes e tribunais brasileiros de declararem difusamente a (in)constitucionalidade das leis e atos normativos exclui a possibilidade de coexistir o sistema de controle concentrado no Brasil, este concebido<sup>45</sup> originariamente sob a pre-

.....  
43 SILVA NETO, 2006, p. 158.

44 BRITO, 2013, p. 44.

45 KELSEN, 2003.

missa institucional de funcionar por meio de um órgão (tribunal) constitucional único, com competência jurisdicional constitucional exclusiva, situado fora das estruturas intestinas do Poder Judiciário, o qual exerce apenas jurisdição legal.<sup>46</sup> Daí porque, em adesão a este último pensamento, no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é sempre difuso, o qual poderá ser exercido tanto pela via concreta quanto pela via abstrata, conforme seja o julgamento da questão constitucional levado a efeito no bojo de um caso concreto, com resolução da questão de forma *incidenter tantum* ou de acordo à análise de uma lei em tese (como questão principal), pelos seguintes veículos processuais previstos na Constituição de 1988, sendo eles: ADI, ADO, ADI interventiva, ADC e ADPF, tudo isso que afasta tecnicamente do STF a pecha de tribunal constitucional.

Sobre a via concreta de deflagração do sistema difuso de controle, a questão da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode ser ventilada, incidentalmente, no bojo de uma demanda subjetiva, enquanto questão prejudicial à *res in judicium deducta* propriamente dita (mérito da demanda), constituindo o exercício de tal controle, prerrogativa atribuída difusamente a todo e qualquer juiz ou tribunal brasileiro, que poderá recusar aplicação de uma lei inquinada de inconstitucional. Esse modo de exercício da jurisdição constitucional é denominado controle difuso-incidental de constitucionalidade, tendo no Brasil recebido conformação jurídica à semelhança da experiência pioneira dos Estados Unidos na criação do referido sistema de controle.

Vale ressaltar que, a despeito da possibilidade técnica de diferenciação, à luz do direito comparado,<sup>47</sup> entre o que vem a significar, no contexto da temática em comento, a forma incidental e o sistema difuso do controle de constitucionalidade legado pelo direito

.....  
46 Nada obsta, todavia, que, nos sistemas concentrados de controle, o tribunal constitucional acumule o exercício da jurisdição constitucional com a jurisdição legal, ordinária. Vide nota de rodapé nº 37.

47 Vide a nota de rodapé nº 39.

norte-americano, no Brasil, a forma de controle incidental é difusa,<sup>48</sup> sendo a recíproca verdadeira, o que diferencia a experiência brasileira de países como, por exemplo, Itália, Alemanha e Áustria, em que uma questão de inconstitucionalidade suscitada incidentalmente, no bojo de uma demanda concreta, cobra dos juízes e tribunais ordinários o dever de suspender o curso da demanda, submetendo a apreciação da suposta inconstitucionalidade à análise concentrada dos Tribunais Constitucionais, por faltar àqueles a possibilidade do exercício da jurisdição de caráter constitucional.

E no plano dos efeitos decisórios, no Brasil, segue-se a regra geral norte-americana, prevalecendo o entendimento de que a lei declarada inconstitucional é absolutamente nula (*ab initio*), pelo que a sentença que a reconhece tem cunho meramente declaratório, *ex tunc*, de natureza retroativa, com eficácia limitada às partes envolvidas na relação jurídico-processual. No particular, a Constituição de 1946 atribuiu ao Senado o poder de suspender, com base no art. 52, X da CF, a lei declarada inconstitucional pelo STF, em sede de controle difuso, conferindo, assim, eficácia *erga omnes* à declaração de constitucionalidade, o que se aproxima à regra do *stare decisis* norte-americano, com a exceção de que, nesse país, o efeito *erga omnes* é conferido pela Suprema Corte, enquanto no Brasil, pelo Senado Federal.

Sobre o tema, o STF na ADI 3406/RJ e na ADI 3470/RJ passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso,<sup>49</sup> segundo a qual, se o

48 À exceção da hipótese prevista no inciso I, do parágrafo único, do art. 1º da Lei 9882/99, que criou a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental, a ser julgada pelo STF.

49 Nesse sentido, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, n. 278, 4 dez. 2017.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3470/RJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amiante [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017.



plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em sede de controle concreto, essa decisão terá os mesmos efeitos daquela proferida em sede de controle abstrato, ou seja, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O min. Gilmar Mendes afirmou que é preciso fazer uma releitura do art. 52, X da CF/88. Essa nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes*, e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. O min. Celso de Mello, por sua vez, afirmou que o STF fez uma verdadeira mutação constitucional com o objetivo de expandir os poderes do tribunal com relação à jurisdição constitucional.

Assim, a nova interpretação do art. 52, X da CF/88 é a de que o papel do Senado no controle de constitucionalidade é simplesmente o de divulgar a decisão do STF. A eficácia vinculante, portanto, já resulta da própria decisão da corte.

Não se pode concordar com a tese firmada pelo STF, no sentido da mutação constitucional do art. 52, X da CF, por meio de um processo informal, por ato jurisdicional, de mudança da Constituição jurídica, porque indevida é qualquer alteração das regras originárias de atribuições constitucionais de competências, fixadas pela potência da função constituinte, sob pena, *in casu*, de intromissão de um poder (Judiciário – STF) no plexo de atribuições de outrem (Legislativo – Senado Federal). O texto originário em questão diz competir privativamente ao Senado Federal “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”, constituindo-se, no particular, um limite imanente material, do tipo implícito,<sup>50</sup> à alteração do texto constitucional, porquanto

.....  
50 Sobre o tema “limites das alterações constitucionais” e classificação anteriormente utilizada, consultar Brito (1993, p. 87-98).

esse poder de suspensão é uma manifestação do poder de revogação legislativa,<sup>51</sup> que não pode ser, por via transversal, desconsiderado pelo STF, por meio de um processo informal de mudança da constituição, pela via interpretativa, como fez essa corte.

Esse processo de mutação decorrente da interpretação das normas constitucionais não pode atuar à míngua de limites materiais, sob pena de se dotar o órgão jurisdicional guardião da Constituição de um poder constituinte permanente, subvertendo-se compromisso institucional que decorre da separação de funções. É oportuno o alerta feito por Canotilho:

Problema mais complicado é o que se levanta quando existe uma radical mudança de sentido das normas constitucionais. Perspectiva diferente se deve adotar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na força normativa dos fatos, pretenda ‘constitucionalizar’ uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a ‘constitutio scripta’.<sup>52</sup> O primeiro limite que se opõe à mutação constitucional diz respeito ao próprio texto interpretado. Em outras palavras, a interpretação do dispositivo, e sua eventual mutação, deve se dar dentro da moldura interpretativa traçada pelos possíveis significados e sentidos do texto (núcleo mínimo de sentido). Não se admite como legítima, ou como constitucional, a tentativa de se conferir a um texto um sentido que não pode dele ser extraído. Admitir essa espécie de transformação é admitir a modificação não do sentido da norma, mas do próprio texto; é dotar o órgão interpretativo de um poder constituinte permanente, subvertendo todo o sistema de separação de Poderes e de Estado de Direito insculpidos em nossa Constituição.

.....  
51 BUZAID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

52 CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 1242.

Um outro limite à mutação constitucional deriva, em parte, do primeiro. A mutação não pode, ainda que o novo sentido se encontre dentro dos traços do texto constitucional, violar os princípios estruturantes da Constituição. Ou seja, o novo sentido atribuído ao texto não pode contrariar princípios constitucionais fundantes do próprio sistema (isonomia, dignidade da pessoa humana, soberania etc.), nem pode, por meio da mutação, subverter princípios que orientam a própria transformação da ordem constitucional, tais como a separação de Poderes, o devido processo legal e a democracia representativa, já que a competência atribuída ao Senado pelo art. 52, X é o desdobramento de um modelo de participação democrática no controle difuso. Excluir tal competência significa retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo.

Assim, a interpretação que se pretende dar ao art. 52, X da CF/88, como fez o STF, na ADI 3406/RJ e na ADI 3470/RJ, não resulta de uma legítima mutação constitucional, mas de uma tentativa ilegítima (inconstitucional) de modificação do próprio texto constitucional.

## O controle difuso abstrato de constitucionalidade

O controle difuso abstrato de constitucionalidade foi introduzido no Brasil no ano de 1965, em plena ditadura militar, pela Emenda Constitucional nº 16 à Constituição de 1946,<sup>53</sup> alinhando-se ao sistema difuso-incidental de controle como instrumento de verificação da compatibilidade entre leis e atos normativos com a Constituição.

Até o advento da Constituição de 1988, momento a partir do qual o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro sofreu profunda modificação, o forte acento na ideia de controle de constitucionalidade das leis residia no amplo e dominante sistema difuso, pela via

.....  
53 Impende ressaltar que a Constituição do Brasil de 1934 já continha a possibilidade de representação interventiva por iniciativa do procurador-geral da República perante o STF.

concreta de controle, constituindo-se o sistema de controle abstrato “[...] algo acidental e episódico dentro do sistema difuso”.<sup>54</sup> Todavia, com a Constituição de 1988, houve uma tentativa de redução do sistema difuso de controle de constitucionalidade, ao ser ampliado<sup>55</sup> o rol dos entes legitimados para a provocação da jurisdição constitucional a ser exercida de forma abstrata (art. 103 da CF), e o número de ações abstratas, permitindo “[...] que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.<sup>56</sup> O controle difuso de constitucionalidade, pela via abstrata, constitui-se, conforme entendimento adotado pelo STF, processo de natureza objetiva,<sup>57</sup> em que é questionada a própria inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese, enquanto objeto mesmo da *res in judicium deducta* (relação de mérito), não comportando dilações acerca de temática outra que não a própria *vexata question* constitucional, sendo defeso deduzir, por isso, situações de interesses meramente individuais, de natureza subjetiva. Nesse compasso, o objeto da ação (*thema decidendum*) é a própria declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese, advindo daí a qualificação de tal controle

.....  
54 MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 89.

55 Anteriormente a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade restringia-se ao procurador-geral da República, que detinha seu monopólio, apesar de ele figurar sobre essa ordem constitucional, ainda, como verdadeiro advogado geral da União, defendendo os interesses desta.

56 MENDES, 2005, p. 89.

57 A natureza objetiva do processo de controle abstrato advém do fato deste ser utilizado como veículo de defesa objetiva da Constituição. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF*. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91. Requerentes: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves, 1 de dezembro de 1993.; MENDES, G. F. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional nº 3/93*. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 51-106.

como um meio abstrato de fiscalização; abstrato porque o controle é exercido sem análise de alguma controvérsia ou litígio travado entre as partes definidas em um caso concreto, mas considerando a lei em tese, porquanto o que justifica essa via de controle de constitucionalidade é a defesa objetiva da Constituição.

Impende-se frisar que, conquanto caber ao Poder Judiciário, nas ações em geral, cingir-se aos limites objetivos da demanda (arts. 468 e 469 do CPC), consubstanciados na causa de pedir e na pretensão deduzida em juízo, sob pena de prestar a tutela jurisdicional além do que fora realmente pleiteado, nas ações destinadas a provocar o exercício abstrato da jurisdição constitucional pelo STF, este não fica adstrito ou limitado à *causa petendi* deduzida pelos legitimados à propositura da ação direta, em exceção à regra processual geral.

Ordinariamente, no sistema difuso abstrato de controle constitucionalidade, o pedido delimita qual ato normativo está sendo questionado e sobre o qual irá incidir os efeitos da coisa julgada material decorrente das decisões definitivas de mérito, só podendo o STF apreciar, tão somente, o ato normativo impugnado. Já no âmbito da *ratio decidendi*, o Pretório Excelso tem sua liberdade decisória condicionada à persecução da resposta constitucionalmente mais adequada, a partir do parâmetro de controle escolhido no escopo de declarar uma norma como inconstitucional, de modo a não estar tal órgão vinculado às razões aduzidas que justificaram o pedido da ação, sob o fundamento de que, nas ações diretas, a causa de pedir é aberta, não vinculada.<sup>58</sup> O controle difuso de constitucionalidade

.....  
58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 561/DF*. Requerente: Partido dos Trabalhadores (PT). Relator: Min. Celso de Mello, 23 de agosto de 1995. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nas ações diretas em que o processo é objetivo, a causa de pedir deduzida pelo requerente (um dos legitimados à propositura da ação) pode ser desconsiderada e substituída por outra, por iniciativa do próprio Tribunal. A esse respeito, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1358/DF*. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 1995.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

pela via abstrata é exercido pelo STF ou pelos tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal, de acordo ao parâmetro de controle ser, respectivamente, a Constituição Federal ou a constituição dos estados-membros, pelo que a ação pertinente será ajuizada por um dos seus legitimados (art. 103 da CF) diretamente perante tais tribunais, sendo defeso a qualquer outro órgão do Poder Judiciário competência para proceder a verificação em abstrato da constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Nesse particular, no âmbito da competência do STF para o exercício sob a via abstrata da jurisdição constitucional, a atual Constituição Federal, no seu art. 102, I, a, inclui entre as prerrogativas desse órgão maior o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade somente de leis ou atos normativos federais e estaduais que estiverem em relação de contrariedade vertical com a Constituição, não fazendo alusão tal dispositivo – silêncio eloquente<sup>59</sup> – a possível competência do Pretor para apreciação de leis ou atos normativos municipais em regime de contrariedade ao texto constitucional. Em razão da ausência de previsão constitucional expressa, no sentido de franquear ao STF competência para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal perante a Constituição Federal,<sup>60</sup> a jurisprudência do próprio Supremo tem entendido pelo não conhecimento de ações dessa espécie, ante a impossibilidade jurídica do pedido.<sup>61</sup> Nesse diapasão, tratando-se de lei municipal contrária à

---

Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1606/SC*. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Roberto Barroso.

59 "Opção do legislador em excluir, intencionalmente, certo fato do comando legal". DINIZ, M. H. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

60 A lei municipal que contrariar a constituição estadual, todavia, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o tribunal de Justiça do respectivo estado, consoante o art. 125, § 2º da C.F.

61 Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1803/SP*. Requerente: Mesa da Câmara Municipal de Cruzeiro. Relator: Min. Moreira Alves, 19 de março de 1998.

Constituição Federal, possível será apenas o controle difuso-incidental de constitucionalidade, podendo a questão ser examinada pelo STF *incidenter tantum*, no bojo de uma demanda concreta, com efeitos *inter partes*, via recurso extraordinário ou via ADPF, nesse caso, abstratamente com o objetivo de obter a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade toda vez que, da controvérsia judicial instaurada, possa resultar sério prejuízo à aplicação da norma, com possível lesão a preceito fundamental da Constituição.

As decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional exercida pela via abstrata no Brasil possuem eficácia *erga omnes*, irradiando efeitos para todos os possíveis destinatários da norma. Vale dizer, “[...] a sentença tem eficácia subjetiva *erga omnes*”,<sup>62</sup> valendo para todos, de modo a produzir a coisa julgada mesmo para as pessoas e órgãos que não participaram da ação, pelo que não poderá incidir nova espécie de controle de constitucionalidade sobre um mesmo ato que já fora apreciado (qualidade da coisa julgada), nos termos do pedido deduzido em juízo. Outrossim, declarada a inconstitucionalidade de lei estadual ou federal, a decisão terá efeitos retroativos (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo desde a sua origem o ato declarado inconstitucional, junto a todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (efeito *ex tunc*).<sup>63</sup> Note-se que, em abono à tese de que o sistema de controle no Brasil é unicamente difuso e diferente do sistema concentrado de jurisdição constitucional, quando da análise da questão constitucional em tese, como regra, a decisão produz efeito repristinatórios *ex tunc*, com efeitos meramente

.....  
62 ZAVASCKI, T. A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 51.

63 MORAES, A. de. *Curso Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 625.

declaratórios da nulidade (*ab initio*), o que não se compatibiliza com o modelo austríaco, idealizado por Kelsen, no qual a decisão, como regra prolatada pelo tribunal constitucional, tem efeito prospectivo *ex nunc*, anulando a lei (decisão de natureza constitutiva da invalidade), que até então era considerada válida e eficaz, daí porque falar-se, neste último sistema, de anulabilidade e não nulidade da lei ou ato normativo.<sup>64</sup> Além disso, a declaração de nulidade de uma lei ou ato normativo, em tese pelo STF, tem efeitos repristinatórios da norma anterior que por ela havia sido revogada, uma vez que a norma inconstitucional, conforme visto, é nula, não se podendo dela extrair os efeitos não repristinatórios presentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),<sup>65</sup> ao nível do seu art. 2º, §3º.<sup>66</sup> Excepcionalmente, todavia, pelo permissivo legal consagrado no art. 27 da Lei 9868/99, o STF poderá modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese, ou limitar sua amplitude, desde que, presente razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (requisito legal material), assim decida a maioria de 2/3 dos seus membros (requisito legal formal).<sup>67</sup> Portanto, a regra de efeito *ex tunc* (eficácia temporal) e

.....

64 Todavia, a decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo Tribunal Constitucional de outros países, como o da Itália e o da Alemanha, países que adotam o modelo concentrado de justiça constitucional, tem natureza declaratória (efeito *ex tunc*), reconhecendo a nulidade do ato impugnado *ab initio*, como ocorre, neste particular, no sistema norte-americano ou difuso de controle de constitucionalidade das leis. Assim, a lei será eivada de nulidade e não de mera anulabilidade, como ocorre no sistema austríaco.

65 A Lei de Introdução ao Código Civil, considerada por muitos como a "lei geral das leis", passou a chamar-se Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com o advento da Lei nº 12.376/2010.

66 Sobre os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade, ver o voto do ministro Celso de Mello: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2215/PE*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator: Min. Celso de Mello, 17 de abril de 2001. Diário da Justiça: Brasília, DF, 26 de abr. 2004.

67 Diz o texto legal, *ipsis literis*: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros,



*erga omnes* (amplitude eficaz), como corolário das decisões do STF proferidas em sede de controle de constitucionalidade sob a análise abstrata da questão constitucional, poderá ser afastada, em certos casos, observado o requisito material e formal da referida legislação infraconstitucional, no escopo de que as decisões do Pretório tenham seus efeitos limitados e constitutivos da nulidade, este último na esteira do sistema austríaco de jurisdição concentrada.

Ainda no plano dos efeitos das decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional pela via abstrata, a Lei 9.868/99 também previu o questionável efeito vinculante às declarações de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, encampando orientação anterior da Emenda Constitucional nº 03/1993, que atribuía efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o que foi estendido pelo legislador infraconstitucional às decisões de mesmo grau proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI).

Ainda, a competência reformadora editou a Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, alterando a antiga redação do art. 102, § 2º do CF, outrora já alterado pela Emenda Constitucional nº 3/93, para prever que tanto as ações declaratórias de constitucionalidade quanto as ações diretas de inconstitucionalidade produzirão efeito vinculante em relação aos demais Poderes.

---

restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 nov. 1999. A referida lei (nº 9868/98) foi responsável por regulamentar o procedimento de julgamento tanto da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) quanto da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, conquanto o regimento interno deste Tribunal já contivesse disposições sobre tal procedimento.

Finalmente, dentre as técnicas utilizadas pelo STF no exercício do controle de constitucionalidade, tem-se a declaração parcial de nulidade sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, consagradas no Brasil, em especial, a partir da Lei nº 9.868/99 (Lei da ADI, ADO e ADC), cuja previsão resultou do parágrafo único, do seu art. 28. Ambas as técnicas compartilham do mesmo objetivo, que é a preservação de uma norma, aparentemente inconstitucional, no sistema jurídico. Mas distinguem-se quanto ao modo de correção dos vícios de inconstitucionalidades.

Com base na técnica da “interpretação conforme a constituição”, que somente se aplica em face de normas plurissignificativas (com diferentes possibilidades de interpretação), ocorre a exclusão de determinadas “hipóteses de interpretação” (um ou mais sentidos inconstitucionais), efetivando aquele sentido que possuir compatibilidade com o texto constitucional, conforme se verificou na ADI 4.277, no bojo da qual o STF reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, quando atribuiu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.<sup>68</sup> Por seu turno, com esteio na técnica da “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, considera-se inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem preceder à alteração do seu programa normativo. Seu objetivo não é afastar meros sentidos interpretativos (inconstitucionais) da norma, mas subtrair desta determinada situação inconstitucional, inserida no campo de sua aplicabilidade. Essa técnica foi utilizada na ADI 1.946,<sup>69</sup> no bojo da qual o STF declarou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 14 da EC. 20/98 (que instituiu o teto para os benefícios previdenciários do RGPS),

68 Veja em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>.

69 Veja em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>.

para excluir sua aplicação ao benefício do salário maternidade (licença gestante), que deve ser pago sem sujeição a teto e sem prejuízo do emprego e do salário, conforme o art. 7º, XVIII da CF.

Destarte, existe no Brasil um sistema de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público, sendo ele difuso, a ser exercido pela via concreta ou abstrata. Tal sistema de controle constitui-se, em regra, quanto ao momento de seu exercício, um modelo repressivo de constitucionalidade, porquanto a incidência do controle se dá após a entrada da malsinada norma no ordenamento jurídico, sob a responsabilidade do Poder Judiciário, que tem como atribuição funcional, além da jurisdição legal ou ordinária, o exercício da jurisdição de caráter constitucional ou extraordinária, cumulação de jurisdições consentânea, por origem, com o modelo norte-americano de controle difuso de constitucionalidade, não existindo, por isso, no Brasil, um tribunal constitucional com competência exclusiva para o exercício, no particular, da jurisdição constitucional, com exclusão dos órgãos do Poder Judiciário.

Ainda, de forma excepcional, o STF tem admitido o exercício da jurisdição constitucional, quanto ao momento de controle constitucionalidade, de forma preventiva, a ser exercitado pelo Poder Judiciário, quando do ajuizamento de mandado de segurança por qualquer dos parlamentares que tenha sofrido violação no seu direito público subjetivo à correta formação das espécies normativas, como corolário do devido processo legislativo constitucional.<sup>70</sup> Em tal hipótese, o controle de constitucionalidade será preventivo, exercido pela via concreta e *incidenter tantum*, como questão prejudicial ao mérito da demanda.

Diante de todo exposto, no contexto de expansividade institucional da jurisdição constitucional e sua maior politização no Estado

.....  
70 Sobre o tema ver o MS n.º 24.645, Rel. Min. Celso de Mello; MS n. 22.503-3/DF – Rel. para o acórdão Min. Mauricio Corrêa. Conferir, ainda, RTJ 112/598; 112/1023; RTJ 116/67; RTJ 137/1053; RTJ 114/537. Na doutrina, Alexandre de Moraes (2002, p. 597) comunga desse posicionamento, defendendo-o expressamente.

contemporâneo, enquanto realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais, as decisões do STF proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com a adoção do efeito vinculante pela ordem jurídica nacional, ganham reforço de incomensurável valor impositivo-controlador do discurso jurídico,<sup>71</sup> em nível de interpretação e de aplicabilidade das normas de caráter constitucional, de modo a obstar, sob o pretenso argumento de prestígio à segurança jurídica, a perpetuação de controvérsias interpretativas sobre a Constituição, induzindo à unificação da prática e da interpretação constitucional, posição de questionável constitucionalidade.

## Conclusão

Afinal, qual o conceito de jurisdição constitucional e de jurisdição constitucional comparada?

A definição de jurisdição constitucional perpassa pela noção de que, enquanto “garantia jurisdicional da Constituição”,<sup>72</sup> ela é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por finalidade garantir o exercício regular das funções estatais. A jurisdição constitucional é tomada, assim, no sentido de atividade jurisdicional, como evolução da jurisdição legal e forjada institucionalmente como instrumento de garantia (defesa) jurisdicional da supremacia da Constituição. No particular, essa garantia se materializa por meio de um instrumental técnico desenvolvido por evolução do constitucionalismo e vocacionado a controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos, verificando o regime de compatibilidade destes com o devido processo legislativo constitucional ou do conteúdo material das normas constitucionais.

.....  
71 Para Kaus Schlaich trata-se da canonização das frases do Tribunal (Constitucional) contidas na motivação de suas sentenças. SCHLAICH, K. *Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1984.

72 KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123.

Entretanto, reduzir a jurisdição constitucional apenas ao controle de constitucionalidade é limitar o seu campo de abrangência. Outras manifestações incluem-se na sua órbita e realçam a sua compreensão, que passa: a) pela tutela dos direitos fundamentais frente a qualquer disposição dos poderes públicos; b) pela resolução dos conflitos de atribuições entre os poderes de Estado; c) pela fiscalização das atividades dos titulares de órgãos constitucionais; d) pelo controle da legitimidade dos partidos políticos e pelas funções do contencioso eleitoral; e) pela manutenção e garantia da democracia e pelo sistema de *checks and balances*; f) pela passagem da soberania parlamentar, na maioria dos sistemas constitucionais ocidentais, para a soberania da constituição, reforço da legalidade no Estado Democrático de Direito e legitimidade constitucional.

Assim, a jurisdição constitucional se define como uma garantia da constituição, realizada por meio de um órgão de competência constitucional, integrante ou não da estrutura intestina do Poder Judiciário, por meio de um processo jurisdicional, orientado à verificação da adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, no âmbito do exercício da própria atividade em si dos poderes constituídos ou do exercício de suas competências reformadoras, com destaque à finalidade maior imanente à jurisdição constitucional de, a um só tempo, proteção e realização dos direitos fundamentais e da separação de Poderes.

No que pertine às propriedades descritivas das características possíveis a essa categorização (definição), destacam-se, no cerne da jurisdição constitucional e da jurisdição constitucional comparada, tudo aquilo que foi objeto da seção 4 deste capítulo, a partir do que se pode concluir que a jurisdição constitucional representa, sem dúvida, uma garantia da democracia frente ao levante legislador arbitrário atuante à margem da dimensão axiológica da constituição ou que se omite da realização ou da implementação prática de comandos

presentes no texto constitucional, como condições para a efetivação e o desenvolvimento do sistema valorativo da constituição.

Daí porque a legitimidade da jurisdição constitucional, sintetizada nas várias posições doutrinárias que buscam conciliar a justiça constitucional e a democracia, reside verdadeiramente na vontade soberana do povo que a institui, por meio da potência constituinte, para assegurar, de um lado, a força normativa e a supremacia da Constituição, e de outro, o acesso imediato aos direitos fundamentais e a participação política das minorias no processo democrático. A jurisdição constitucional existe tanto para garantir e proteger a constituição, como para assegurar seu desenvolvimento e adaptação ao longo do tempo.

## Referências

BACHOF, O. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2014.

BOBBIO, N. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*. Brasília, DF: Edunb, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF*. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91. Requerentes: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves, 1 de dezembro de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 561/DF*. Requerente: Partido dos Trabalhadores (PT). Relator: Min. Celso de Mello, 23 de agosto de 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1358/DF*. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 1995.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1606/SC*. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1803/SP*. Requerente: Mesa da Câmara Municipal de Cruzeiro. Relator: Min. Moreira Alves, 19 de março de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2215/PE*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator: Min. Celso de Mello, 17 de abril de 2001. Diário da Justiça: Brasília, DF, 26 de abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*: Brasília, DF, n. 278, 4 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3470/RJ*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017.

BRITO, E. Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. *ERGA OMNES*: revista da Escola de Magistrados da Bahia, Salvador, ano 5, n. 7, p. 35-52, ago. 2013.

BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

BRITO, E. Teoria da Decisão. *Revista do MAGISTRADO*, Salvador, ano 2, n. 2, ago. 2005.

BUZAID, A. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.
- CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CUNHA JÚNIOR, D. da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 2.
- FERREIRA FILHO, M. G. *A democracia possível*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOUGH, J. W. A separação de poderes e soberania. In: QUIRINO, C. G.; SOUZA, M. T. S. R. de. (org.). *O pensamento político clássico*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- HOBBS, T. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HORTA, R. M. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LASSALLE, F. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.



- MARSHALL, J. *Decisões constitucionales*. Tradução de Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.
- MENDES, G. F. Ação Declaratória de Constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional nº 3/93. In: MARTINS, I. G. da S.; MENDES, G. F. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 51-106.
- MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MONTESQUIEU, C. S. *O espírito das leis*. 3. ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MORAES, A. de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, A. de. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- SCHLAICH, K. *Tribunales Constitucionales Europeus y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1984.
- SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. 2. reimp. Madrid: Alianza Universidade de Textos, 1996. Título original: Verfassungslehre.
- SIEYÉS, E. *A Constituinte Burguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA NETO, M. J. e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.
- STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TAVARES, A. R. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ZAVASCKI, T. A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# **AGRUPAMENTO DE JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS: ABORDAGENS MICRO, MACRO E MESOCOMPARADAS: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, INGLATERRA, ITÁLIA, PORTUGAL, ESPANHA, FRANÇA, ALEMANHA, AUSTRÁLIA, CANADÁ, NOVA ZELÂNDIA, ÍNDIA E JAPÃO**

*Sêmada Paranhos Freitas*

## **Introdução**

O direito comparado é uma disciplina jurídica que tem por objeto a comparação de direitos, ou seja, o estudo comparativo sistemático de diferentes ordens jurídicas – por norma, ordens jurídicas estaduais –, com vista a identificar as semelhanças e as diferenças existentes entre essas ordens jurídicas e a explicar as razões que presidem às semelhanças e às diferenças encontradas<sup>1</sup>.

O estudo do direito comparado tem sido uma crescente fonte de interesse para os estudiosos do direito. Dentre os diversos temas da comparatística do direito, existem os métodos comparativos,

.....  
1 JERÓNIMO, P. *Lições de Direito Comparado*. Braga: ELSA, 2015. p. 11.

como o comparativo-descritivo, técnico-comparativo, funcional-comparativo e comparativo-estrutural, como também há diversificados métodos interpretativos, como o gramatical, histórico, teleológico e sistemático, de diferentes estudiosos e percussores, embora questões pretéritas ainda se façam presentes na atualidade.

O confronto das diferenças e semelhanças no direito consiste em “[...] abranger a real atuação das normas e institutos jurídicos alienígenas, se valendo da doutrina e jurisprudência e de ciências auxiliares, como também deverá esforçar-se o seu cultor por extrair conclusões da comparação”, asseverou Dantas<sup>2</sup>.

É nesse sentido que o direito comparado emerge dos trabalhos de legislação estrangeira e das obras fragmentárias do direito estrangeiro, pioneiros na temática que está em constante evolução e objeto de desafio para os juristas, como desde bem-visto nas decisões constitucionais de Marshall, tornando-se o julgado fonte de referência para os demais órgãos julgadores mundiais.

Dessa forma, fala-se em *repcionar* o sistema ou ordenamento alienígena por outro ordenamento, existindo no ordenamento jurídico inúmeras possibilidades de comparação, seja em todo ou parte do sistema jurídico

O propósito deste capítulo é analisar, sobretudo, o agrupamento das jurisdições constitucionais das famílias ou sistemas de direito romano-germânico e do *common law*, numa comparatística do direito na perspectiva de uma abordagem micro, macro e mesocomparada.

.....  
2 DANTAS, I. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64.

## Breves considerações sobre o direito comparado

Para compreender o termo “direito comparado”, apenas equiparar ordenamentos jurídicos distintos não é suficiente. Partindo-se do pressuposto do direito enquanto ciência e método, estudiosos têm a missão de extrair conclusões na avaliação das semelhanças e dissimilaridades entre os elementos em comparação existentes, na constante busca pelo ordenamento jurídico que deseja a sua comparação, por meio dos métodos comparativos, quais sejam: comparativo-descritivo, técnico-comparativo, funcional-comparativo e comparativo-estrutural, além de outros métodos interpretativos (gramatical, histórico, teleológico e sistemático de Savigny). Dessa forma, o método de busca do direito, enquanto ciência, a ser comparado, torna-se mecanismo de entendimento na pesquisa científica.

### Conceito

É “o Direito Comparado, ciência autônoma para alguns, simples método para outros, como sendo o estudo de duas ou mais famílias de direito, sistemas ou ordens jurídicas, a partir do (s) método (s) comparativo (s)”, propuseram os autores Sgarbossa e Jensen<sup>3</sup>.

Inicialmente, é preciso entender que o verbo *comparar* remete ao juízo de valor do pensamento humano. Enfim, a etimologia da palavra de origem latina (*comparare*), o verbo transitivo direto e transitivo indireto: segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, *comparar* significa: “1. Estabelecer confronto entre; confrontar, cotejar. 2. Igualar, equiparar [...]”<sup>4</sup>.

3 SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de Direito Comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 17.

4 FERREIRA, A. B. de H. *Dicionário Aurélio escolar da Língua Portuguesa*. 2. ed. Curitiba: Positiva, 2011. p. 228.

Nesse segmento, consiste o direito comparativo num estudo aprofundado pelos juristas de sistemas ou ordens jurídicas (nomenclatura utilizada por diversos autores para designar agrupamentos dos ordenamentos jurídicos, a serem vistos adiante), estabelecendo semelhanças e diferenças.

Equiparar diferenças e semelhanças no direito, portanto, é

abranger a real atuação das normas e institutos jurídicos alienígenas, se valendo da doutrina e jurisprudência e de ciências auxiliares, como também deverá esforçar-se o seu cultor por extrair conclusões da comparação<sup>5</sup>.

Mas, para alguns doutrinadores, há divergências no direito comparado quanto a sua qualificação como ciência ou método. Enquanto ciência, o direito comparado utiliza-se de métodos comparativos (comparativo-descritivo, técnico-comparativo, funcional-comparativo e comparativo-estrutural, que terão breve abordagem adiante), como também de outros métodos interpretativos (gramatical, histórico, teleológico e sistemático de Savigny), objetivando a compreensão do ordenamento que se deseja comparar, para então, posteriormente, avaliar as semelhanças e dissemelhanças entre os elementos em comparação existentes, prevalecendo, assim, o provável entendimento do “direito comparado como ciência, ou seja, tem o mesmo valor da expressão Teoria do Direito Comparado”<sup>6</sup>. Dito isso:

O método comparativo é apenas uma das ferramentas do Direito Comparado não comprometendo seu caráter científico, até porque, nessa seara do fenômeno jurídico, o estudioso se vale

.....  
5 DANTAS, 2006, p. 64.

6 DANTAS, 2006, p. 64.

de outros instrumentos inseridos no cotidiano dos operadores do Direito considerado na sua generalidade<sup>7</sup>.

Maria Helena Diniz, que não se mostra diferente de Carvalho, ora referenciada pelos autores Sgarbossa e Jensen, assevera que o “*método é, ao mesmo tempo, a direção ordenada do pensamento na pesquisa científica e a garantia de veracidade do conhecimento científico*”<sup>8</sup>.

No entanto, essa afirmativa se traduz como o método sendo mecanismo para o entendimento do uso da pesquisa científica no auxílio interpretativo do direito comparado, enquanto ciência, adotado pelos comparatistas.

## Recepção legislativa

Para que haja a hermenêutica do direito comparado do ordenamento jurídico que se deseja a compreensão, não basta comparar, a título de exemplo, a legislação nacional com a legislação estrangeira. Isso porque o direito estrangeiro foi adotado por juristas como solução para dirimir os conflitos normativos internos do ordenamento. Na declaração de Marc Ancel (1980):

Apesar da diversidade das legislações, existe uma universalidade do direito; o conhecimento do direito estrangeiro é frequentemente indispensável ao advogado, ao juiz e ao árbitro; permite ao jurista uma melhor compreensão do direito nacional, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, através de uma comparação com o direito estrangeiro; o método comparativo é indispensável ao estudo da História do Direito

7 CARVALHO, W. Direito Comparado: método ou ciência? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 45, n. 180, p. 139-145, 2008.p. 144.

8 CARVALHO, 2008 *apud* SGARBOSSA; JENSEN, 2008. p. 144.

e da Filosofia do Direito; nenhuma legislação nacional pode dispensar o conhecimento das legislações estrangeiras<sup>9</sup>.

Daí se fala do fenômeno da recepção legislativa, defendido por Ana Lúcia de Lyra Tavares, como sendo a “[...] introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema”<sup>10</sup>, existindo no ordenamento jurídico inúmeras possibilidades de comparação, seja em todo ou parte do sistema jurídico.

O direito estrangeiro é o estudo de qualquer sistema jurídico que não seja a do sistema pátrio do estudioso, pois é a matéria-prima do direito comparado<sup>11</sup>. Os autores mencionados anteriormente falam sobre a legislação comparada como aquela em que é possível realizar a comparação de duas ou mais normas ou institutos entre sistemas ou ordenamentos jurídicos diversos. Isso nos permite falar em um dos institutos básicos de direito comparado: microcomparação, macrocomparação e mesocomparação.

Dessa forma, a comparação de duas ou mais normas ou institutos da jurisdição comparatista, feita pelos juristas, parte do pressuposto da análise cotejada de normas e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais do ordenamento estrangeiro com o ordenamento jurídico que recepcionará tal norma ou instituto de outro sistema jurídico.

## Institutos jurídicos de direito comparado: microcomparação, macrocomparação e mesocomparação

Instituições jurídicas são aquelas que formam um conjunto de leis, normas, princípios e organizações de dado ordenamento jurídico, que

9 ANCEL, M. *Utilidade e métodos do Direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980.

10 TAVARES, A. L. de. A utilização do Direito comparado pelo legislador. *Revista Contextos*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p. 85-93, 1987. p. 86.

11 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 84-85.

poderão ser tomados como métodos de comparação. Nesse segmento, estamos diante de um estudo microcomparativo de institutos jurídicos (ordenamentos jurídicos), objetivando-se agrupar duas ou mais jurisdições constitucionais análogas e diferentes, apurando, assim, perspectivas ou critérios de um estudo comparativo. Nesse ínterim, é possível falar do estudo macrocomparativo de dois ou mais institutos jurídicos em sentido amplo do próprio ordenamento jurídico (*stritu sensu*) com mais de duas famílias de direito (*latu sensu*).

Por fim, é no estudo da mesocomparação que objetiva os múltiplos ramos do direito sob as perspectivas da micro e macrocomparação do ordenamento jurídico.

### *Conceito*

Primeiramente, é preciso compreender que o termo “instituições” é, segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, “1. O conjunto das leis, das normas que regem uma sociedade política. 2. O conjunto das estruturas sociais estabelecidas, especialmente as relacionadas com a coisa pública”<sup>12</sup>.

Apesar de múltiplos estudiosos apontarem os variados métodos interpretativos de direito comparado, alguns vistos precedentemente, outros juristas tratam como instituto a própria norma jurídica, dentro do contexto juscomparatista do ordenamento, que se busca a compreensão.

A palavra “instituto” tem seu sentido etimológico derivado do latim *institutus*, significando, sinonimamente, regulamento, estatuto, regimento, regra, lei, norma, princípios, regime, regulamentação.

Nesse diapasão, no campo jurídico, fala-se em instituto jurídico como “um conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam

.....  
12 FERREIRA, 2011, p. 516.



ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério”<sup>13</sup>. Esse contexto permite falar da perspectiva de uma abordagem microcomparada de sistemas jurídicos, de análogas e diferentes ordens jurídicas.

E, nesse sentido, Patrícia Jerónimo acrescenta que a comparação de direitos pode assumir diversas modalidades, consoante o objetivo que presida ao estudo comparativo. Simplificando, diremos que podemos ter estudos macrocomparativos e estudos microcomparativos<sup>14</sup>.

Entende-se como microcomparação “o estudo de um ou mais institutos jurídicos, princípios ou regras, em dois ou mais sistemas jurídicos. [...] Aborda determinadas *frações* ou *aspectos* dos sistemas considerados, não seu conjunto”<sup>15</sup>. Afirmam ainda Sgarbossa e Jansen que “a Microcomparação busca examinar objeto determinado, de tal instituto, princípio ou regra jurídica, analisada comparativamente em dois ou mais sistemas jurídicos, a exemplo, no direito brasileiro, da ampla defesa”<sup>16</sup>.

Isso posto, conforme explicitado anteriormente, os juscomparatistas realizam a microcomparação de dois ou mais ordenamentos ou sistemas jurídicos diferentes por meio do estudo de um ou mais institutos jurídicos, “para um determinado problema (dissolução do casamento, uso de símbolos religiosos nas escolas, combate ao tráfico de droga, filiação, etc.”<sup>17</sup>.

A macrocomparação é o estudo de dois ou mais sistemas do direito, em sentido amplo ou estrito, realizado de forma mais abrangente possível, procurando captar seus caracteres como um todo, ensinam Sgarbossa e Jensen. Apontam ainda que podemos atribuir a ideia de sistema do direito como sendo o próprio ordenamento (sistema jurídico

.....  
13 JERÓNIMO, 2015, p. 13.

14 JERÓNIMO, 2015.

15 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 143.

16 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 143.

17 JERÓNIMO, 2015, p. 13.

*stricto sensu*) a ser comparado ou compreendido como famílias (sistema jurídico *lato sensu*)<sup>18</sup>.

A teor exemplificativo, a macrocomparação pode ser melhor compreendida como o

estudo comparativo de duas ou mais ordens jurídicas estaduais consideradas na sua globalidade, ou seja, pelas suas características fundamentais (princípios jurídicos estruturantes, fontes de Direito, organização judiciária, método para a aplicação do Direito aos casos concretos, etc.), mas também pode designar a comparação entre famílias de Direitos<sup>19</sup>.

A título de exemplo, tem-se o estudo comparativo entre famílias distintas, a família romano-germânica e a família do *common law*, ou entre o sistema romano-germânico da família jurídica ocidental, que veremos oportunamente.

A mesocomparação é a própria microcomparação de forma ampliada, aplicada com suas regras. Sgarbossa e Jensen preconizam que “o objeto de tais comparações seria a comparação de ramos inteiros do Direito, situando-se ditos estudos comparativos”<sup>20</sup>. Nessa senda, fala-se na junção dos estudos comparativos da microcomparação (institutos, princípios, regras) e da macrocomparação (sistemas na integralidade), adotando-se, dessa forma, a mesocomparação como uma terceira categoria. A exemplo, o estudo do direito tributário comparado, do direito constitucional comparado, e assim por diante.

Nesse segmento, Sgarbossa e Jensen citam Constantinesco, que entendeu que o método de estudo da pesquisa comparatista é prove-niente da microcomparação:

.....  
18 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 145.

19 JERÓNIMO, 2015, p. 12-13.

20 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 148.

Rechaça a classificação por entender que uma tal comparação nada mais é do que uma *Microcomparação* estendida ou ampliada, razão pela qual as regras metodológicas a serem ampliadas a uma tal pesquisa são àquelas próprias das microcomparações<sup>21</sup>.

### *Métodos de direito comparado: comparativo–descritivo, técnico–comparativo, funcional–comparativo e comparativo–estrutural*

Os métodos específicos de direito comparado estão muito bem relacionados aos conceitos dos institutos jurídicos comparativos da microcomparação e da macrocomparação, cujo conceito do primeiro é “[...] o estudo de um ou mais institutos jurídicos, princípios ou regras, em dois ou mais sistemas jurídicos”<sup>22</sup>, e o segundo, macrocomparação, “[...] é o estudo de dois ou mais sistemas do Direito, em sentido amplo ou estrito, realizado de forma mais abrangente possível, procurando captar seus caracteres como um todo”<sup>23</sup>.

Os métodos comparativos de caráter fragmentário remetem-se ao critério da microcomparação:

Está associado ao *método comparativo–descritivo*, que tem por objeto a comparação da regra de direito; o *método técnico–comparativo* tem por objeto a comparação das instituições jurídicas. O *método funcional–comparativo*, parte da função desempenhada pelo elemento no sistema considerado<sup>24</sup>.

.....  
21 CONSTANTINESCO, 1998 *apud* SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 149.

22 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 143.

23 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 145.

24 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 145.

O método comparativo-estrutural, por possuir caráter genérico, tem por objetivo a análise do sistema jurídico, estando relacionado ao instituto do direito comparado da macrocomparação.

## **Sistemas jurídicos em sentido amplo – famílias de direito**

Sistemas ou famílias de direito são expressões sinônimas encontradas pelos estudiosos do direito comparado ao tratar sobre ordenamento jurídico. O propósito desse subtema é analisar, sobretudo, o agrupamento das jurisdições constitucionais, das denominadas famílias ou sistemas de direito romano-germânico, do *common law* e do Extremo Oriente numa comparatística do direito enquanto ciência na perspectiva metodológica micro, macro e mesocomparada.

### **Expressão de sentido entre sistema e família**

Na obra literária do professor dr. Edvaldo Brito, *Limites da revisão constitucional*<sup>25</sup>, encontra-se um estudo sobre a Teoria da Constituição, em especial a Constituição brasileira de 1988, em que pensadores como Larenz, Kant, Dworkin, Canaris, Canotilho, José Afonso da Silva e Eros Roberto Grau estão a falar sobre sistema.

A ideia que se tem sobre sistema é entendida nas definições dos nobres pensadores, de modo a compactuar semelhante conhecimento como sendo, segundo Kant, numa melhor abordagem do tema, “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios [...]; também como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito”<sup>26</sup>.

.....  
25 BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

26 BRITO, 1993, p. 64.

Acrescentando os dizeres de Canotilho, sistema tem a forma de princípios e regras que concebem a constituição jurídica, sendo, portanto, um sistema normativo “desde quando todas as suas disposições (mesmo os princípios) são normas”<sup>27</sup>.

No sentido estrito, o sistema jurídico é o conjunto de normas, princípios, institutos e instituições jurídicas de um Estado, de uma comunidade regional de Estados ou ainda um sistema jurídico internacional.

Os sistemas jurídicos, no âmbito dos comparatistas, possuem variados sentidos. Para melhor designar sua terminologia, no olhar de Sgarbossa e Jensen, os doutrinadores e estudiosos do direito comparado referem-se ao termo sistema jurídico sinonimamente como famílias do direito ou ordenamentos jurídicos<sup>28</sup>. Compreende-se então, pois, que o sistema jurídico pode ser tanto família quanto ordenamento, portanto, em seu sentido amplo, “equivalem às denominadas famílias de direito”<sup>29</sup>.

Pode-se entender como famílias de direito:

A expressão famílias de direito ou sistemas do direito em sentido amplo corresponde o conceito dos grandes conjuntos de ordenamentos jurídicos análogos ou similares, por historicamente derivados um dos outros, fundados em elementos estruturantes iguais ou semelhantes<sup>30</sup>.

As diversas famílias de direito existentes no ordenamento são denominadas por taxinomia e classificadas por René David em sua obra *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains* como: família romano-germânica, família do *common law*, família dos direitos socialistas, família dos direitos religiosos (mulçumanos, hindu e judaico),

.....  
27 BRITO, 1993, p. 64.

28 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 91.

29 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 98.

30 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 93-94.

família dos direitos do Extremo Oriente e direitos da África Negra e de Madagascar<sup>31</sup>.

Apesar de existir no direito comparado múltiplas classificações de famílias de direito, no mundo contemporâneo são nomeadas sinonimamente por diferentes pesquisadores como sistema e grupo, isso porque, aduzem Sgarbossa e Jensen, “decorre da variedade de critérios eleitos pelos diferentes autores para defender suas sistematizações”<sup>32</sup>.

No mundo contemporâneo, existem dois grupos de sistemas jurídicos de direitos que mais se destacam – não que as demais famílias de direito tenham menos importância, pois essas outras, ao longo do tempo, foram englobando, fazendo parte desses ordenamentos que são predominantes na atualidade –, quais sejam: as famílias romano-germânicas ou *civil law* (pertencentes ao sistema continental europeu de origem romanista) e do *common law* (pertencentes ao sistema anglo-saxão). Há também a família de direito do Extremo Oriente.

Para compreender o estudo da família ou do sistema jurídico, é primordial o auxílio tanto da ciência da geografia jurídica como também da história do direito, pois “permitem estudar as famílias ou sistemas jurídicos no que se refere a sua dispersão pelo mundo [...]”<sup>33</sup>.

Entende-se então que:

*A geografia jurídica é a ciência que estuda a distribuição dos fatos, sistemas e ordenamentos jurídicos no mundo é um ramo intermediário entre a geografia e o direito. [...] A história do direito, permite compreender a dinâmica do processo histórico envolvendo o fenômeno, bem como evidenciar e explicar influências históricas entre ordenamentos e famílias, elementos estes caros à comparação jurídica*<sup>34</sup>.

.....  
31 DAVID, R. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins, 2002.

32 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 101.

33 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

34 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 97.

## Família de direito romano-germânica – *civil law*: dos países da Europa Continental (Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal)

Oriundo do direito romano, esse grupo de família de direito romano-germânico ou *civil law*, ou mais ainda *continental law*, engloba os países do sistema continental europeu (Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal), de origem romanista. “Por razões históricas, também pertencem a esta família os países americanos, africanos ou asiáticos colonizados por tais países europeus”, afirmam os juristas Sgarbossa e Jensen<sup>35</sup>. E, sobre esses últimos países, é semelhante o entendimento de que as

características fundamentais deste subsistema estão também presentes nos territórios colonizados pelos países europeus a partir do século XVI – países africanos, asiáticos e latino-americanos, no Estado do Luisiana (EUA) e no Canadá francês – e em países, como a Turquia e a Etiópia, que, não tendo sido colonizados, adaptaram o modelo dos códigos europeus como forma de se modernizarem mais rapidamente<sup>36</sup>.

De descendência do direito romano, reabilitada pelas universidades europeias e também pela distinção entre direito romano e costume germânico, está a denominação romano-germânica, surgindo, assim, um direito europeu (continental)<sup>37</sup>. Possui como característica a lei, prioritária enquanto fonte do direito, e a codificação (ou decodificação, cedendo lugar aos estatutos, isto é, uma coletânea de normas legais relativas a um determinado ramo do direito), “[...] que, no século XIX,

.....  
35 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 104.

36 JERÓNIMO, 2015, p. 67.

37 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

dotou os Estados europeus de corpos de leis próprios, destinados a regular todos os aspectos da vida dos modernos”<sup>38</sup>.

Sgarbossa e Jensen<sup>39</sup> apontam ainda como características do sistema do *civil law* a divisão entre o direito público e o direito privado – pois foi no direito civil que se originou a família, e desse ramo do direito que também se originou o termo *civil law* –, o predomínio da lei escrita e a atuação judicial circunscrita, além da aplicação da constituição e das leis.

As regras de direito, “[...] nos sistemas jurídicos membros da família romano-germânica, são concebidas como regras de conduta, ligadas de forma estreita a preocupações de justiça e de moral”, segundo René David<sup>40</sup>. Sgarbossa e Jansen afirmam, nos dizeres de René David, que o objetivo desse sistema (família) é

[...] constituir um *sistema fechado*, no qual, os litígios devem ser solucionados através da *interpretação* de uma regra jurídica existente no sistema, porque [...] no sistema romanista é desejável que a regra de direito possibilite uma alguma liberdade ao intérprete e aplicador [...]<sup>41</sup>.

## Família de direito do *common law* – Estados Unidos da América, Canadá, Nova Zelândia, Inglaterra, Irlanda, Grã-Bretanha, Austrália, Índia

Nesse grupo de família do direito, o termo *common law* significa o direito comum a toda a Inglaterra, em oposição aos costumes locais, e refere-se ao direito formado pela conjunção da atividade dos tribunais

.....  
38 JERÓNIMO, 2015.

39 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

40 DAVID, 2002 *apud* SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 109.

41 DAVID, 2002 *apud* SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 110-111.



reais<sup>42</sup>. Devido à colonização britânica, engloba os Estados Unidos da América, Canadá, Nova Zelândia, Inglaterra, Irlanda, Grã-Bretanha, Austrália, Índia e alguns países da África e da Ásia.

O *common law* é um sistema que atua de forma prática, no trabalho dos tribunais e pelos magistrados ou os chamados *práticos*, que eram incumbidos de sanar problemas de direito público, relevantes para a coroa. Para Ancel<sup>43</sup>, a família do *common law* possui como característica o direito de ser essencialmente público, procedimental e judiciário. Há também os fatores históricos, geográficos, políticos e sociais, até religiosos, que repercutem no fenômeno jurídico<sup>44</sup>.

Sgarbossa e Jensen, a partir de Vieira, afirmam que, “por *common law*, entende-se, genericamente, o sistema legal que tem por fonte primária de direito casos já julgados que se tornam vinculantes, ou seja, que devem ser obrigatoriamente observados em julgamentos posteriores”<sup>45</sup>.

O *common law* aponta como mais uma importante característica a regra do *stare decisis*, pois nessa família consolida-se a regra do precedente obrigatório, tendo a jurisprudência e as decisões judiciais como fontes do direito. São na sua ordem de importância, nas palavras de René David, a jurisprudência, a lei, o costume, a doutrina e a razão<sup>46</sup>.

A família do *common law* possui como categorias ou divisões o denominado binômio *common law* e *equity*, caracterizando-se o conceito do *common law* como um conjunto de regras gerais e princípios de direitos baseados em decisões judiciais. Já no *equity*, prevalecia a vontade da autoridade real para solucionar litígios ou reformar decisões oriundas destes.

.....  
42 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

43 ANCEL, 1980.

44 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

45 VIEIRA, 2007 *apud* SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 112.

46 DAVID, 2002.

## Famílias de direito do Extremo Oriente – China e Japão

Nesse grupo de família, destacam-se o direito chinês e o japonês. O direito do Extremo Oriente, segundo Sgarbossa e Jensen, possui suas especificidades, seja pela forma diferente daqueles povos de encarar a vida e o mundo, seja pelas diferenças culturais e filosóficas, que os estremam dos direitos ocidentais e dos demais grupos ou famílias<sup>47</sup>.

Há uma diferença na concepção subsidiária de direito para esse grupo de família, ao acreditarem que no direito não é depositada a confiança do papel de assegurador da ordem social e da justiça<sup>48</sup>.

Para esse grupo de família, o recurso ao direito é malvisto. É tudo como fator de desordem, as demandas judiciais são malvistas, pois, para eles, o que prevalece é a ideia de mediação, visto que consideram a conciliação mais importante que a justiça.

## **Agrupamento das jurisdições constitucionais em família: *civil law*, *common law* e do Extremo Oriente**

Agregar ordenamentos jurídicos de diferentes sistemas requer critérios como fontes, codificações, condicionantes históricos e temporais, sendo métodos diferenciadores para uma melhor compreensão dos diferentes direitos do mundo atual. É nesse sentido que a concepção doutrinária kelseniana, acerca das jurisdições constitucionais agrupadas em famílias, revela a tradução da diversidade dos direitos.

.....  
47 SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p. 129.

48 SGARBOSSA; JENSEN, 2008.

## Fontes como critério diferenciador: *civil law* – lei em sentido amplo, *common law* – jurisprudência (decisão das cortes), Extremo Oriente – mediação

Inicialmente há que se falar no conceito de jurisdição constitucional ou garantia constitucional, assim aduzida por Kelsen:

É um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução<sup>49</sup>.

Nessa concepção doutrinária kelseniana, podemos ter como ponto de partida o entendimento de que o agrupamento dos direitos em famílias é pensado numa compreensão dos diferentes direitos do mundo atual, a partir da comparação das fontes como critério diferenciador, como a lei, a doutrina, a jurisprudência, o costume, os precedentes, as codificações, as competências legislativas, dentre outros.

É dessa forma que as classificações das famílias em estudo – a romano-germânica (*civil law*), o *common law* e a do Extremo Oriente – tomam como critérios diferenciadores a lei (*civil law*), o precedente judicial (*common law*), no sentido de decisões das cortes, e a mediação (Extremo Oriente).

Nesse sentido, há a importância de os sistemas jurídicos levarem em conta os condicionamentos históricos e temporais, bem como a identificação de algumas características comuns àqueles modelos que formam as diversas famílias, seja a família do *common law*, a família

.....  
49 KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

do *civil law*, a família do Extremo Oriente, seja qualquer outra família com a multiplicidade de sistemas.

René David esclarece o conceito de sistema jurídico em sentido amplo ou família de direito:

A diversidade dos direitos é apreciável, se se considerar o teor e o conteúdo das suas regras; porém, ela é bem menor quando se consideram os elementos, mais fundamentais e mais estáveis, com a ajuda dos quais se podem descobrir as regras, interpretá-las e determinar o seu valor<sup>50</sup>.

Dessa forma, para que o alcance das comparações das famílias seja efetivado, é necessário que haja a comparação dos sistemas jurídicos sob a perspectiva das fontes de direito como critério diferenciador, cabendo aos juristas um importante, senão árduo, comprometimento e conhecimento acerca do estudo das classificações das famílias de direito.

Sendo assim, dentre as variadas famílias de direito, tem-se os sistemas jurídicos que poderão ser agrupados conforme seu critério de classificação da família a comparar. As primeiras classificações de famílias de direito foram as do direito romano e os critérios genéticos de raça/evolução humana. De acordo com o ensinamento de René David<sup>51</sup>, adotado em seu livro *Systèmes du Droit Contemporains (Droit Comparé)*, a formação de elementos variáveis e constantes do direito originaram os diferentes tipos de famílias (família romano-germânica, família do *common law*, família dos direitos socialistas, família dos direitos religiosos, família dos direitos do Extremo Oriente, direitos da África Negra e de Madagascar).

Realizar o agrupamento das famílias ou das jurisdições constitucionais, ou seja, a inserção de um ordenamento jurídico numa

.....  
50 DAVID, 2002, p. 21.

51 DAVID, 2002.

família, dependerá dos elementos de comparação escolhidos por quem compara. Tais elementos, como já elencados precedentemente, são as fontes de direito (leis, doutrinas, jurisprudências, precedentes), as codificações (compilação sistemática, sintética e científica das normas legais), a competência legislativa, dentre outros.

Para melhor compreensão do agrupamento das jurisdições constitucionais, na França, país pertencente à família dos povos germânicos, como pertencente ao direito romano (*civil law*), tido como direito subsidiário por grande parte da Europa,

coexistiu dois sistemas jurídicos: 1. A sul, o *pays du droit écrit*, onde à vigência do direito visigo do romanizado sucedeu, com a receção, o predomínio do direito romano justinianeu; 2. A norte, o *pays des coutumes*, onde a principal fonte de direito continuou a ser formada por costumes de origem germânica, que a partir do século XV foram objeto de compilações escritas<sup>52</sup>.

Iniciado na França, o movimento da codificação possuía vantagens de tornar o direito mais acessível, facilitando o cumprimento e a interpretação da lei, permitindo ampla conexão e adequação das soluções e decisões. Dessa forma, foram adotadas as primeiras codificações portuguesas (códigos comercial, administrativo, penal, civil e processo civil).

Como as fontes de direitos que prevalecem na família romano-germânica são a lei, a doutrina, a codificação e o costume (de mais importância), tanto Portugal como a França tiveram seus sistemas jurídicos existentes por uma Constituição escrita, cujas regras eram sobre a organização do poder e os direitos fundamentais, ocupando posição hierárquica dentre as fontes de direito da família do *civil*

.....  
52 SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS. *Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa, 2014/2015. Disponível em: <https://ae.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/10/Sistemas-Juridicos-Comparados-Anonimo.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2021.

*law*. Pertencem ao sistema romano-germânico os países da Europa Continental (Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal).

A família de direito do *common law* tem a jurisprudência como principal fonte de direito, além da lei. Isso porque esse sistema adota o direito inglês, que teve sua evolução no período anglo-saxônico, adotando como fonte de direito o costume. Porém, impossibilitou a aplicabilidade de direito a toda Inglaterra, pois o direito era invariável e sua aplicação incerta. Desse modo, o sistema do *common law* teve sua formação na Inglaterra:

As origens do direito inglês moderno remontam à conquista normanda em 1066. A partir daqui, o rei Guilherme I de Inglaterra prometeu respeitar as leis saxônicas e deu início ao processo de organização feudal que teve por efeito a atribuição à Coroa de toda a propriedade fundiária<sup>53</sup>.

Os países pertencentes a esse sistema são: os Estados Unidos da América, Canadá, Nova Zelândia, Inglaterra, Irlanda, Grã-Bretanha, Austrália, Índia e alguns países da África e da Ásia.

A comparação entre os sistemas romano-germânico e do *common law* pode ser compreendida no sentido de suas próprias terminologias: *civil law* (romano-germânico), de descendência do direito romano e costume germânico, e *common law*, expressão que pode ser utilizada no sentido do direito aplicado pelos tribunais. Mas é na evolução desses sistemas que se encontra sua principal diferença. Enquanto o *common law* teve uma formação e evolução especificamente inglesa, o *civil law* evoluiu a partir do direito romano.

Quanto à família de direito do Extremo Oriente, destacam-se o direito chinês e o japonês. Para esse sistema, o que prevalece é a ideia de mediação, e, na observação de René David, a lei está atrelada à prisão e punição, pessoas de bem não se envolviam com a lei. Para

.....  
53 SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS, 2014/2015.

esse grupo de família, tudo como fator de desordem, ao recorrer à justiça, é malvisto. Fatores culturais e sociais têm sua importância na conciliação, como forma de resolução de conflitos de interesses.

Por essas razões, entende-se não ser possível realizar a comparação de direitos entre o país da Índia – que pertence à família de direito do *common law*, sendo um sistema que se refere ao direito formado pela conjunção da atividade dos tribunais reais, possuindo como categoria o binômio *common law* (regras de direitos baseados em decisões judiciais) e *equity* (prevalência da vontade da autoridade real para solução de litígios) – com o Japão, pertencente ao grupo da família de direito do Extremo Oriente, em que a mediação tem sua importância de maior valor que a própria ideia de justiça.

## Conclusão

O estudo identifica a relevância da jurisdição constitucional como elemento do sistema de medidas que objetiva o exercício dos atos jurídicos, como os atos de criação de direito do direito comparado, por meio do método comparativo e do método interpretativo para a atividade comparativa e interpretativa dos tribunais, jurisprudência e precedentes, dos sistemas ou ordens jurídicas, estabelecendo semelhanças e diferenças.

Consideraram-se, também, os três tipos de família do sistema jurídico-constitucional: a família romano-germânica (*civil law*), a família do *common law* e a família do Extremo Oriente, comparados por um dos institutos de direito comparado, a microcomparação, macrocomparação e a mesocomparação, até então, sendo tema contemporâneo a ser explorado pelos juristas contemporâneos.

Apurou-se que o agrupamento das famílias de direito romano-germânica e *common law*, analisadas como fontes – tendo como critério diferenciador a lei em sentido amplo no *civil law*, a jurisprudência (decisão das cortes) no *common law* e a mediação no Extremo Oriente – ,

tem seu alcance comparativo dos sistemas jurídicos, transferindo aos juristas e pesquisadores o desafio do estudo contemporâneo.

Conclui-se, portanto, que o estudo do direito comparado, como ciência, possui uma importância metodológica para uso da pesquisa científica, e exige do estudioso conhecimento apurado, seja na perspectiva da micro, da macro ou da mesocomparação dos sistemas jurídicos.

## Referências

- ANCEL, M. *Utilidade e métodos do Direito comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1980.
- BRITO, E. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- CARVALHO, W. Direito Comparado: método ou ciência? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 45, n. 180, p. 139-145, 2008.
- CONSTANTINESCO, L. -J. *Tratado de Direito comparado: introdução ao Direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CORDEIRO, A. M. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- DANTAS, I. *Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DAVID, R. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins, 2002.
- FERREIRA, A. B. de H. *Dicionário Aurélio escolar da Língua Portuguesa*. 2. ed. Curitiba: Positiva, 2011.
- JERÓNIMO, P. *Lições de Direito Comparado*. Braga: ELSA, 2015.
- KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SACCO, R. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Vera Maria Jacob da Fradera. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.
- SGARBOSSA, L. F.; JENSEN, G. *Elementos de Direito Comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.



SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS. *Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa, 2014-2015. Disponível em: <https://ae.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/10/Sistemas-Juridicos-Comparados-Anonimo.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2021.

TAVARES, A. L. de L. A utilização do Direito comparado pelo legislador. *Revista Contextos*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p. 85-93, 1987.

UYEDA, M. Breves reflexões sobre o sistema jurídico japonês à luz do Direito comparado. *Justiça e cidadania*, Rio de Janeiro, ed. 195, 7 dez. 2016. Disponível em: <https://editorajc.com.br/breves-reflexoes-sobre-o-sistema-juridico-japones-a-luz-do-direito-comparado/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

# **SOBRE OS AUTORES**

## **Antonio Ali Brito**

Graduando em Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Estagiário em gabinete de ministro no Supremo Tribunal Federal (STF). Assessor acadêmico do professor Edvaldo Brito.

## **Carlos Lima Cavalcanti Neto**

Graduado em Economia pela Faculdade de Ciências Econômicas da Bahia (FACCEBA). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado (Unijorge).. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Aluno especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA) – Direito Constitucional.

## **Carlos Ramos**

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogado.

## **Daniela Lima de Andrade Borges**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e professora de Direito Tributário da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito.

## **Dermeval Rocha da Silva Filho**

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), onde também cursa o doutorado, sendo orientado pelo prof. dr. Edvaldo Pereira de Brito. Advogado da União.

### **Ingrid Radel Ribeiro**

Mestra em Direito Fiscal pela Universidade de Coimbra, aluna especial do doutorado da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

### **Josiane Minardi**

Doutoranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania. Especialista em Direito Empresarial e em Direito Tributário. Professora e coordenadora de pós-graduação no Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Advogada.

### **Luana Costa de Senna**

Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA). Especialista em Compliance, Governança e Riscos pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS).

### **Marcus Vinicius Leal Gonçalves**

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduado em Direito Público. Aluno especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA) – Direito Constitucional.

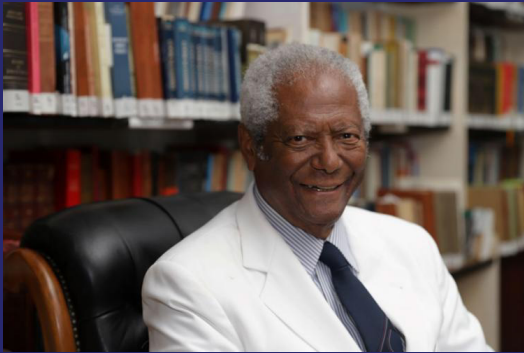
### **Sêmada Paranhos Freitas**

Acadêmica de Direito e pós-graduada pela Universidade Cândido Mendes. Coautora de artigo científico. Acadêmica como condição especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA).

Formato: 17 x 24 cm

Fontes: Aribau Grotesk, Merriweather

Extensão digital: PDF



## **Edvaldo Brito**

Professor emérito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), onde leciona nos cursos de mestrado e doutorado. Professor emérito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde lecionou Direito das Obrigações na graduação e na pós-graduação (1992 a 2009). Livre-docente e doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP), onde foi aprovado em dois concursos públicos de prova e de títulos para professor titular da Faculdade de Direito: um de Legislação Tributária e outro de Direito Civil. Mestre em Direito Econômico pela UFBA .



A **Série Professor Edvaldo Brito** é composta por obras organizadas por professores do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA) e conta com a contribuição de artigos de seus docentes, discentes e egressos. Egresso do PPGD, integrante do seu corpo docente há mais de 40 anos e seu ex-coordenador, Edvaldo Brito foi professor de boa parte dos organizadores dos volumes da coleção. A história do PPGD/UFBA está tão entrelaçada com a trajetória acadêmica do professor Edvaldo Brito que uma amostra representativa da produção intelectual deste programa não poderia deixar de portar o nome de tamanha referência no desenvolvimento de altos estudos nos âmbitos do Direito Tributário, do Direito Constitucional e do Direito Civil.

*Ricardo Maurício Freire Soares*  
Coordenador PPGD/UFBA 2021

*Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel*  
Coordenador PPGD/UFBA 2021-2023