

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE¹

Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Procurador da Fazenda Nacional. *E-mail*: jose.levi@usp.br

A presente exposição sobre “controle de constitucionalidade” adota como corte temático a evolução do modelo de controle brasileiro. Tem um fio condutor: demonstrar que a evolução do modelo brasileiro é marcada e determinada pela busca de sucedâneos normativos à falta do *stare decisis*, elemento de funcionalidade e coerência decisórias existente na experiência do *common law* americano, mas que não veio ao Direito brasileiro quando do transplante (ou cópia) do modelo americano.

Para tanto, a exposição está organizada em cinco partes, cada uma delas com objetivos específicos, a saber. Primeiro, referir os antecedentes do controle de constitucionalidade. Segundo, analisar a origem e as características do modelo americano. Terceiro, analisar a origem e as características do modelo europeu. Quarto, demonstrar que a evolução do modelo brasileiro é marcada pela busca de mecanismos que venham a suprir a falta do *stare decisis*. Quinto, argumentar, a título de conclusão, que o modelo de controle brasileiro não é misto e refletir sobre a vocação brasileira relativamente ao controle de constitucionalidade.

¹ O presente artigo reproduz, com adequações pontuais (inclusive atualizações bibliográficas relativamente às obras originalmente citadas), a prova didática que realizei, em 19 de dezembro de 2007, quando do concurso de ingresso na carreira docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (Departamento de Direito do Estado, Área: Direito Constitucional). O concurso cumpre três fases: (1) prova escrita; (2) prova didática; e (3) julgamento de memorial com prova pública de arguição. A prova didática observa as normas que constam do art. 137 do Regimento Geral da USP: (1) a banca examinadora organiza lista de dez pontos, com base no programa do concurso e dela dá conhecimento aos candidatos imediatamente antes do sorteio do ponto; (2) a prova é realizada vinte e quatro horas após o sorteio do ponto; (3) a duração mínima da prova é de quarenta minutos e a máxima de sessenta minutos; (4) a prova didática é pública. Portanto, é neste contexto de tempo e de pesquisa que o trabalho deve ser compreendido, mormente no que tem de sintético, objetivo e silente.

I – Antecedentes remotos

A doutrina cita, como precedente mais remoto do controle de constitucionalidade, a *graphe paranomon*, mecanismo da antiguidade ateniense por meio do qual deliberações da Assembleia Popular eram verificadas em face do Direito transcendente e superior às leis humanas. A *graphe paranomon* podia resultar na punição do proponente da lei desconforme ao Direito transcendente e superior (desde que proposta no prazo de até um ano), bem como na invalidade da deliberação². Com isso, moderava-se “a capacidade de decisão da Assembleia, em especial para evitar o perigo de a democracia ser derrubada”³.

Importa anotar que, “na Inglaterra, desde o século XII, os juízes itinerantes do rei «diziam» em seu nome a justiça nos diferentes tribunais, procedendo assim à unificação dos diferentes costumes e à elaboração do *common law*”⁴, o que gerou precedentes “já resguardados pelo *stare decisis*”⁵.

No século XVII, **Sir EDWARD COKE** afirmava a supremacia do *common law* sobre a autoridade do Parlamento e, inclusive, hierarquizava: (i) o *common law*; (ii) a lei parlamentar; (iii) o costume⁶. Essa doutrina, como instrumento de luta contra o absolutismo real, passou às colônias inglesas na América, mas foi abandonada na Inglaterra com a Revolução Gloriosa de 1688-1689, que afirmou a supremacia do Parlamento inglês⁷.

MAURO CAPPELLETTI aponta, aqui, um interessante paradoxo: a “supremacia do Parlamento” na Inglaterra favoreceu a “supremacia dos juízes” nos Estados Unidos⁸, porque muitas das colônias inglesas na América foram constituídas como companhias comerciais, cujos estatutos permitiam que as colônias aprovassem suas próprias leis; no entanto, não podiam ser “contrárias às leis do Reino da Inglaterra”, o que deveria ser verificado pelo juízes das colônias⁹.

² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 49-51. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

³ Nota do Tradutor de ARISTÓTELES. *Constituição dos atenienses*, introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão, Porto: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 69.

⁴ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*, Madrid: Trotta, 1998, p. 31. Não se pode confundir *common law* com costume: *common law* é o “direito comum” cristalizado pela justiça real (FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, p. 6).

⁵ FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, p. 7.

⁶ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 59.

⁷ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 60. Mais do que isso: “A história mostra que, neste particular, a intransigência inglesa era absoluta, bastando recordar que Edward Coke, pela sua ousadia em sustentar que a lei interpretada pelos tribunais era superior ao Rei e ao Parlamento, opondo-se às pretensões expansionistas de Jaime I, foi, ao final, destituído do cargo.” (BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª edição, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 21).

⁸ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 58.

⁹ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 60-61.

Com isso, criou-se nas colônias americanas uma cultura favorável ao *judicial review*, como bem o demonstra o artigo Federalista nº 78¹⁰ que, em boa medida, antecipa o célebre caso *Marbury v. Madison*¹¹.

II – Modelo americano

Quando os federalistas, em 1800¹², perderam a eleição presidencial americana para os republicanos, correligionários federalistas foram nomeados para postos estratégicos no Poder Judiciário federal e no Distrito da Columbia, o que se deu até o último instante do Governo Adams. Daí a expressão “midnight judges”.

Um desses correligionários era **WILLIAM MARBURY**, cuja comissão de juiz de paz do Distrito da Columbia, lavrada, assinada e chancelada no Governo Adams, não lhe fora entregue pelo novo Secretário de Estado, **JAMES MADISON**. Então, Marbury solicitou à *U. S. Supreme Court* a expedição de um *mandamus* ordenando a Madison a entrega da comissão.

A decisão da Corte foi dada, em 1803, pelo *Chief Justice* **JOHN MARSHALL** (que fora Secretário de Estado no Governo Adams). Ciente de que a decisão poderia acirrar ainda mais a disputa política entre federalistas e republicanos, Marshall foi extremamente hábil: (i) reconheceu que Marbury tinha direito à comissão; e (ii) que as leis americanas lhe facultavam recurso para reclamá-la; mas (iii) que a Corte não era competente para o *mandamus* requerido, pois fundado em lei, ao passo que apenas a Constituição pode atribuir competência à Corte.

Com isso, Marshall afirmou na prática um dos mais poderosos mecanismos de controle do poder: a decisão de inconstitucionalidade (fazendo-o em favor dos republicanos). Foi a primeira vez que a Suprema Corte declarou uma lei federal inconstitucional. É verdade que apenas voltaria fazê-lo em 1857, no caso *Dred Scott v. Sanford*. Porém, 175 leis estaduais foram declaradas inconstitucionais no século XIX, mais de cem nos vinte anos seguintes à Guerra de Secessão¹³. Dentre elas há decisões essenciais à ordem federativa, por exemplo, o caso *MacCulloch v. Maryland*, decidido em 1819, que afirma a doutrina dos poderes implícitos (em favor do governo da União)¹⁴ e o chamado “princípio da imunidade recíproca” (um ente federado não pode tributar outro)¹⁵.

¹⁰ HAMILTON, Alexander. *Artigo federalista n. LVXXVIII in Os artigos federalistas*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-493.

¹¹ LOBO, Américo. *Decisões constitucionais de Marshall*, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 1-29.

¹² A eleição foi em 1800, com a derrota do presidente federalista John Adams. No entanto, Thomas Jefferson e Aaron Burr, respectivamente, candidatos republicanos a presidente e a vice-presidente, empataram em votos no Colégio Eleitoral. O desempate foi realizado pela Câmara dos Representantes em 1801, no 36º escrutínio (DAHL, Robert. *How democratic is the American Constitution*, 2ª edição, New Haven & London: Yale University Press, 2003, p. 78).

¹³ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*, vol. I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 63.

¹⁴ LOBO, *Decisões constitucionais de Marshall...*, p. 105-122.

¹⁵ LOBO, *Decisões constitucionais de Marshall...*, p. 123-131.

É interessante como **WILLIAN REHNQUIST** registra a posição histórica que ocupa William Marbury: enquanto James Madison é lembrado na história americana como pai da Constituição, redator do *Bill of Rights*, secretário de Estado da administração Jefferson e presidente dos Estados Unidos por dois mandatos, “William Marbury foi salvo da obscuridade histórica apenas pelo fato de que ele foi o autor do mais famoso caso já decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos”¹⁶.

Em suma, o modelo americano tem as seguintes características: (i) difuso, porque qualquer juiz pode decidir sobre a inconstitucionalidade de uma lei; (ii) concreto, porque a decisão de inconstitucionalidade é tomada em função de um caso concreto levado a juízo; (iii) incidental, porque a decisão sobre a questão constitucional não é o assunto de fundo a ser decidido pelo juiz, mas incidente prévio à decisão do caso concreto agitado; (iv) *inter partes*, porque a decisão faz coisa julgada apenas entre autor e réu, tanto que a lei não é removida da ordem jurídica, apenas não é aplicada ao caso concreto; (v) *ex tunc*, porque o vício é situado no plano da existência, de modo que a lei é considerada como se nunca houvesse existido para os fins do caso concreto (“null and void”, ou seja, nula e írrita, de nenhum efeito).

Porém, decidida a inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte, na prática, nenhum outro juiz aplica a referida lei aos demais casos concretos análogos ao precedente da Corte, isso por força de antigo princípio, “stare decisis et non quieta movere”, que confere funcionalidade e coerência ao modelo de controle americano. Claro, ressalvadas as hipóteses de superação do precedente (*overruling*) ou de “distinção” (*distinguishing*) por força de alguma peculiaridade entre o precedente e o caso subsequente.

Enfim, vale destacar que Marbury v. Madison já não foi mera decisão individual, mas, sim, decisão com fim político maior: proteger o próprio federalismo americano.

III – Modelo europeu

A Europa foi refratária ao controle de constitucionalidade em moldes americanos. Alternativas não prosperaram, como o “júri constitucional” de **SIÉYÈS**¹⁷.

HANS KELSEN foi perspicaz ao identificar – e responder a – objeções europeias ao controle de constitucionalidade.

Primeira. Algo da espécie seria incompatível com a soberania do parlamento. Kelsen responde que a soberania não é de um órgão particular, mas pertence ao ordenamento estatal em seu complexo e que o “postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, em tudo idêntico ao postulado da legitimidade da jurisdição e da administração”¹⁸.

¹⁶ REHNQUIST, William. *The Supreme Court*, Nova York: Vintage Books, 2001, p. 35.

¹⁷ FERREIRA FILHO, *Princípios fundamentais do direito constitucional...*, p. 133-135.

¹⁸ KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)* in *La giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1981, p. 172.

Segunda. A anulação de um ato legislativo por órgão diverso constituiria invasão do “poder legislativo”. Kelsen responde que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais, ainda que organizado na forma de tribunal (“Tribunal Constitucional”), não exercita verdadeira função jurisdicional¹⁹: “anular uma lei significa estabelecer uma norma geral, pois a anulação tem o mesmo caráter de generalidade da formação da lei, sendo por assim dizer uma formação de sinal negativo e, portanto, uma função legislativa”²⁰. Há, nisso, repartição do poder legislativo entre dois órgãos. Ademais, para manter o equilíbrio das forças políticas, o significado que exprime a expressão “divisão dos poderes”, melhor que separação, é a ideia da repartição do poder entre órgãos diversos, não tanto para isolá-los reciprocamente, mas consentir um controle de uns sobre os outros²¹.

Possivelmente refletindo a desconfiança europeia contra os juízes (que constituíam a “nobreza de toga” em tempos outros²²), Kelsen sugere as seguintes características para o Tribunal Constitucional²³: (i) número de componentes não deve ser muito elevado; (ii) método de recrutamento deve combinar eleição parlamentar com indicação pelo Chefe de Estado ou de Governo; (iii) espaço “adequado” para juristas de carreira, o que considera “da máxima importância”; (iv) exclusão dos membros do parlamento e do governo: “é tão difícil quanto desejável impedir toda influência política sobre a jurisprudência do órgão de justiça constitucional” ou, “se esse perigo é particularmente grande, é quase preferível aceitar, ao invés de uma influência oculta e portanto ilegítima dos partidos políticos, a sua participação legítima na formação do tribunal, fazendo, por exemplo, preencher parte das vagas pela via eletiva do parlamento, tendo em conta a força de cada partido”.

Em suma, o modelo europeu tem as seguintes características: (i) concentrado, porque o Tribunal Constitucional monopoliza o poder de decidir sobre a inconstitucionalidade de uma lei; (ii) abstrato, porque a decisão de inconstitucionalidade recai sobre a própria lei, tomada em tese, independentemente de caso concreto; (iii) principal, porque a decisão sobre a questão constitucional é, ela própria, o assunto central a ser decidido pelo Tribunal Constitucional; (iv) *erga omnes*, porque a decisão repercute sobre toda a sociedade; (v) *ex tunc*: para Kelsen, “o ideal da certeza do direito exige que a anulação de uma norma geral irregular tenha normalmente efeito apenas *pro futuro*, ou seja, a partir da própria anulação”, razão que também pode tornar necessária a anulação retroativa (*ex tunc*)²⁴. Aqui, o vício é situado no plano da validade. O Tribunal Constitucional austríaco adota como regra decisões de inconstitucionalidade *ex nunc*, admitida a eventual retroatividade²⁵. Porém, a maioria dos

¹⁹ KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione...*, p. 172-173.

²⁰ KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione...*, p. 173.

²¹ KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione...*, p. 173.

²² Note-se que, no art. 64 da Constituição francesa de 1958, o Judiciário francês aparece como “autoridade” cuja independência tem como garante o Presidente da República. Mais: apenas em 2008 a França admitiu controle de constitucionalidade em moldes austríacos (Conselho Constitucional provocado pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, a teor do art. 61-1 da Constituição francesa de 1958, acrescentado pela Lei Constitucional de 23 de julho de 2008).

²³ KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione...*, p. 175-176.

²⁴ KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione...*, p. 167.

²⁵ FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 55-56.

Tribunais Constitucionais europeus adota como regra decisões de inconstitucionalidade *ex tunc*, sem prejuízo de decisões *ex nunc*.

Enfim, foi essa caracterização clássica da justiça constitucional que levou à célebre polêmica entre **CARL SCHMITT** e **HANS KELSEN** sobre quem deve ser o guarda da Constituição: o primeiro apontando o Chefe de Estado e o segundo insistindo com o Tribunal Constitucional²⁶. A rigor, nenhuma dessas duas opiniões prevaleceu antes da Segunda Guerra Mundial (o Tribunal Constitucional mais antigo consta da Constituição austríaca de 1920, mas sofreu hiato quando da invasão alemã em 1938²⁷). Porém, após a Segunda Grande Guerra, os Tribunais Constitucionais proliferaram.

IV – Controle de constitucionalidade no constitucionalismo brasileiro

Com a proclamação da República, o Direito brasileiro copiou diversos elementos da experiência americana, inclusive o controle de constitucionalidade difuso e concreto de normas. O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, organizou a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal (a partir do Supremo Tribunal de Justiça imperial) e previu o recurso extraordinário.

Aqui se inicia o drama institucional brasileiro, não apenas relativamente ao controle de constitucionalidade: “Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra.”²⁸

Relativamente ao controle de constitucionalidade, o drama do modelo é a ausência do *stare decisis*. Elemento da prática do *common law*, gestado ao longo de séculos, o *stare decisis* não permite cópia. Portanto, faltou ao Direito brasileiro o elemento que confere – ao modelo americano – funcionalidade e coerência decisórias. Julgado um recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, nada vinculava os demais juízos brasileiros ao entendimento firmado pelo Tribunal de cúpula. Então, buscou-se suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, sucedâneos normativos à falta do *stare decisis*.

O primeiro sucedâneo normativo à falta do *stare decisis* é a competência atribuída ao Senado Federal pelo inciso IV do art. 91 da Constituição de 1934, qual seja: “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (atual inciso X do art. 52 da

²⁶ O trabalho de Kelsen sobre justiça constitucional, antes citado, é de 1928. Em 1929 Schmitt publicou o trabalho “O guarda da Constituição”, respondido no ano seguinte por Kelsen com o trabalho “Quem deve ser o guarda da Constituição?” A propósito, Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución* in Carl Schmitt y Hans Kelsen, Madrid: Tecnos, 2009, p. 1-287 e Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* in Carl Schmitt y Hans Kelsen..., p. 289-366.

²⁷ FAVOREU, *Los tribunales constitucionales...*, p. 43-44.

²⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

Constituição de 1988²⁹). Este mecanismo é apontado por ADA PELLIGRINI GRINOVER como “a pedra de toque do sistema difuso de controle da constitucionalidade, no Brasil”³⁰. Declarada – pela via difusa – uma inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte oficia ao Senado para eventual suspensão, suspensão essa que, recaindo sobre a própria lei, surte efeito *erga omnes*. Portanto, a inconstitucionalidade que até então era apenas *inter partes*, passa a ser *erga omnes*. Porém, justamente porque pressupõe a declaração de inconstitucionalidade, o mecanismo não é capaz de universalizar, por exemplo, decisões afirmativas da constitucionalidade de uma lei, no que remanesce espaço para divergências jurisprudenciais³¹.

O segundo sucedâneo também veio com a Constituição de 1934, em seu art. 179³²: adoção da regra do *full bench*, hoje constante do art. 97 da Constituição de 1988³³, regulamentado pelos arts. 480-482 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, nos juízos colegiados, a declaração de inconstitucionalidade requer decisão por maioria absoluta dos respectivos membros (ou do órgão especial com competência plenária a ele delegada³⁴). Portanto, quando órgão fracionário de tribunal (por exemplo, câmara ou turma) acolhe uma arguição de inconstitucionalidade, a questão constitucional deve ser submetida ao plenário (ou órgão especial) da respectiva corte. Decidida a questão, o órgão fracionário julgará o caso concreto segundo o entendimento firmado em *full bench*, aplicando-lhe a lei, caso julgada constitucional, não lhe aplicando a lei, caso julgada inconstitucional. É importante observar que: (i) o entendimento plenário vale não apenas para o caso concreto que ensejou a arguição, mas, também, para todos os demais casos análogos em julgamento na mesma corte (o que gera um *stare decisis* interno aos tribunais); por outro lado, (ii) os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário (ou ao órgão especial), a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, segundo dispõe o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil (o que gera um *stare decisis* entre o Supremo e os demais tribunais)³⁵.

O terceiro sucedâneo é a representação interventiva, em especial a partir do modelo da Constituição de 1946, que inverteu a lógica do modelo da Constituição de 1934 no particular: “Ao invés da constatação da constitucionalidade da lei, que deflagrava a intervenção, tal como na Constituição de 1934, deveria o Tribunal agora aferir diretamente a compatibilidade do

²⁹ “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas* in RPGE-SP nº 25, p. 30.

³¹ Importa registrar que o Supremo Tribunal Federal está a discutir, nos autos da Reclamação n. 4.335-5/AC, Relator o Ministro Gilmar Mendes, a possibilidade de mutação constitucional que, na prática, atribuiria efeito *erga omnes* às decisões, em controle difuso e concreto de normas, proferidas pelo Tribunal.

³² “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

³³ “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

³⁴ Constituição de 1988, art. 93, inciso XI.

³⁵ Sobre a regra do *full bench*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

direito estadual com os chamados ‘princípios sensíveis’.³⁶ Havia, nisso, modalidade de controle concentrado e abstrato de normas, segundo já apontavam **ALFREDO BUZAI**³⁷ (em obra clássica cujo título, inclusive, antecipa o *nomen juris* da atual ação direta de inconstitucionalidade) e **ALIOMAR BALEEIRO**³⁸. Claro, tratava-se – e ainda se trata³⁹ – de uma modalidade limitada de controle concentrado e abstrato de normas⁴⁰, porque dirigida especificamente contra lei estadual em face dos chamados “princípios sensíveis”.

O quarto sucedâneo é a efetiva adoção do controle concentrado e abstrato de normas pelo Direito brasileiro, o que se deu com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que introduziu, à Constituição de 1946, a representação de inconstitucionalidade. Nova etapa na busca de mecanismos para suprir a falta do *stare decisis*, a representação de inconstitucionalidade não era uma modalidade limitada de controle, como a representação interventiva, porque podia ser dirigida contra lei federal ou estadual em face de qualquer disposição constitucional. Na prática, conheceu função supletiva e corretiva do modelo difuso e concreto⁴¹. “Supletiva” porque alcançava casos que escapavam ao controle difuso e concreto⁴². “Corretiva” porque “permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e contraditoriedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes e Tribunais sobre a mesma matéria”⁴³. Note-se: a função corretiva apontada – decorrente do efeito *erga omnes* inerente à decisão, dispensada a manifestação do Senado Federal – configura sucedâneo ao *stare decisis*. Por outro lado, o manejo da representação era pouco frequente contra lei federal, em especial porque a legitimidade ativa para a representação era monopólio do Procurador-Geral da República⁴⁴, cujo cargo estava à disposição do Presidente da República⁴⁵.

O quinto sucedâneo encontra-se na Constituição de 1967, que manteve a representação inconstitucionalidade. Mais do que isso: a Reforma do Poder Judiciário levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, introduziu novos mecanismos de controle concentrado e abstrato, aí incluída a representação interpretativa, cuja regulamentação regimental pelo Supremo Tribunal Federal atribuiu-lhe “força vinculante”⁴⁶, nítido antecedente direto do atual efeito vinculante. Com isso, não apenas as decisões de

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60-61.

³⁷ BUZAI, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 111-114.

³⁸ Voto do Ministro Aliomar Baleeiro no Recurso Extraordinário n. 15.886/DF, Relator o Ministro Victor Nunes, julgado em 26 de maio de 1966.

³⁹ Constituição de 1988, art. 34, inciso VII, combinado com o art. 35, § 3º.

⁴⁰ “Abstrato”, claro, na hipótese de representação dirigida contra ato normativo típico (geral e abstrato). Porém, será concreto na hipótese de representação dirigida contra ato concreto (o que é possível à espécie).

⁴¹ MENDES, *Jurisdição constitucional...*, p. 77.

⁴² MENDES, *Jurisdição constitucional...*, p. 77.

⁴³ MENDES, *Jurisdição constitucional...*, p. 77.

⁴⁴ MENDES, *Jurisdição constitucional...*, p. 75-76.

⁴⁵ Constituição de 1946, art. 126.

⁴⁶ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 187: “A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.”

inconstitucionalidade passaram a ter efeito *erga omnes*, mas, também, as interpretações constitucionais da Corte passaram a vincular. Portanto, uma vez mais, tem-se exemplo de sucedâneo normativo ao *stare decisis*.

O sexto sucedâneo é a própria Constituição de 1988, que tornou o controle concentrado e abstrato mais relevante que o controle difuso e concreto, invertendo a situação anterior. Isso porque ampliou significativamente a legitimação ativa para a ação direta, nela incluindo não apenas atores políticos relevantes (inclusive de oposição ao governo), mas, também, entidades da sociedade civil⁴⁷. Com isso, fez do controle concentrado e abstrato peça chave para a compreensão da democracia brasileira. Vejam-se, por exemplo, as ações diretas em que governo e oposição dão sequência às disputas parlamentares ou que entidades várias escrutinam leis tributárias, previdenciárias, etc. Discutida uma questão constitucional em ação direta (não em uma pletera de ações individuais) – a decisão do Supremo Tribunal Federal será, de pronto, *erga omnes*.

O sétimo sucedâneo é o efeito vinculante introduzido pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. De início previsto especificamente para a nova ação declaratória de constitucionalidade⁴⁸ (que, de certo modo, recupera a representação interpretativa da Emenda n. 7, de 1977, inclusive no que se refere à respectiva “força vinculante”), o efeito vinculante veio a ser explicitado para a ação direta de inconstitucionalidade⁴⁹, bem como previsto para a arguição de descumprimento fundamental⁵⁰. O efeito vinculante, inspirado no Direito alemão, “tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas” pelo Tribunal Constitucional (alemão), “assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes”⁵¹. Fortaleceu-se a repercussão das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso e concreto de normas, o que é particularmente útil às decisões afirmativas: (i) da constitucionalidade; ou (ii) de uma determinada interpretação constitucional, ou seja, decisões que não implicam eliminação da lei objeto do controle, mas, sim, manutenção da sua vigência (ou manutenção da sua vigência no pressuposto de uma determinada interpretação).

Enfim, o oitavo e último sucedâneo, voltando a mecanismos que funcionam como sucedâneos normativos ao *stare decisis* no próprio controle difuso e concreto de normas, a

⁴⁷ Constituição de 1988, art. 103, *caput*.

⁴⁸ A Emenda n. 3, de 1993, acrescentou o seguinte § 2º ao art. 103 da Constituição de 1988: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

⁴⁹ Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, art. 28, parágrafo único; posteriormente, Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, no que deu nova redação ao § 2º ao art. 103 da Constituição de 1988: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

⁵⁰ Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999, art. 11.

⁵¹ Justificação da Proposta de Emenda à Constituição n. 130, de 1992 (que foi prejudicada pelo encerramento dos trabalhos da Revisão Constitucional, mas que ajuda a compreender o instituto acolhido pela Emenda n. 3, de 1993).

mais recente Reforma do Poder Judiciário adotou a “súmula vinculante”⁵², tentativa mais recente de suprir a falta daquele mecanismo próprio ao *common law*. Trata-se de aperfeiçoamento da súmula existente desde a década de 1960, que agora foi dotada de “efeito vinculante” quando aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal⁵³. A Reforma também introduziu a necessidade de demonstrar “repercussão geral” como requisito para o conhecimento do recurso extraordinário⁵⁴, versão brasileira do *writ of certiorari* americano. A regulamentação do instituto também configura sucedâneo de *stare decisis*⁵⁵.

V – Conclusão

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro não é misto, mas sim: (i) uma cumulação de elementos dos dois modelos básicos, elementos esses que convivem em paralelo, com influxos recíprocos, episódicos e eventuais; ou (ii) um sistema difuso, porque todos os juízes e tribunais têm competência para a decisão de inconstitucionalidade, alguns deles também pela via principal⁵⁶ (Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça) por meio de ações diretas com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Reconhecer a vocação do Direito brasileiro para o controle concentrado e abstrato de normas, como consequência da busca de sucedâneos ao *stare decisis*, não implica o descarte do controle difuso e concreto, muito antes pelo contrário. O controle difuso e concreto ajuda a estreitar a teia de proteção contra atos inconstitucionais e é particularmente útil à defesa em concreto dos direitos fundamentais.

Porém, este reconhecimento deve ter uma implicação: aceitar a necessidade de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro Tribunal Constitucional, com efetivo e pleno desenvolvimento de mecanismos que resguardem a Corte para decisões verdadeiramente fundamentais ao Estado e à cidadania, o que inclui aceitar a sedimentação de mecanismos como a súmula vinculante e a repercussão geral.

⁵² Constituição de 1988, art. 103-A, acrescentado pela Emenda n. 45, de 2004.

⁵³ Constituição de 1988, art. 103-A, *caput*, acrescentado pela Emenda n. 45, de 2004.

⁵⁴ A Emenda n. 45, de 2004, acrescentou o seguinte § 3º ao art. 102 da Constituição: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁵⁵ A propósito, os seguintes §§ do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentados pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006: “§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

⁵⁶ A propósito, confira-se a crítica lúcida de Elival da Silva Ramos. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

Neste contexto, surgem duas últimas questões: (i) seria necessário adotar um incidente de inconstitucionalidade? (ii) o que seria preciso para transformar o Supremo Tribunal Federal em um Tribunal Constitucional?

Primeira questão. A eventual adoção de um incidente de inconstitucionalidade, que permitisse a provocação do Supremo Tribunal Federal, de imediato, nos autos de qualquer processo, em qualquer instância, tão logo surgisse uma potencial inconstitucionalidade, seria um aperfeiçoamento potencialmente útil. Na hipótese, qualquer juiz ou tribunal poderia provocar o Supremo, que, desde logo, resolveria a questão com eficácia *erga omnes*, o que parece útil como elemento de funcionalidade e coerência para o modelo pátrio de controle de constitucionalidade.

Segunda questão. Parte considerável dos Tribunais Constitucionais adota para seus membros mandatos fixos, não renováveis, com renovação da Corte em partes iguais dentro de períodos certos de tempo, para tornar improvável que um mesmo Governo possa indicar uma maioria de membros do Tribunal⁵⁷. Também não é raro que a maioria parlamentar para aprovação de indicado à Corte seja qualificada, algo como dois terços dos membros da Casa parlamentar competente, de modo a induzir forte consenso em favor de indicado que esteja acima do jogo partidário⁵⁸. Essas duas características favorecem o papel contra-majoritário que se espera de um Tribunal Constitucional. Por isso são estratégicas e conviriam ao Supremo Tribunal Federal.

Ademais, como afirma **ARISTÓTELES**, a natureza de uma coisa é o seu fim⁵⁹. Logo, considerando que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”⁶⁰, já é ele – em essência – um Tribunal Constitucional, o que torna premente levar a efeito reformas que o habilitem a desempenhar, de modo ainda melhor, a sua vocação primeira.

⁵⁷ Adotam mandatos fixos para os seus membros os seguintes Tribunais Constitucionais: alemão, italiano, francês, espanhol e português. Adotam vitaliciedade limitada aos setenta anos de idade os seguintes Tribunais Constitucionais: austríaco e belga (FAVOREU, *Los tribunales constitucionales...*, p. 32-33).

⁵⁸ MENDES, *Jurisdição constitucional...*, p. 5 e FAVOREU, *Los tribunales constitucionales...*, p. 64-65.

⁵⁹ ARISTÓTELES. *Política*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 3.

⁶⁰ Constituição, art. 102, *caput*.

Referências bibliográficas

- AMARAL JÚNIOR**, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ARISTÓTELES**. *Constituição dos atenienses*, introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão, Porto: Calouste Gulbenkian, 2003.
- _____. *Política*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- BITTENCOURT**, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª edição, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BUZAID**, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAPPELLETTI**, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre: Fabris, 1984.
- DAHL**, Robert. *How democratic is the American Constitution*, 2ª edição, New Haven & London: Yale University Press, 2003.
- FAVOREU**, Louis. *Los tribunales constitucionales*, Barcelona: Ariel, 1994.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini, *O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas* **in** RPGE-SP nº 25, p. 29-35.
- HAMILTON**, Alexander. *Artigo federalista n. LVXXVIII* **in** Os artigos federalistas, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-493.
- HOLANDA**, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KELSEN**, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)* **in** La giustizia costituzionale, Milano: Giuffrè, 1981.
- _____. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* **in** Carl Schmitt y Hans Kelsen, Madrid: Tecnos, 2009, p. 289-366.
- LOBO**, Américo. *Decisões constitucionais de Marshall*, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MATTEUCCI**, Nicola. *Organización del poder y libertad*, Madrid: Trotta, 1998.
- MELO FRANCO**, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*, vol. I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- MENDES**, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 1996.

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

REHNQUIST, William. *The Supreme Court*, Nova York: Vintage Books, 2001.

SCHMITT, Carl. *El defensor de la Constitución* in Carl Schmitt y Hans Kelsen, Madrid: Tecnos, 2009, p. 1-287.