

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

LUCAS SENA MEDEIROS

**A abstratização dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle di-
fuso de constitucionalidade: uma análise do julgamento do Recurso Extraordinário
567.985/MT**

Florianópolis/SC

2022

LUCAS SENA MEDEIROS

A abstrativização dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade: uma análise do julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.

Florianópolis/SC

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Medeiros, Lucas Sena

A abstrativização dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade : uma análise do julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT / Lucas Sena Medeiros ; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, 2022.

96 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

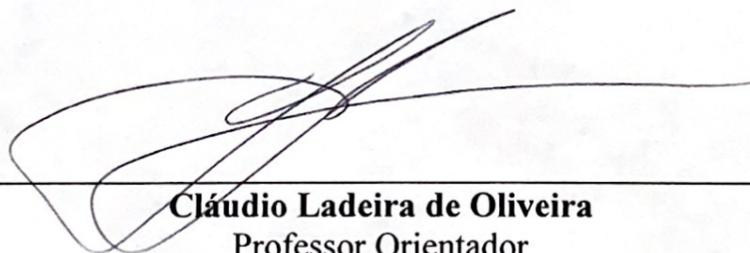
1. Direito. 2. Controle de Constitucionalidade. 3. Recurso Extraordinário. 4. Repercussão geral. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Oliveira, Cláudio Ladeira de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

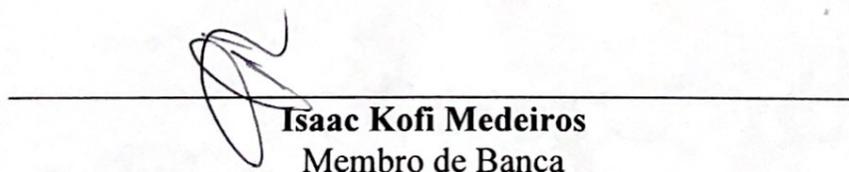
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A abstrativização dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade: uma análise do julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT**”, elaborado pelo acadêmico **Lucas Sena Medeiros**, defendido em **20/07/2022** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

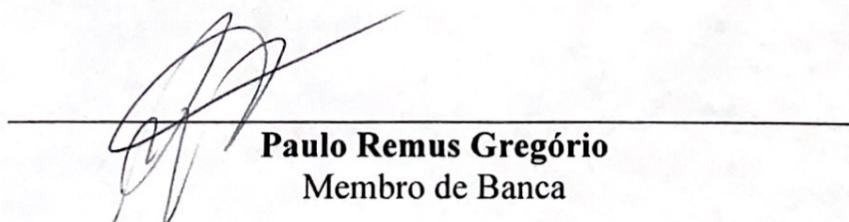
Florianópolis, 20 de Julho de 2022.



Cláudio Ladeira de Oliveira
Professor Orientador



Isaac Kofi Medeiros
Membro de Banca



Paulo Remus Gregório
Membro de Banca



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: Lucas Sena Medeiros

RG: 3.997.019

CPF: 052.488.049-22

Matrícula: 17200050

Título do TCC: A abstrativização dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade: uma análise do julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT

Orientador: Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira

Eu, **Lucas Sena Medeiros**, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 20 de julho de 2022.

Assinatura manuscrita em tinta preta, apresentando uma grafia cursiva e estilizada.

LUCAS SENA MEDEIROS

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela vida.

À José Gabriel da Costa, por seus preciosos ensinamentos.

Aos meus pais, Valdijo Medeiros e Claudia Aparecida de Sena Santos, e aos meus avós, Sebastião José dos Santos e Maria Alice Sena Santos, pelo apoio incondicional ao longo desta trajetória. Sem vocês esta conquista não teria sido possível.

Aos meus tios, Humberto Sena Santos e Cátia Weber, ao meu afilhado Joaquim Weber Sena Santos, e aos meus avós emprestados, Terezinha Weber e Ademar Weber, por terem auxiliado a tornar o caminho mais leve.

Aos meus irmãos, Fabíola Vicente de Medeiros Bernardi, Fábio Medeiros e Sabrina Vicente de Medeiros, e suas respectivas famílias, pelos momentos de alegria compartilhados ao longo de tantos anos.

À minha namorada, Yasmin Muzzi Magalhães, por todo amor, companheirismo, compreensão e paciência ao longo desse derradeiro ano de faculdade. Sua companhia torna os meus dias mais leves, alegres e coloridos.

A todos os meus amigos que fizeram parte dessa jornada, em especial: Ravi Diniz Silk, Humberto Moisés Gonzaga, João Artur Moisés Gonzaga, Mateus Freitas Santiago, Pedro Augusto Moreira Zappa, João Pedro Simi Marson e Leonardo Mendes Fiedler.

À Universidade Federal de Santa Catarina e aos amigos e colegas com quem compartilhei este caminho. Em especial, ao Marcelo Henrique Rodrigues Hoki, minha dupla em diversos trabalhos acadêmicos e no Núcleo de Prática Jurídica, por toda a parceria e contribuição neste trajeto.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira, pela contribuição dada à confecção do presente trabalho.

À minha amiga, Vitória Leopoldina Gomes Mendes, pela contribuição com relação à metodologia do presente trabalho.

Por fim, e com especial relevância, ao povo brasileiro, por toda a contribuição tributária para a manutenção da universidade pública e gratuita, desejando que possamos contribuir para que sua qualidade aumente a cada dia, com a finalidade de melhor servir à nossa sociedade.

*Quis custodiet ipsos custodes?*¹

¹ Em tradução livre: “Quem há de vigiar os vigilantes?” ou “Quem guardará os guardiões?”. Frase atribuída ao poeta romano Juvenal. Neste sentido, *cf.* STIGLITZ, Joseph. *Quis Custodiet Ipsos Custodes?**. **Challenge**, v. 42, n. 6, p. 26–67, nov. 1999. DOI 10.1080/05775132.1999.11472129. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/05775132.1999.11472129>. Acesso em: 7 jul. 2022. Ainda, é também a frase que dá nome à série em quadrinhos *Watchmen*, da Marvel Comics. A respeito deste assunto, *cf.* SERPA, Talita; CARMONA, Erika Leticia. *Watchmen em português: quem vigia os tradutores?* **Revista do GEL**, v. 18, n. 2, p. 186–212, 6 ago. 2021. DOI 10.21165/gel.v18i2.2852. Disponível em: <https://revistas.gel.org.br/rg/article/view/2852>. Acesso em: 7 jul. 2022.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar, através de análise indutiva, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, se os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral que declaram a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, caracteriza hipótese de ampliação dos legitimados a requererem a declaração de inconstitucionalidade da norma em abstrato e pode resultar em ofensa ao princípio da separação de poderes, por ampliação demasiada dos poderes do Tribunal. Para tanto, é feita uma exposição acerca do desenvolvimento do termo constitucionalismo, e de suas noções basilares, e da origem das Constituições escritas. Na sequência, apresenta-se o controle de constitucionalidade, seus modelos clássicos e características, trabalhando com detalhes a respeito de alguns aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro, em especial aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, faz-se um estudo de caso, analisando a fundamentação dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, que culminou com a fixação da tese de repercussão geral n. 27 e a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742 de 1993. Conclui-se que, embora tenha levado em consideração questões atinentes à legitimidade da Corte para declarar a inconstitucionalidade de um critério fixado pelo legislador para efetivação de política pública prevista constitucionalmente, a eficácia vinculante e os efeitos *erga omnes* decorrentes da decisão tomada no controle difuso caracterizam ampliação indireta do rol de legitimados a requererem a inconstitucionalidade em abstrato de dispositivo legal e também configuram uma relevante ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal, indicando a possibilidade de ofensa ao princípio da separação de poderes diante da crescente judicialização da política e das relações sociais.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Constitucionalismo. Constituição Federal. Legitimidade. Efeitos das decisões. Judicialização da política.

ABSTRACT

The present work aims to verify, through inductive analysis, with bibliographic and jurisprudential research, if the effects of the decisions of the Federal Supreme Court, in the judgment of extraordinary appeals with general repercussion that declares the unconstitutionality of a law or normative act of the Public Power, characterizes an ampliation of the legitimized to postulate the declaration of unconstitutionality, in abstract, of a law or a normative act, and if it can result in an offense to the principle of separation of powers, through the characterization of an excessive ampliation of the Court's powers. For that, is made an exposition of the development of the term constitutionalism, its basic notions, and the origin of written Constitutions is made. Next, the control of constitutionality is presented, its classic models and characteristics, working in detail about some aspects of the Brazilian judicial review, especially those that are carried out by the Federal Supreme Court. Finally, a case study is carried out, analyzing the reasoning behind the votes of the Ministers of the Federal Supreme Court in the judgment of Extraordinary Appeal n. 567.985/MT, which culminated in the general repercussion thesis n. 27 and the declaration of unconstitutionality by partial omission, without the pronouncement of nullity, of paragraph 3 of article 20 of Law n. 8.742/1993. It is concluded that, although the Court took into account issues related to its legitimacy to declare the unconstitutionality of the criteria envisaged by the legislator to realize a public policy specified by the Constitution, the binding and *erga omnes* effects resultant from the decision taken in the diffuse control characterize the indirect expansion of the legitimized to postulate the abstract declaration of unconstitutionality of a legal mechanism and also configure a relevant ampliation of the Federal Supreme Court power's, indicating a possible offense to the principle of separation of powers in front of the growing judicialization of politics and social relationships.

Keywords: Control of Constitutionality. Federal Court of Justice. Extraordinary Appeal. General Repercussion. Constitutionalism. Federal Constitution. Legitimacy. Effects of decisions. Judicialization of politics.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
BPC	Benefício de Prestação Continuada
CF	Constituição Federal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
PGR	Procurador-Geral da República
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	CONSTITUCIONALISMO: UM PANORAMA HISTÓRICO	15
2.1	DA ANTIGUIDADE AO BERÇO DOS ESTADOS NACIONAIS	16
2.2	A FORMAÇÃO DOS ESTADOS LIBERAIS	19
2.2.1	A Revolução Inglesa	20
2.2.2	A Revolução Americana	22
2.2.3	A Revolução Francesa	25
2.3	FERDINAND LASSALLE: A CONSTITUIÇÃO E OS FATORES REAIS DE PODER.....	27
2.4	O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO DO DIREITO	29
2.5	A FORMAÇÃO DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO.....	30
3	A CONSTITUIÇÃO COMO MEDIDA DAS LEIS	35
3.1	MODELOS CLÁSSICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	37
3.1.1	Marbury v. Madison: a origem do controle concreto de constitucionalidade	37
3.1.2	O sistema austríaco e a influência de Hans Kelsen	39
3.1.3	O sistema francês e o controle de constitucionalidade por órgão político	41
3.2	MODALIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	42
3.2.1	Relativas ao momento de exercício do controle	43
3.2.1.1	<i>Controle preventivo</i>	43
3.2.1.2	<i>Controle repressivo</i>	43
3.2.2	Relativas ao órgão judicial que exerce o controle	44
3.2.2.1	<i>Controle concentrado</i>	44
3.2.2.2	<i>Controle difuso</i>	45
3.2.3	Relativas ao modo ou à forma como é exercido o controle judicial	45
3.2.3.1	<i>Abstrato ou por via principal</i>	46
3.2.3.2	<i>Concreto ou por via incidental</i>	46
3.3	ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	47
3.3.1	Inconstitucionalidade material e formal	47
3.3.2	Inconstitucionalidade por ação e por omissão	47
3.4	A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS	48
3.5	CRÍTICAS AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	51

4	O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO ...	60
4.1	CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	61
4.1.1	Recurso extraordinário	62
4.1.1.1	<i>Uma breve evolução histórica</i>	62
4.1.1.2	<i>Requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário</i>	63
4.1.1.3	<i>Hipóteses de cabimento</i>	64
4.1.1.4	<i>A crise dos recursos extraordinários</i>	64
4.1.1.5	<i>A repercussão geral do recurso extraordinário</i>	66
4.1.2	Súmulas vinculantes	67
4.2	CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	68
4.2.1	Ações diretas cabíveis	69
4.2.2	Rol de legitimados.....	70
4.2.3	Efeitos das decisões	71
4.3	TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	71
4.3.1	Decisões interpretativas.....	72
4.3.1.1	<i>Interpretação conforme à Constituição.....</i>	72
4.3.1.2	<i>Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.....</i>	73
4.3.1.3	<i>Declaração de lei constitucional em trânsito para inconstitucionalidade.....</i>	73
4.3.2	Decisões manipulativas.....	74
4.3.2.1	<i>Decisões manipulativas aditivas.....</i>	74
4.3.2.2	<i>Decisões manipulativas substitutivas</i>	75
4.4	A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES	75
5	O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.985/MT.....	77
5.1	INTRODUÇÃO AO CASO	77
5.2	AS RAZÕES DE DECISÃO DA CORTE	79
5.2.1.1	<i>Pelo provimento do recurso.....</i>	79
5.2.1.2	<i>Pelo desprovimento do recurso</i>	80
5.2.1.3	<i>A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade</i>	82
5.3	DISCUSSÃO	83
6	CONCLUSÃO.....	88

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade brasileiro pode ser classificado como um controle de constitucionalidade misto ou híbrido, por possuir características originárias de dois sistemas distintos: o sistema austríaco e o sistema norte-americano. O exercício da jurisdição constitucional brasileira pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem contribuído para o crescente tensionamento das relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo um fenômeno de grande relevância social. A ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal, bem como do alcance de suas decisões, vem ocorrendo através da promulgação de emendas constitucionais e de decisões da própria Corte.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo de caso do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 567.985 pelo Supremo Tribunal Federal², que culminou com a fixação da tese de Repercussão Geral (RG) n. 27, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, de um critério legislativo para concessão de um benefício de assistência social, tendo fundamentado sua decisão no princípio da dignidade da pessoa humana.

O instituto da repercussão geral confere efeitos *erga omnes* às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recursos extraordinários, caracterizando uma relevante ampliação do alcance das decisões da Corte no controle difuso de constitucionalidade. Sua instituição se deu com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 45 de 2004, que ficou conhecida como *reforma do Poder Judiciário*. A referida emenda instituiu critérios discricionários para a admissibilidade da repercussão geral pelo STF, assim como critérios quantitativos para sua inadmissibilidade, tendo posteriores alterações infralegais contribuído na definição do que seriam as questões relevantes a serem consideradas pela Corte no exercício de sua função discricionária.

Esse alargamento dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso de constitucionalidade foi ainda mais ampliado com a inauguração, pelo

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

Código de Processo Civil (CPC) de 2015³, de um sistema de precedentes capazes de vincular a atuação dos órgãos judiciais inferiores. Assim, pretende-se verificar se o exercício da jurisdição constitucional brasileira, pelo Supremo Tribunal Federal, levou em consideração, no caso em estudo, argumentos acerca da legitimidade da Corte para declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo normativo infraconstitucional com natureza de política pública, considerando a relevante ampliação dos efeitos de suas decisões, e se a decisão do Tribunal pode resultar em ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes.

Nesse sentido, este trabalho tem como problemática central, se a fixação de teses de repercussão geral, no julgamento de recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal: (i) caracteriza hipótese de alargamento dos legitimados a pugnam pela declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo, em caráter abstrato, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante; e (ii) pode resultar em ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes, definido pelo art. 2º da Constituição Federal (CF) de 1988⁴.

Valendo-se de análise indutiva, bem como de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tem-se como hipóteses que a atribuição de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, ainda que limitada aos órgãos do poder judiciário, às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de RE com RG, caracterizam a efetiva ampliação do rol taxativos de legitimados a pugnam pela declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo, ainda que de maneira incidental. Entende-se que a decisão do Tribunal por maioria absoluta, conforme definido pela cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF⁵), quando tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade com efeitos abstratos se mostra inapta a suprir a legitimidade política conferida, ao controle concentrado de constitucionalidade, pelo rol taxativo de legitimados a sua propositura, caracterizando, de maneira indireta, o seu alargamento, ampliando consideravelmente o poder do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, para que se realize a análise do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral, é necessário que tenhamos uma compreensão adequada acerca da origem do *constitucionalismo*

³ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Diário Oficial da União, 17 mar. 2015.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁵ *Ibid.*

e das constituições escritas, além das razões que levaram ao reconhecimento de sua supremacia em face aos demais atos normativos. Este é o objeto do primeiro capítulo deste trabalho.

O segundo capítulo, por sua vez, trata de questões relativas ao controle de constitucionalidade, tendo a finalidade de demonstrar a origem dos três modelos clássicos de controle e suas respectivas características, assim como de explicar as mais relevantes modalidades e espécies de controle de constitucionalidade para um melhor entendimento da jurisdição constitucional brasileira. A função contramajoritária das cortes constitucionais e a dificuldade contramajoritária enfrentada por elas, com relação à questão da legitimidade dos tribunais para realização do controle de constitucionalidade, assim como o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional e a conseqüente judicialização da política e das relações sociais, são examinadas ao fim desse capítulo, possibilitando o desenvolvimento de uma visão crítica a respeito do tema.

O terceiro capítulo realiza, de forma sucinta, a apresentação do controle de constitucionalidade brasileiro. São objetos de um exame mais detalhado: o rol de legitimados à propositura das ações diretas, a possibilidade de fixação de súmula vinculante, o recurso extraordinário e a instituição da repercussão geral pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e os efeitos decorrentes das alterações realizadas.

Por fim, realiza-se, no quarto capítulo, a apresentação do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 567.985/MT⁶, as linhas gerais dos votos proferidos pelos Ministros e Ministras do Tribunal e a discussão do caso, buscando verificar se a legitimidade da Corte para julgar o caso em questão e o necessário respeito a separação de poderes foram objeto de fundamentação nos votos proferidos pelos Ministros da Corte.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

2 CONSTITUCIONALISMO: UM PANORAMA HISTÓRICO

Conceitualmente, o termo *constitucionalismo* está essencialmente ligado às noções de limitação do poder estatal e de supremacia da lei⁷. Embora o vocábulo constitucionalismo tenha entrado em voga no mundo ocidental há pouco mais de duzentos anos, com fortes ligações às Revoluções Francesa e Americana, ambas ocorridas no século XVIII, destaca-se que parte das ideias nucleares do termo remontam à Antiguidade Clássica⁸.

Percebe-se que, muito embora o nome sugira a existência de uma Constituição, esta não precisa, necessariamente, estar expressa em um único documento escrito. O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, por exemplo, é um país da atualidade em que, apesar de possuir um forte ideal constitucional, não conta com um diploma constitucional escrito⁹.

Apesar de a Constituição do Reino Unido ser classificada como *não escrita*, diversos documentos considerados fontes do Direito Constitucional do Reino Unido são de natureza escrita, dentre os quais podemos destacar a Magna Carta (1215), a Petição de Direitos (1628) e a Carta de Direitos (1689)¹⁰.

O estudo do desenvolvimento do termo *constitucionalismo* e do cerne de ideias que lhe compõe, ao longo da história das sociedades humanas, é de fundamental importância para uma melhor compreensão acerca do Direito Constitucional, lançando luz sobre importantes alicerces da sociedade em que vivemos, permitindo-nos refletir e compreender a razão do surgimento de uma norma político-jurídica considerada superior as demais, a qual é capaz de regular os procedimentos legislativos e a organização do Estado e de limitar o poder estatal.

⁷ Acerca das características do termo *constitucionalismo*, em uma acepção mais moderna do termo, outros autores incluem o respeito ao indivíduo e aos seus direitos individuais e a responsabilização governamental, como outras de suas características, em um sentido moderno do termo. Neste sentido, cf. BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law**. 4th ed. London: Cavendish, 2002. p. 5-6.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 33-38.

⁹ *Ibid*, p. 33-38.

¹⁰ BARNETT, *op. cit.*, p. 19-20.

2.1 DA ANTIGUIDADE AO BERÇO DOS ESTADOS NACIONAIS

O primeiro grande precedente de separação dos poderes estatais e de supremacia da lei pôde ser identificado em Atenas, na Grécia, por volta do século V a.C. A cidade-Estado ficou conhecida como um local onde vigorava um governo de leis, ao invés de um governo de homens. Os cidadãos atenienses possuíam capacidade de participar e influir nas decisões políticas da pólis através de instituições como a Assembleia, o Conselho e as Cortes, as quais possuíam papéis políticos notadamente mais alargados do que os órgãos judiciais atuais. Embora houvesse ampliadas possibilidades de participação nas decisões políticas de Atenas pelos cidadãos, essas eram reduzidas em algumas instituições como o Conselho, que possuía uma composição limitada a quinhentos membros¹¹.

A lição de Loewenstein ensina que a necessidade de justificar a submissão ao poder pela razão se deu por algo maior do que a tradição ou a conveniência. A efervescência intelectual que ocorria na Grécia fez com que seus cidadãos criassem instituições e técnicas políticas que permitissem ao cidadão influir na formação da vontade comum, protegendo assim o seu âmbito pessoal e a sua capacidade de autodeterminação frente aos governantes, evitando que sofressem com arbitrariedades perpetradas por aqueles. Surgiam, de maneira simultânea, o governo e a democracia constitucional, ainda que de forma rudimentar¹².

A República Romana, que teve início após o fim da monarquia etrusca, em 529 a.C., incorporou algumas das noções gregas de organização do Estado ligadas ao constitucionalismo moderno, como a limitação de poder estatal e a concentração das decisões políticas em um número limitado e reduzido de pessoas através de uma estrutura jurídico-política que incluía a Assembleia, os Cônsules e outros funcionários, considerados do alto escalão, além do Senado¹³.

O professor fluminense ensina que as instituições políticas da República repartiam o poder, controlando e temendo umas as outras. Contudo, os privilégios da aristocracia patrícia,

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 33-38.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 53-57.

¹³ BARROSO, *op. cit.*, p. 33-38. Acerca do tema, Barroso destaca que as Assembleias do período da República Romana constituíam instituições que detinham o poder legislativo. Os principais agentes do executivo eram chamados de Cônsules, sendo possível citar, entre os funcionários de alto escalão, os pretores e os questores.

aliados ao grande poder conferido aos comandantes militares e à insatisfação das tropas, de alguns cidadãos excluídos de cargos públicos importantes e do povo, foram fatores que se somaram, colaborando para a derrocada da República e a instauração do Império Romano, o qual perdurou por mais de meio milênio. Essa transição fez com que as ideias ligadas ao constitucionalismo ficassem esquecidas no Ocidente até o final da Idade Média¹⁴.

Após a queda do Império Romano, no ano de 476, houve três vertentes de sucessão do poder político: (i) o surgimento do Império Bizantino representou uma continuação, em menor escala, do Império Romano, contando com a manutenção da aplicação de direitos romanos e do posto de imperador; (ii) as tribos germânicas que invadiram o Império Romano se impuseram sobre o povo latino cristão da região; e (iii) o mundo árabe, em expansão a partir da Ásia.

Assim, durante um extenso período de tempo vigorou, entre os povos da Europa, uma elevada quantidade de principados locais, que possuíam autonomia e não respondiam a um único e determinado poder político centralizador. A Igreja Católica e o Sagrado Império Romano-germânico foram os únicos centros de poder que chegaram a ostentar uma autoridade mais ampla. Trata-se do período que ficou conhecido na história como feudalismo, fortemente caracterizado pela atomização do mando político e pelas relações de poder estabelecidas entre os donos da terra e seus vassallos, restando uma autoridade reduzida para os reis, duques e condes¹⁵.

As relações sociais ficaram sujeitas às particularidades locais, aos contratos e ao poder privado, considerando que neste período a ideia de um Poder Público era praticamente inexistente, havendo a predominância de estruturas privadas de poder onde o senhor das terras é o titular da autoridade máxima sobre aqueles que vivem em seu domínio. As relações entre o senhor e os seus vassallos constituíam dois tipos de obrigações: a obrigação de proteção do senhor para com seus súditos; e a vassalagem, obrigação privada do súdito para com o senhor¹⁶.

É neste contexto da Idade Média que surgem os antecedentes mais diretos das declarações de direitos, de maneira tímida é bem verdade, mas já retomando noções de organização

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 33-38.

¹⁵ *Ibid.* p. 33-38.

¹⁶ *Ibid.* p. 33-38. A única instituição verdadeiramente pública que existiu no período entre a queda do Império Romano e o final da Idade Média foi a Igreja Católica.

política que podem ser ligadas ao constitucionalismo moderno, as quais haviam sido perdidas no mundo ocidental após a queda da República Romana. Silva leciona que a teoria do direito natural e um conjunto de princípios, os quais foram denominados posteriormente de *humanismo*, contribuíram para o surgimento das chamadas leis *fundamentais do Reino*, capazes de limitar o poder do monarca¹⁷. De acordo com o autor:

Aí floresceram os *pactos*, os *forais* e as *cartas de franquias*, outorgantes de proteção de direitos dentre os quais mencionam-se, por primeiro, os espanhóis: de León e Castela de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurara sustentar a justiça e a paz do reino, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo etc.; de Aragão, que continha reconhecimento de direitos, limitados aos nobres, [...] (1265).¹⁸

A Magna Carta inglesa¹⁹, conforme visto anteriormente, é considerada uma das fontes legais da Constituição do Reino Unido, sendo outro exemplo de antecedente das declarações de direitos. Embora possua reduzida importância legal na atualidade, constitui importante marco de limitação do poder do monarca e de garantia de alguns direitos individuais, especialmente dos barões feudais²⁰.

Durante o período conhecido como alta Idade Média, iniciou-se um processo de concentração do poder, em contraste à dispersão atomizada do mando político que vigorou durante

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43a ed, rev.atual. / até a Emenda constitucional n. 105, de 12.12.2019. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2020. p. 151-155.

¹⁸ *Ibid.* p. 153.

¹⁹ A respeito da história inglesa e da assinatura da Magna Carta: “Em meados do século X, os diversos reinos anglo-saxões dispersos pelas ilhas britânicas já estavam unificados sob o reino da Inglaterra. Com a invasão normanda, em 1066, foram introduzidas as instituições feudais, cujo desenvolvimento consolidou a força política dos barões, que impuseram ao rei João Sem Terra, em 1215, a Magna Charta. Pouco à frente, ainda no século XIII, começou a ganhar forma o Parlamento, convocado e controlado pelo rei, integrado por aristocratas e clérigos, bem como por representantes da baixa aristocracia e da burguesia urbana. Ao final do século XVI, a Inglaterra já havia se firmado como uma monarquia estável, um Estado protestante e uma potência naval. Ali seriam lançadas, ao longo do século XVII, as bases do constitucionalismo moderno, em meio à turbulência institucional resultante da disputa de poder entre a monarquia absolutista e a aristocracia parlamentar.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 39).

²⁰ BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law**. 4th ed. London: Cavendish, 2002. p. 19. Neste mesmo sentido, *cf.*: “A *Magna Carta*, assinada em 1215 mas tornada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional, ‘longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres’. Essa observação de Noblet é verdadeira, mas não exclui o fato de que ela se tornasse o símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se [sic] o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke com seus comentários, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês”. (SILVA, *op. cit.*, p. 154).

o período feudal. Entre os diversos fatores que contribuíram para este processo, destaca-se a revitalização das práticas comerciais²¹. O florescimento do comércio, aliado ao fortalecimento dos ideais iluministas e ao desenvolvimento do método científico cartesiano, criou um ambiente propício para o questionamento cada vez mais frequente do poder monárquico, o qual já vinha enfrentando sucessivas, embora esparsas, limitações.

[Assim,] o Estado moderno 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 lhe desprezar o potencial de legitimação. *Soberania* é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional. Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca.²²

O direito romano permaneceu vivo ao longo dos séculos, servindo como alicerce do direito civil, entretanto não teve a mesma função em relação ao direito constitucional. Ao final da Idade Média se consolidou modelo de organização política que superou aquele das antigas cidades gregas e romanas e o modelo feudal. A esta forma de organização política se deu o nome de Estado Absolutista, que encontrou a justificação do poder do monarca no direito divino e no conceito de soberania, culminando no surgimento dos Estados Nacionais sobre as ruínas do feudalismo. Assim, o monarca passa a exercer o seu poder tanto em face da igreja quanto em relação aos senhores feudais localizados em seus territórios²³.

2.2 A FORMAÇÃO DOS ESTADOS LIBERAIS

A superação dos Estados absolutistas se deu com três grandes revoluções, cada uma com suas particularidades, que constituem o marco histórico inicial do constitucionalismo

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 33-38.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 38.

²³ *Ibid*, p. 33-38.

moderno e resultaram no surgimento de um modelo de organização política conhecida como Estado Liberal burguês que se espalhou pelo mundo, influenciando outros países e povos na luta pela superação do absolutismo. São elas: (i) a Revolução Inglesa (1688); (ii) a Revolução Americana (1776); e (iii) a Revolução Francesa (1789)²⁴.

Passam a ocorrer sucessivas modificações do centro de gravidade do conceito de soberania. No Estado moderno ele se encontra no próprio monarca, justificado por trabalhos como o de Jean Bodin e o de Hobbes. A transferência desse centro de gravidade para o Parlamento ocorre, na Inglaterra, através da influência do pensamento de John Locke²⁵ e da Revolução Gloriosa, enquanto com a influência de Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana o poder soberano passa para o povo²⁶.

2.2.1 A Revolução Inglesa

Os reinos anglo-saxões presentes nas ilhas britânicas se unificaram sob o reino da Inglaterra ainda no século X. Contudo, o Parlamento britânico começou a tomar forma apenas no século XIII. Em sua composição, contava com membros da alta e da baixa aristocracia, clérigos e representantes da burguesia urbana. Neste primeiro momento, cabia ao rei a convocação e o controle do Parlamento. Com o passar dos anos, a Inglaterra se firmou, no século XVI, através de seu desenvolvimento, como uma monarquia estável e uma potência naval. Ademais, Henrique VIII rompeu, em 1534, com a Igreja Católica após ver seu pedido de anulação de casamento ser rejeitado pelo Papa Clemente VII, criando a Igreja Anglicana, da qual se tornou chefe²⁷, transformando a Inglaterra em um Estado protestante²⁸.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 38.

²⁵ A influência do pensamento de Locke não se limitou à Inglaterra, estendendo-se também às Revoluções Francesa e Americana, em especial com seus trabalhos *Dois tratados sobre o governo civil* (1690) e *Ensaio sobre o entendimento humano* (1690). Neste sentido, *cf. ibid.* p. 38.

²⁶ *Ibid.*, p. 38.

²⁷ Durante o reinado de Henrique VIII foi estabelecida a supremacia do rei e destruída qualquer autoridade formal do papa através de três atos, no ano de 1534, chamados de: (i) *The Succession Act*; (ii) *Act of Supremacy*; e (iii) *Treason Act*. Neste sentido, *cf.* BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law**. 4th ed. London: Cavendish, 2002. p. 20-21.

²⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 39-42.

Apesar de ser considerada uma potência naval, a Inglaterra não contava, no início do século XVII, com uma sustentação financeira própria e nem com um exército permanente. Estas características demonstram a fragilidade do absolutismo inglês, em comparação àqueles existentes nos demais países europeus. Foi neste contexto que tiveram início os conflitos entre o Rei e o Parlamento, em 1603, os quais cresceram em intensidade até resultarem com a submissão, pelo Parlamento ao rei, da *Petition of Rights* (Petição de Direitos), em 1628, impondo consideráveis limitações ao poder monárquico²⁹.

Este período foi marcado por uma crescente tensão política e religiosa que resultou na ocorrência de uma guerra civil, entre os anos de 1642 e 1648, e na implantação da República, com a execução do Rei Charles I, em 1649. Entretanto, a República inglesa não contou com a mesma estabilidade da monarquia que lhe antecederam, não tendo sequer completado uma década de duração. A restauração do regime monárquico ocorreu com Charles II, em 1660, após nove anos de implantação da República³⁰.

James II, filho de Charles II, sucedeu-lhe ao trono em 1685 e, embora fosse católico-romano, declarou publicamente que respeitaria o modelo de governança política e os laços religiosos do Estado com a Igreja Anglicana, estabelecidos por lei. Com o passar dos anos, contudo, atuou para remover a discriminação contra católicos e posicioná-los em cargos públicos relevantes. Estas atitudes fizeram com que anglicanos abrissem negociações com William, príncipe de *Orange*, protestante e marido de Mary, filha do Rei James II, que era a próxima na linhagem de sucessão. Embora a esposa de James tenha dado à luz a um menino em 1688, neste mesmo ano James dissolveu o Parlamento. Na sequência, viu-se obrigado a fugir do país, em 5 de novembro, quando seu genro chegou à Inglaterra com um exército³¹.

Com a fuga do Rei da Inglaterra, William convocou uma *Assembly of Peers*³², composta de antigos membros do Parlamento de Londres. Entretanto, como o príncipe de *Orange* não possuía os poderes necessários para convocar a Assembleia, porquanto apenas o rei poderia fazê-lo, esta carecia de poderes legais. Assim, a Assembleia aconselhou o príncipe a convocar

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 39-42.

³⁰ *Ibid.* p. 39-42.

³¹ BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law**. 4th ed. London: Cavendish, 2002. p. 20-21.

³² Em tradução livre: “Assembleia de Pares”.

uma *Convention of Peers and Commoners*³³, a qual foi constituída em janeiro de 1689 e declarou vago o trono.

A *House of Lords*³⁴ concordou com a Convenção e, no dia 13 de fevereiro de 1689, ofereceu a Coroa à William e Mary, intitulando-se de Parlamento Inglês e procedendo à aprovação da *Bill of Rights*³⁵ no mesmo ano, incorporando em seu conteúdo a *Declaration of Rights* que havia definido os termos do oferecimento da Coroa à William e Mary. A Convenção continuou atuando como Parlamento até o ano seguinte, quando um novo Parlamento foi constituído, desta vez cumprindo a formalidade legal necessária, qual seja, a convocação pelo Rei da Inglaterra³⁶.

O processo de desenvolvimento das instituições inglesas não ocorreu do dia para a noite, os alicerces do modelo de organização política adotado pela Inglaterra foram consolidados ao longo de centenas de anos, em um processo que remonta à Magna Carta de 1215. Desta forma, prescindiu da elaboração de uma Constituição escrita. O sistema jurídico adotado no país é conhecido como *common law*, ou direito costumeiro, sofrendo menor influência do direito romano e contando com um sistema baseado nas decisões de juízes e tribunais, bem como na construção de precedentes judiciais. Entretanto, nos últimos tempos, verifica-se uma ascensão da legislação escrita nos países que adotam este sistema.

2.2.2 A Revolução Americana

A primeira colônia inglesa nas Américas foi a colônia da Virgínia (1606), fundada por uma companhia de comércio internacional. A partir deste período, houve uma sucessiva migração de colonos ingleses para as Américas por motivos diversos³⁷. As colônias inglesas

³³ Em tradução livre: “Convenção de Pares e Plebeus”.

³⁴ Em tradução livre: “Casa dos Senhores”.

³⁵ Em tradução livre: “Carta de Direitos”.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 20-21.

³⁷ Entre os quais podemos citar as dívidas de súditos ingleses, que migraram buscando um novo começo, e os motivos religiosos que levaram os puritanos a viajar para as Américas a bordo do navio *Mayflower*, desejando criar uma comunidade alinhada com seus valores religiosos, fundaram a colônia de Massachusetts, enquanto alguns cristãos, fugindo da perseguição enfrentada na metrópole, foram para Maryland (*Ibid.* p. 43-50).

gozavam, ao contrário daquelas de outros países europeus, de um judiciário independente e um governo com um corpo legislativo composto por eleições locais, onde votavam os cidadãos que preenchessem os requisitos de propriedade, apesar de o governador ser designado por Londres³⁸.

Os conflitos entre as treze colônias inglesas na América e a Coroa britânica começaram apenas na metade do século XVIII, quando sucessivas imposições tributárias e restrições às atividades comerciais e econômicas, tomadas sem a participação das colônias, inflamaram aos poucos os seus cidadãos. A década de 1760 foi marcada por tensões que foram se somando. A Inglaterra, após a vitória sobre a França na Guerra dos Sete Anos, decidiu instituir um imposto sobre o selo, que incida também sobre jornais e diversos outros documentos e itens. O argumento era de que as colônias deveriam contribuir com o financiamento militar da metrópole, pois se beneficiavam da vitória. Este acontecimento, que ficou conhecido como *Stamp Act* (1765), agravou drasticamente a situação. A falta de representação das colônias no Parlamento inglês fez com que a instituição do imposto resultasse em uma forte reação do povo, que acabou desobedecendo a medida³⁹.

O *Stamp Act* acabou revogado, porém o Parlamento inglês, com a aprovação dos denominados *Townshend Acts*, instituiu tarifas sobre as importações das colônias. Desta vez, houve reação violenta na cidade de Boston, ocasião em que um destacamento militar inglês atirou contra uma multidão, matando cinco pessoas, em episódio que ficou conhecido como o Massacre de Boston (1770)⁴⁰.

Em 1773, o Parlamento inglês aprovou o *Tea Act*, permitindo que a Companhia das Índias Ocidentais distribísse seu estoque de chás no mercado americano, alterando o equilíbrio econômico local com o excesso de oferta, o que resultou em graves prejuízos aos comerciantes locais. Parte do chá foi atirado ao mar, na baía de Boston, momento em que tropas inglesas foram enviadas para tentar restaurar a ordem⁴¹.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 43-50.

³⁹ *Ibid.* p. 43-50.

⁴⁰ *Ibid.* p. 43-50.

⁴¹ *Ibid.* p. 43-50.

Pode-se dizer que a gota d'água foram as sanções inglesas contra Massachusetts e a cessão de parte das terras ao norte de Ohio para o Canadá. A reação das colônias culminou na convocação do Primeiro Congresso Continental, em 1774. Os eventos que se seguiram resultaram nos primeiros confrontos entre as tropas inglesas e americanos insurgentes, em 1775, e na declaração do estado de guerra⁴².

O Segundo Congresso Continental funcionou de 1775 a 1788, período em que foram tomadas importantes decisões, como: (i) a constituição de um exército organizado; (ii) a elaboração da *Declaração de Independência* das colônias, assinada em 4 de de 1776 e que contou com Thomas Jefferson como seu principal redator; e (iii) o estímulo à adoção de uma Constituição escrita pelas ex-colônias⁴³.

Em um primeiro momento, as antigas colônias se reuniram em uma Confederação, por ocasião da ratificação dos *Articles of Confederation*⁴⁴, em 1781. Contudo, este modelo de organização política se mostrou incapaz de enfrentar os desafios que a independência impunha às relações existentes entre os Estados confederados. Em 1787, convocou-se uma convenção que se reuniu na Filadélfia⁴⁵, com o objetivo central de realizar a revisão dos *Artigos da Confederação*. Este objetivo foi rapidamente abandonado, ocorrendo uma conversão da Convenção em uma Convenção Constitucional, a qual elaborou, com a influência de importantes lideranças⁴⁶, a primeira Constituição escrita do mundo moderno, cujo texto foi aprovado no dia 17 de setembro de 1787, embora a sua ratificação tenha ocorrido apenas no ano seguinte, após uma acirrada batalha política que contou como a publicação de um conjunto de artigos nomeados *The Federalist Papers*, os quais se tornaram um clássico da literatura política⁴⁷.

A Constituição Americana possui um número reduzido de artigos (sete), apesar destes serem longos e possuírem diversas seções. Em vigor há mais de duzentos anos, foi emendada pela derradeira vez no ano de 1992, contando atualmente com apenas vinte e sete emendas. A

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 43-50.

⁴³ *Ibid.* p. 43-50.

⁴⁴ Em tradução livre: “Artigos da Confederação”.

⁴⁵ Foram enviados delegados de apenas doze dos Estados, pois o Estado de Rhode Island não enviou representantes (BARROSO, *op. cit.* p. 44).

⁴⁶ Dentre as quais, destacam-se: George Washington; Benjamin Franklin; Alexander Hamilton; e James Madison (*Ibid.* p. 44).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 43-50.

Constituição Americana original não possuía uma Declaração de Direitos, que lhe foi acrescida através da aprovação das dez primeiras emendas. Estas emendas consagraram a constitucionalidade de diversos direitos, entre os quais se destacam: (i) as liberdades de expressão e religião; (ii) ao devido processo legal; e (iii) a um julgamento justo⁴⁸.

2.2.3 A Revolução Francesa

A Reforma Protestante marcou o século XVI, especialmente na França que, ao enfrentar os seus efeitos e a recepção das ideias de Lutero e Calvino, conviveu com um longo período de conflitos entre católicos e protestantes. Em 1594, com a ascensão de Henrique IV ao trono francês, após sua conversão ao catolicismo, houve um acréscimo da tolerância religiosa, especialmente com a promulgação do Édito de Nantes, que conferiu a igualdade de direitos políticos aos protestantes no ano de 1598. O governo de Henrique IV foi de grande importância para a consolidação do Estado nacional francês, com a superação do poder dos senhores feudais pelo poder do monarca, que possuía respaldo na teoria do direito divino dos reis⁴⁹.

O absolutismo do poder monárquico encontra seu apogeu no governo de Luís XIV (1643-1715), a quem é atribuída a famosa frase “*L’État c’est moi*”⁵⁰. Por outro lado, já é dado início, no reinado de Luís XV (1723-1774), à superação da teoria do direito divino dos reis, com forte influência das ideias iluministas, que aos poucos foram minando os alicerces do Estado absolutista francês⁵¹.

O Iluminismo é uma revolução intelectual, ocorrida na Europa, que representa o apogeu das transformações iniciadas pelo Renascimento no século XIV. O antropocentrismo renascentista contribuiu para o questionamento de dogmas profundamente enraizados, colaborando para o desenvolvimento de um método científico e a progressiva secularização do

⁴⁸ Neste sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 43-50; e TRIBES, Laurence H. **American constitutional law**. 3rd ed. New York, N.Y: Foundation Press, 2000. v. One. p. xliii-lviii.

⁴⁹ BARROSO, *op. cit.* p. 50-58.

⁵⁰ Em tradução livre: “O Estado sou eu”.

⁵¹ BARROSO. *op. cit.*, p. 50-58.

conhecimento⁵². Segundo os ideais iluministas, apenas através da razão seria possível que as sociedades humanas encontrassem um meio de conviver de maneira harmoniosa, livre e feliz. Assim, este movimento contribuiu com a defesa da causa burguesa contra o regime absolutista, com destaque para filósofos como Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau⁵³.

A Revolução Francesa, ocorrida em 1789, representou uma mudança de rumos na história da humanidade, com a adoção de um modelo de Estado liberal e burguês em detrimento do antigo modelo absolutista, feudal e aristocrático. A revolução, ocorrida com forte participação popular, adotou ideias de caráter universal, sob o lema da *liberdade, igualdade e fraternidade*, questionou-se não a monarquia, em um primeiro momento, mas seus poderes absolutos e os privilégios conferidos à nobreza e ao clero, assim como as relações feudais vivenciadas pelos camponeses. Como produto da revolução, podemos citar a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a elaboração de uma Constituição escrita (1791), a segunda Constituição da era moderna⁵⁴.

A Revolução passou por fases diversas, contando com a execução do rei e a instauração de um regime republicano de governo. Ao fim, houve o retorno à monarquia com o golpe que ficou conhecido como *18 de Brumário*, ocorrido em novembro de 1799, momento em que Napoleão Bonaparte assume o poder, tendo atuado como cônsul, ditador e imperador, período em que se restaurou a hereditariedade do poder⁵⁵. Embora as instabilidades política e institucional francesa não tenham contribuído para a consolidação dos ideais revolucionários, coube à Revolução Francesa inspirar os mais diversos povos, colocando fogo no mundo⁵⁶ e elaborando a segunda das Constituições modernas, sendo amplamente reconhecida como um marco na história da humanidade.

⁵² Secularizar o conhecimento significa separar o conhecimento, distinguindo a parte que pertence ao campo da fé daquela que pertence ao campo da razão.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 50-58.

⁵⁴ *Ibid.* p. 50-58.

⁵⁵ *Ibid.* p. 50-58.

⁵⁶ ARENDT, Hannah. 1963 *apud Ibid.* p. 51.

2.3 FERDINAND LASSALLE: A CONSTITUIÇÃO E OS FATORES REAIS DE PODER

O pensamento de Ferdinand Lassalle, expresso em sua obra *Über die Verfassung*, traduzida como *A Essência da Constituição* na edição brasileira⁵⁷, foi pronunciado em 1863, em uma conferência para intelectuais e operários da antiga Prússia⁵⁸. Lassalle foi advogado, militante político e sindicalista, tendo direcionado o seu trabalho político mais importante para o estudo dos problemas do sindicalismo alemão-prussiano da época, com indicações de possíveis alternativas⁵⁹.

A defesa do sufrágio universal aos operários, por Lassalle, ocorre com a finalidade de que realizem a conquista do Estado para implementação de reformas sociais. Neste contexto, escolhe como tema de sua conferência os *problemas constitucionais*, decidindo tratar de uma pergunta: “qual a essência de uma Constituição?”⁶⁰.

Busca fazer sua exposição de maneira clara e simples, afirmando não haver necessidade de conhecimentos especiais para compreensão do que expõe. Afirma que para responder sua pergunta muitos iriam procurar alguma edição de uma Constituição escrita de algum país, enquanto outros iriam se limitar a dar uma resposta jurídica, como se dizer que a Constituição é um pacto firmado entre o rei e o povo, com a finalidade de estabelecer procedimentos legislativos e de governo dentro de um determinado território, fosse suficiente para esclarecer a essência da Constituição⁶¹.

A essência da Constituição, diz Lassalle, é a resposta necessária para que possamos avaliar se, e porque, uma determinada Constituição pode ser considerada boa ou má, realizável ou não. O exame da essência constitucional, para Lassalle, mostra-se necessário para verificarmos se a Constituição escrita efetivamente atende às exigências substantivas daquilo a que se

⁵⁷ Apesar de a tradução mais precisa do termo ser *Sobre a Constituição*, preferiu-se, de acordo com a 7ª edição do livro, publicada pela Editora Lumen Juris, a utilização do título indicado por este corresponder, com maior fidelidade, ao teor político e jurídico da obra (LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. vii-xix).

⁵⁸ Este entendimento é exposto por Aurélio Wander Bastos, no prefácio da obra da edição brasileira (*Ibid.*, p. vii-xix). Contudo, há divergência, porquanto Konrad Hesse, em sua obra *A força normativa da Constituição*, afirma se tratar de conferência proferida em 16 de abril de 1862, em uma associação liberal-progressista em Berlim (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. p. 9-32).

⁵⁹ LASSALLE, *op. cit.*, p. vii-xix.

⁶⁰ *Ibid.* p. 3.

⁶¹ *Ibid.* p. 1-10.

propõe. O advogado polonês afirma que todos os países, independente do período de sua história, possuíram uma Constituição *real e verdadeira*, que não corresponde, necessariamente, à uma constituição escrita em uma folha de papel⁶². Aqui, podemos inclusive ir além daquilo que foi afirmado por Lassalle, constatando que qualquer sociedade humana, em qualquer período da história, possuiu uma Constituição.

A análise de Lassalle identifica a Constituição como a *lei fundamental* de um determinado país, não sendo possível a edição de uma lei contrária àquela. Reconhece a Constituição como uma norma com a capacidade de influir sobre todas as leis ao mesmo tempo e pergunta se existe alguma força ativa na sociedade capaz, até certo ponto, de fazer o mesmo, determinando o conteúdo e o modo de ser das demais leis⁶³.

Chega-se, enfim, aos *fatores reais de Poder*, parte central do pensamento político-constitucional de Lassalle, que permite ao sindicalista começar a esmiuçar quais são as forças sociais que efetivamente influenciam politicamente na conservação das instituições jurídicas vigentes em um determinado país, fazendo parte de sua Constituição real, para além daquela escrita em uma simples folha de papel⁶⁴. Trata-se do estudo do fundamento sociológico das Constituições dos países, razão pela qual Lassalle é considerado o precursor do campo da sociologia jurídica. Para Lassalle, os fatores reais do poder, no contexto em que vivia, eram constituídos pela monarquia, pela aristocracia, pela grande e pequena burguesia, pelos banqueiros e pela classe operária⁶⁵.

Após o exame dos fatores reais de poder que, em sua opinião, influenciavam a antiga Prússia, Lassalle conclui que os problemas constitucionais são, na realidade, problemas do próprio *poder*, não se tratando de questões de direito. Como a *verdadeira* Constituição tem seu fundamento nos fatores reais e efetivos do poder, vigentes em um determinado território, as constituições escritas têm seu peso e seu valor frequentemente verificado em uma comparação com estes fatores, sendo boas e duráveis quanto mais corresponderem a eles. Desta maneira, afirma que onde as constituições escritas não possuírem efetiva correspondência com os fatores

⁶² LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 7-10.

⁶³ *Ibid.* p. 7-10.

⁶⁴ *Ibid.* p. 10-17.

⁶⁵ *Ibid.* p. 10-17.

reais do poder é inevitável que haja conflitos, os quais resultarão na superação da constituição escrita pelas verdadeiras forças vitais do país⁶⁶.

2.4 O FENÔMENO DA POSITIVAÇÃO DO DIREITO

Na transição entre o Estado absolutista e o Estado liberal, após a Revolução Francesa, é inaugurado um novo momento na história do Direito, que ficou marcado pela outorga do Código Civil francês, por Napoleão Bonaparte, no ano de 1804. A sistematização do conhecimento jurídico em codificações passa, então, a irradiar para diversos países, consolidando o Direito moderno com a influência do que viria a ser chamado de positivismo jurídico, ainda no século XIX⁶⁷.

Embora existam diversas concepções acerca do positivismo, é certo que Hans Kelsen, com sua obra chamada *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, é o principal expoente do positivismo jurídico. Seu pensamento, que pode ser melhor classificado como *positivismo normativo*, busca dar cientificidade ao conhecimento jurídico, isolando-o de juízos de valor e do diálogo com outros campos do conhecimento, como a sociologia, a filosofia e, por consequência, a ética. Entre suas características, é possível apontar a quase identidade entre o Direito, a norma posta por autoridade competente e a completude do sistema, que supostamente forneceria os instrumentos necessários para solucionar qualquer caso concreto. A atividade judicial torna-se uma mera subsunção do caso concreto à legalidade positivada. Sem qualquer juízo de valor acerca do conteúdo da norma. Assim, Barroso argumenta que o positivismo jurídico acaba por legitimar qualquer tipo de ordem jurídica, o que acabaria resultando na decadência desta escola de pensamento jurídico, durante o século XX, e no surgimento dos Estados Constitucionais de Direito⁶⁸.

As primeiras constituições escritas continham, em seu núcleo, normas de separação entre os poderes, com os chamados freios e contrapesos, também conhecidos como *checks and*

⁶⁶ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 25-40.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 66-69.

⁶⁸ *Ibid.* p. 237-240.

balances, buscando gerar um equilíbrio político entre as instituições, as quais teriam o poder de limitar, reciprocamente, suas atuações. Além disso, as constituições tinham como objetivo principal proteger os direitos individuais em face do Estado, conhecidos como direitos fundamentais de primeira geração. Neste primeiro momento, os direitos fundamentais diziam respeito, em grande medida, à prestações negativas por parte do Estado. Neste período, ainda vigorava o Estado Legislativo de Direito. A noção de democracia apenas se consolidaria com o Estado Democrático de Direito, já durante o século XX⁶⁹.

A concepção de Constituição, em Kelsen, informa que ela determina integralmente o ordenamento estatal, sendo considerada um princípio supremo e a própria essência da comunidade que constitui. É a norma que valida a integralidade do sistema⁷⁰. Assim, são constitucionais as normas que determinam o modo de produção legislativa e de organização do Estado, conceito nuclear que permanece íntegro até os dias atuais, embora tenha sido desenvolvido e conte, no presente, com o acréscimo de outros tipos de normas nucleares⁷¹.

2.5 A FORMAÇÃO DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO

Uma das principais características do positivismo jurídico trata da noção de que a positividade da norma jurídica pela autoridade competente teria o condão de afastar as discussões acerca do caráter justo daquela norma. Servia, portanto, como argumento legitimador da ordem jurídica estabelecida, independente de violar ou não a ética ou o núcleo fundamental daquilo que atualmente conhecemos como direitos fundamentais⁷².

Esta escola de pensamento jurídico, que teve seu apogeu com a obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, conheceu o seu declínio com a derrota do fascismo (Itália) e do

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 241-244.

⁷⁰ KELSEN, Hans. 1981. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1990. p. 4.

⁷¹ Aqui, podemos destacar os direitos e garantias fundamentais que exigem prestações positivas do Estado para se concretizarem, como o direito à saúde, à educação, das pessoas com deficiência, entre outros (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988).

⁷² BARROSO, *op. cit.* p. 241-247.

nazismo (Alemanha) no período da Segunda Guerra Mundial. Essa associação, entre a derrota daqueles movimentos políticos e a decadência do positivismo jurídico ocorre, segundo Luís Roberto Barroso, pois ambos os movimentos chegaram ao poder dentro do contexto de legalidade da ordem jurídica vigente naqueles países na época, promovendo barbáries que eram consideradas juridicamente legítimas por seus praticantes⁷³.

Não se olvida que o movimento de constitucionalização do Estado Social de Direito tenha começado já no período pós Primeira Guerra Mundial, com a promulgação da Constituição de Weimar (1919) que positivou diversas aspirações sociais, elevando-as à categoria de princípios constitucionais, os quais ensejariam sua aplicação e realização através de instituições determinadas⁷⁴.

Entretanto, é com a efetiva decadência do positivismo jurídico, a partir de sua superação e do reconhecimento da insuficiência de um ordenamento jurídico que deixe de levar em consideração valores éticos, que tem início um movimento mais abrangente de transformações, as quais resultam na formação do Estado Constitucional Democrático de Direito, um modelo de organização política em que a lei não é tratada como simples forma, cujo conteúdo não possui importância, que tem início um movimento mais abrangente⁷⁵.

O professor Luís Roberto Barroso destaca três marcos distintos a respeito da formação do novo Direito Constitucional, são eles: (i) o marco histórico, reconhecido no constitucionalismo do pós-guerra; (ii) o marco filosófico, que é a construção do pós-positivismo; e (iii) o marco teórico, que diz respeito ao surgimento de três novos paradigmas⁷⁶.

Acerca do assunto, acrescenta-se que, para o direito brasileiro, a Constituição de 1988 é reconhecida como o marco histórico de formação do novo Direito Constitucional brasileiro, porquanto foi elaborada no contexto da redemocratização do Estado brasileiro, após uma longa ditadura militar, com a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte que elaborou e

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 237-240. Neste sentido, leciona o ilustre professor fluminense que diversos acusados no Tribunal de Nuremberg acabaram por invocar, em sua defesa, o cumprimento da lei e das ordens provenientes das autoridades competentes. Ademais, a perseguição e segregação da comunidade Judaica na Alemanha, que culminou na criação de campos de extermínios e na morte de milhões de Judeus, teve início com leis regularmente editadas e publicadas no país, as quais ficaram conhecidas como *leis raciais*.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 2-6.

⁷⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 237-262.

⁷⁶ *Ibid.* p. 237-262.

promulgou a atual carta magna de nosso ordenamento jurídico, tratando-se de um documento que busca consagrar um extenso rol de direitos sociais, os quais exigem, para sua concretização, prestações positivas por parte do Estado, e que tem propiciado à sociedade brasileira o mais longo período de estabilidade institucional da história da República, ainda que com a travessia de tempos conturbados, com o *impeachment* de dois Presidentes da República e o enfrentamento de diversos escândalos de corrupção, como o *Mensalão* e o *Petrolão*⁷⁷.

No tocante ao marco histórico do novo Direito Constitucional no continente Europeu, as principais referências encontradas são a Lei Fundamental de Bonn de 1949, também conhecida como Constituição Alemã, e a Constituição italiana de 1947, tendo ambos os países contado com a instalação de Tribunais Constitucionais. Enquanto o Tribunal Constitucional Federal alemão foi criado em 1951, a criação da Corte Constitucional italiana se deu em 1956. O fenômeno da elaboração de novas constituições escritas espalhou-se por grande parte do continente, contando com a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida como a principal característica dos Estados Constitucionais de Direito. A Constituição escrita deixa de ser considerado com um documento estritamente político, passando a ter reconhecida a força normativa de suas normas constitucionais, especialmente nos países de tradição romano-germânica – também conhecida como *civil law*. A validade das leis passa, portanto, a ser aferida em face das normas constitucionais, reconhecendo-se, assim, a supremacia da Constituição, que passa a impor limites e deveres aos administradores e legisladores do Poder Público⁷⁸.

A construção do pós-positivismo, considerada por Luís Roberto Barroso como marco filosófico do novo Direito Constitucional, teve, entre os principais autores envolvidos no debate, nomes como John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Alexy, os quais buscaram resgatar, em suas obras, o diálogo entre o Direito, a filosofia e a ética. Esta nova escola de pensamento jurídico se apresenta como uma via alternativa ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, acolhendo a necessidade de tratar os temas do Direito de maneira clara, objetiva e certa, mas de uma maneira que não o isola do mundo real, mantendo-o conectado com reflexões do campo da filosofia moral e política, inspirando-se na teoria da justiça e na legitimação democrática e

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 243-244.

⁷⁸ *Ibid*, p. 247-262.

reconhecendo valor normativo aos princípios, diferenciando-os das regras de direito. Surge, enfim, o neoconstitucionalismo⁷⁹.

No plano teórico é possível verificar três grandes transformações que fizeram surgir consigo três novos paradigmas relativos à aplicação prática do Direito Constitucional, são eles: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição, suas regras e princípios; (ii) o alargamento da jurisdição constitucional; e (iii) a construção de uma nova hermenêutica⁸⁰ constitucional.

O reconhecimento da força normativa da Constituição ocorreu no contexto do pós-guerra, com a elaboração de novas constituições escritas pelos países europeus⁸¹. Em um primeiro momento na Alemanha, que foi seguida, com algum atraso, pela Itália e, ainda mais tarde, por Portugal e Espanha. Com a elevação da força normativa conferida às normas constitucionais, assim como pela ocorrência do desenvolvimento de regimes autoritários dentro da legalidade positivada, verificou-se a necessidade de criação de tribunais constitucionais, aptos a proteger as normas constitucionais e garantir sua aplicabilidade, em um modelo de controle de constitucionalidade distinto do americano^{82,83}.

Há uma evidente superação do modelo de supremacia do Poder Legislativo que vigorou na maior parte da Europa no período anterior a 1945. Atualmente, apenas o Reino Unido, Holanda e Luxemburgo mantém o padrão de supremacia parlamentar, sem qualquer modalidade de controle de constitucionalidade⁸⁴. É neste ambiente que a jurisdição constitucional

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 244-247.

⁸⁰ A respeito do significado do termo *hermenêutica*: “Do latim *hermenêutica* (que interpreta ou que explica), é empregado na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo por que se devem interpretar as leis.” SILVA, De Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 397. Ainda, acerca do assunto, Luís Roberto Barroso ensina que a origem do termo remonta aos estudos dos princípios gerais de interpretação bíblica (BARROSO, *op. cit.*, p. 264-266).

⁸¹ *Cf. supra*, p. 31.

⁸² BARROSO, *op. cit.* p. 243-244.

⁸³ O controle de constitucionalidade será objeto do segundo e do terceiro capítulo do presente trabalho.

⁸⁴ A respeito das mudanças ocorridas no direito inglês: “É bem de ver, no entanto, que na virada do século XX para o XXI, duas mudanças substantivas e de largo alcance renunciaram uma possível revolução no direito inglês. Trata-se da aprovação, pelo Parlamento, de duas leis constitucionais: (i) o *Human Rights Act*, de 1998, que incorporou ao direito inglês os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos; e (ii) o

passa a se desenvolver, expandindo suas fronteiras e aumentando, de maneira significativa, os temas que lhe dizem respeito.

Entre os fatores que influenciaram a nova hermenêutica constitucional, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, destaca o pluralismo de visões, valores e interesses, assim como as demandas por justiça e por respeito aos direitos fundamentais do ser humano, bem como as fragilidades e deficiências do processo político representativo majoritário. Houve uma alteração em premissas teóricas, filosóficas e ideológicas de interpretação da norma, alçando o intérprete a um novo papel, com novos limites e possibilidades para sua atuação em relação ao papel da norma e o alcance desta. Suas decisões tornam-se eminentemente políticas, inclusive com o reconhecimento, por parte do professor fluminense, do Judiciário como um poder político, ainda que vinculado ao Direito, com os juízes e tribunais exercendo um efetivo papel criativo em seus ofícios. A necessidade de se utilizar a ponderação entre normas constitucionais, na ocorrência de colisões entre elas, torna-se recorrente no cenário jurídico⁸⁵.

Diante da crescente judicialização da política e das relações sociais⁸⁶, em especial em questões constitucionais, evidencia-se a grande relevância do estudo do modo como é realizado este controle em face da Constituição.

Constitutional Reform Act, de 2005, que reorganizou o Poder Judiciário inglês, dando-lhe autonomia em relação ao Parlamento e criando uma Suprema Corte. [...] A grande inovação do *HRA* foi permitir a *declaração de incompatibilidade*, no caso concreto, entre uma lei e os direitos fundamentais previstos no novo Estatuto. Tal declaração, é certo, não acarreta a nulidade da lei nem vincula as partes do processo; mas produz o efeito político de revelar ao Parlamento que seu ato é contrário aos direitos humanos. Caberá ao Parlamento, assim, a decisão de modificá-lo ou não. Há precedente em que, após a declaração de incompatibilidade, o Parlamento reviu a legislação questionada.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 42).

⁸⁵ *Ibid*, p. 298-304 e 325-330.

⁸⁶ *Ibid*, p. 367-374.

3 A CONSTITUIÇÃO COMO MEDIDA DAS LEIS

O desenvolvimento das noções basilares do conceito *constitucionalismo* remontam ao período da Grécia Antiga, com a existência de mecanismos de limitação do poder público e de um governo das leis. Perdidas após a queda da República Romana, essas noções foram resgatadas no medievo com a intenção de limitar o poder monárquico, resultando na confecção de diversos atos e declarações de direitos que culminaram nas Revoluções Gloriosa e Francesa. A Revolução Americana, por outro lado, ocorreu em oposição às imposições de tributos, por Londres, às colônias americanas. Esses movimentos resultaram na confecção de Constituições escritas – no caso dos Estados Unidos da América e da França –, e o estabelecimento de alicerces sólidos das instituições que compõe a organização política da Inglaterra, prescindindo de um diploma constitucional positivado, com um Direito forjado ao longo do tempo, com fundamento nos costumes e derivado das decisões de juízes e tribunais⁸⁷.

O fenômeno da codificação do direito, vivenciado em maior intensidade nos países de tradição romano-germânica, contou com forte embasamento teórico pela escola positivista. O conceito jurídico-político de Constituição passou a contar com noção de norma fundamental do Estado, a qual justifica a existência do ordenamento e que lhe confere validade. Uma norma superior a todas as outras⁸⁸.

Acerca do aspecto material da Constituição, Paulo Bonavides ensina que se trata do conjunto de normas que dizem respeito à organização do poder, à distribuição da competência, à forma de governo e ao exercício da autoridade, bem como aos direitos individuais e sociais do ser humano. Há, portanto, uma diferença do aspecto meramente formal, que significa simplesmente a inserção das normas em um diploma constitucional, independente de seu conteúdo material⁸⁹. O ilustre jurista rememora a lição de Kelsen, traçando uma clara distinção entre a

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 33-64.

⁸⁸ *Ibid.* p. 257-258.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25a. ed., atualizada. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010. p. 80-83.

legislação ordinária e a constitucional, a qual necessita, independentemente do seu conteúdo, de um processo legislativo com requisitos mais exigentes para sua promulgação e alteração⁹⁰.

Sendo a Constituição a norma fundamental de um país, decorre de maneira lógica que os atos administrativos executados pelo Poder Público, assim como a edição de normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser realizadas de maneira harmônica com o disposto pelo texto constitucional, sob pena de se estabelecer um ordenamento carente de coerência. É com fundamento neste raciocínio que surge o *controle de constitucionalidade*. Trata-se da possibilidade de exame dos atos, das legislações e das decisões emanadas de cada um dos poderes políticos instituídos pela Constituição – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁹¹.

Além da supremacia da Constituição, outra característica necessária para existência do controle de constitucionalidade é a *rigidez constitucional*, que nada mais é que a existência de um procedimento legislativo mais exigente para promulgação de normas constitucionais do que da legislação ordinária⁹², trata-se do aspecto formal da Constituição visto anteriormente⁹³.

Embora seja possível a declaração de invalidade de atos administrativos oriundos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, assim como de decisões do Poder Judiciário, estas não possuem a profundidade e complexidade da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, razão pela qual trataremos neste capítulo a respeito do controle de constitucionalidade realizado por órgão judicial, objeto do presente trabalho.

No presente capítulo, será realizada uma exposição acerca dos três modelos clássicos de controle de constitucionalidade existentes, bem como será feita uma análise das características do *judicial review*⁹⁴, relativas ao modo como é exercido o controle. Após, trataremos da função contramajoritária das cortes constitucionais e a dificuldade contramajoritária enfrentada, decorrentes de sua atuação contrária a órgãos políticos representativos, eleitos através de voto popular majoritário.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25a. ed., atualizada. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010. p. 82.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 23-33 e 62-71.

⁹² *Ibid.* p. 23-25.

⁹³ *Cf. supra*, p. 34.

⁹⁴ Em tradução livre: “revisão judicial”. É a denominação utilizada no ordenamento jurídico norte-americano para definir a possibilidade de revisão judicial de atos normativos oriundos do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

3.1 MODELOS CLÁSSICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

São identificados três tipos de modelos clássicos de controle de constitucionalidade no mundo, sendo eles: (i) o controle concreto de constitucionalidade, inaugurado pelo julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos; (ii) o controle concentrado de constitucionalidade, adotado pela Constituição austríaca de 1920; e (iii) o controle de constitucionalidade por órgão político, com origem na Constituição francesa de 1958, com relevante alteração no ano de 2008⁹⁵.

3.1.1 *Marbury v. Madison*: a origem do controle concreto de constitucionalidade

O caso apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos diz respeito a uma manobra política praticada pelo Presidente John Adams, em 1801, após perder a eleição presidencial e ver a oposição republicana adquirir maioria no Congresso. Com a intenção de manter sua influência política através do Poder Judiciário, aprovou-se uma lei de reorganização do Poder Judiciário federal, nomeada *The Circuit Court Act*, reduzindo o número de Ministros da Suprema Corte, impedindo uma nomeação pelo futuro Presidente Thomas Jefferson, e criando dezesseis cargos de juiz federal, cuja nomeação caberia ao Presidente John Adams⁹⁶.

Uma nova lei, chamada *The Organic Act of the District of Columbia*, autorizou, em fevereiro de 1801, que John Adams nomeasse quarenta e dois juizes de paz, os quais tiveram seus nomes confirmados pelo Senado no dia 3 de março do mesmo ano, na véspera da posse de Thomas Jefferson. O Secretário de Estado de John Adams, John Marshall, que já havia sido indicado para ocupar a presidência da Suprema Corte, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o derradeiro dia da presidência para entregar os atos de investidura dos novos juizes, embora já tivesse prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801, após a aprovação de seu nome pelo Senado. Entretanto, Marshall não conseguiu realizar a entrega de todos os atos de investidura a tempo⁹⁷.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 23-33 e 62-71.

⁹⁶ *Ibid.* p. 25-32.

⁹⁷ *Ibid.* p. 25-32.

Ao tomar posse, Thomas Jefferson nomeou um novo Secretário de Estado e instruiu que não fosse entregue nenhum dos atos de investidura que haviam sido assinados pelo ex-presidente John Adams. Um dos juízes de paz nomeados e que não tomaram posse, chamado William Marbury, propôs uma ação judicial conhecida como *writ of mandamus*, com o objetivo de ser empossado. O pedido foi fundamentado na existência de uma lei do ano de 1789 que atribuiu à Suprema Corte a competência para julgar ações daquela natureza⁹⁸.

Entretanto, após a posse do Congresso, a lei de reorganização do Judiciário federal foi revogada, extinguindo todos os cargos que haviam sido criados. As sessões da Suprema Corte foram suprimidas pelo Congresso no ano de 1802, tendo a Corte voltado a se reunir apenas em fevereiro de 1803. Quando a Corte finalmente se reuniu para julgar o caso, o Presidente Thomas Jefferson sinalizava que descumpriria qualquer decisão que ordenasse o governo a prosseguir com os atos de investidura⁹⁹.

Embora não tenha sido efetivamente o primeiro ato que reconheceu a supremacia da Constituição, a decisão é um marco na história do Direito moderno, contando com uma talentosa argumentação de John Marshall acerca da necessidade do *judicial review* para garantia da supremacia da Constituição, ainda que a própria constituição não tenha previsão expressa acerca de competência desta natureza. Marshall tratou de demonstrar que o *judicial review* e a competência da Suprema Corte para realizá-lo eram atribuições lógicas decorrentes da coesão do ordenamento constitucional americano¹⁰⁰.

O julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte resultou na declaração de inconstitucionalidade da Lei Judiciária de 1789, promulgada pelo Congresso norte-americano, porquanto havia realizado a ampliação da competência originária da Corte por meio de legislação infraconstitucional, quando só emenda à constituição poderia realizar a referida ampliação. Assim, Marshall sustentou a tese de nulidade da lei que contrarie a Constituição, com efeitos retroativos, afirmando a competência do Poder Judiciário para dizer o direito e o sentido das leis, inaugurando o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno¹⁰¹.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 25-32.

⁹⁹ *Ibid.* p. 25-32.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 25-32.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 25-32.

A decisão da Suprema Corte não é isenta de críticas, a começar pelo fato de que Marshall deveria ter se declarado impedido, por ter participado diretamente dos fatos que ensejaram a propositura da ação. A própria estrutura lógico-processual de seu argumento, que tratou primeiro da existência do direito e não da competência da Corte para julgá-lo, é questionável. A genialidade do voto de John Marshall, porém, reside no fato que a decisão final da corte não determinava uma ordem à Jefferson e ao Congresso republicano, não sendo passível de descumprimento. Na prática, resultava em uma ampliação significativa dos poderes do Poder Judiciário em face dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁰².

3.1.2 O sistema austríaco e a influência de Hans Kelsen

O sistema austríaco de controle de constitucionalidade foi inaugurado com a Constituição austríaca de 1920, tendo sido posteriormente aperfeiçoado, de forma significativa, por via de emenda constitucional promulgada no ano de 1929. Este modelo de controle de constitucionalidade possui forte influência do pensamento de Hans Kelsen, divergindo de maneira substancial daquele adotado nos Estados Unidos no começo do século XIX¹⁰³.

A ausência de um sistema de precedentes que vinculassem os tribunais inferiores às decisões de uma corte superior¹⁰⁴ e a existência de magistratura de carreira para composição dos tribunais foram motivos que colaboraram para a criação de um modelo diferenciado de controle de constitucionalidade. Enquanto o modelo norte-americano partiu do pressuposto que caberia ao Poder Judiciário dizer e aplicar o Direito, inclusive com relação à constitucionalidade de atos normativos, Kelsen compreendia esta função como uma atuação legislativa em caráter negativo, pois quem realizasse o controle teria a competência para retirar a validade de uma

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 25-32.

¹⁰³ *Ibid.* p. 70-71.

¹⁰⁴ Nos países de tradição jurídica fundada no direito costumeiro (*common law*) há uma figura conhecida como *stare decisis*, que determina a vinculação dos tribunais inferiores à decisão de uma corte superior, no âmbito da mesma jurisdição, possuindo efeitos que não se limitavam às partes litigantes. Muito embora existam atenuações a esta regra, como a possibilidade de realização de um *distinguishing* pelo juiz, que realiza uma fundamentação demonstrando como o caso concreto em julgamento se diferencia do precedente judicial e as razões de não aplicação deste, esta vinculação confere ao ordenamento jurídico uma coesão que inexistia, à época, nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica (*Ibid.* p. 70-71).

norma em decorrência de sua inconstitucionalidade. Nesse sentido, desenvolveu um sistema de controle de constitucionalidade onde esta atuação legislativa negativa seria exercida por um número determinado e reduzido de órgãos constitucionais criados especificamente para esta finalidade ou tendo nela sua atividade principal, que não seria composto por juízes de carreira e que estariam fora do âmbito do Poder Judiciário. Este modelo ficou conhecido como controle concentrado de constitucionalidade em razão de sua competência estar delimitada a um único órgão ou a um número limitado de órgãos, concentrado assim a competência do controle de constitucionalidade¹⁰⁵.

O exercício do controle de constitucionalidade de maneira concentrada na Áustria prescindia da demonstração de ofensa a um direito subjetivo no caso concreto¹⁰⁶, podendo ser postulado mediante requerimento especial pelo Governo Federal, em relação à lei estadual, ou pelo Governo Estadual, em relação à lei federal. Essa característica se fundava no interesse recíproco que os entes políticos possuem na manutenção de um ordenamento jurídico coeso¹⁰⁷.

O Tribunal Constitucional austríaco, já em 1932, assentou que uma lei declarada inconstitucional preserva sua força jurídica até o momento de sua cassação, é o reconhecimento da função de legislador negativo atribuída ao Tribunal, conferindo à decisão de pronúncia de inconstitucionalidade efeitos prospectivos, também chamados de efeitos *ex nunc*, salvo se o próprio Tribunal houver estabelecido um prazo inicial para entrada em vigor da cassação da força jurídica da norma¹⁰⁸. Este entendimento ficou conhecido como tese de anulabilidade da norma inconstitucional e, embora o controle concentrado de constitucionalidade tenha se espalhado pela Europa, Kelsen não obteve sucesso na adoção desta tese pela maioria dos países Europeus, que acabaram por adotar a tese da nulidade da norma inconstitucional sustentada por John Marshall no caso *Marbury v. Madison*¹⁰⁹.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 70-71

¹⁰⁶ Inaugura-se, simultaneamente ao controle concentrado de constitucionalidade, o controle de constitucionalidade de lei em *abstrato*, por ocasião da promulgação da Constituição da Áustria de 1929, assunto que será objeto de estudo detalhado mais adiante.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1990. p. 130-136.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 130-136.

¹⁰⁹ JANCZESKI, Célio Armando. **O controle de constitucionalidade das leis municipais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 71-73.

3.1.3 O sistema francês e o controle de constitucionalidade por órgão político

No ano de 1795, coube a Sieyès propor ao constituinte francês a criação de um órgão chamado *jurie constitutionnaire*¹¹⁰, o qual seria composto por 180 membros com competência para julgar eventuais violações à Constituição francesa. Embora a sugestão tenha sido rejeitada, a ideia da criação de um órgão político que possuísse competência para exercer algum controle acerca de temas constitucionais permaneceu latente no país. Após a 2ª Guerra Mundial, foi criado, por ocasião da promulgação da Constituição da IV República da França (1946), o *Comité Constitutionnel*¹¹¹, que era composto por Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Conselho da República, com a função de dizer se a votação de uma determinada lei pela Assembleia Nacional exigiria uma revisão constitucional¹¹².

A V República da França foi instituída com a promulgação da Constituição de 1958, que se encontra em vigor até os dias atuais. O modo como é exercido o controle de constitucionalidade francês foi alterado em parte pela nova constituição, sendo criado o Conselho Constitucional, que é composto por ex-Presidentes da República e mais nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento. Este Conselho, que costuma se manifestar previamente à promulgação de determinadas leis¹¹³, teve sua competência ampliada pela reforma constitucional de 2008, que criou hipóteses de controle de constitucionalidade de lei que já se encontre em vigor no ordenamento jurídico francês¹¹⁴.

A reforma do ordenamento jurídico francês foi realizada nos moldes teorizados por Hans Kelsen. Houve, inclusive, uma proposta de alteração do nome do órgão encarregado de realizar o controle, que passaria a se chamar Corte Constitucional, ao invés de Conselho

¹¹⁰ Em tradução livre: “Júri constitucional”.

¹¹¹ Em tradução livre: “Comitê Constitucional”.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 64-65.

¹¹³ Acerca do tema, Alexandre de Moraes explica que o controle preventivo realizado pelo Conselho Constitucional francês depende de provocação pelo Governo ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, tendo como objeto uma proposta de lei ou de emenda constitucional e o prazo de oito dias para apresentar manifestação (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 738-741).

¹¹⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 64-65.

Constitucional. Contudo, a emenda nº 321 foi rejeitada pela Assembleia Nacional após ser aprovada pelo Senado¹¹⁵.

Há autores que discordam acerca da nomenclatura conferida ao sistema francês de controle de constitucionalidade. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que a designação mais apropriada para o sistema francês seria *controle de constitucionalidade por órgão não judicial*. Neste mesmo sentido, Rodrigo Lopes Lourenço sustenta que a designação mais adequada seria *sistema de controle não jurisdicional*, explicando que órgão político é todo aquele que possui autonomia de decisão instituída pela própria Constituição¹¹⁶. A partir deste conceito, percebe-se que os próprios juízes e tribunais podem ser classificados como órgãos políticos.

3.2 MODALIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Atualmente, o modelo de constitucionalidade adotado por cada país possui características próprias. Entretanto, é possível traçar algumas linhas gerais relacionadas àquelas que são compartilhadas por diversos ordenamentos jurídicos e que remontam, em grande parte, aos três modelos clássicos de controle de constitucionalidade. Desta forma, será feita uma breve explanação acerca de algumas das possíveis modalidades de controle de constitucionalidade, sem embargo da existência de outras possíveis classificações para o tema, com a finalidade de delimitar conceitos que serão utilizados posteriormente.

Classificaremos as modalidades de controle de constitucionalidade no tocante: (i) ao momento em que o controle é exercido; (ii) ao órgão judicial que exerce o controle; e (iii) ao modo ou forma como este controle judicial é exercido.

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 740.

¹¹⁶ LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *apud* BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 64-65.

3.2.1 Relativas ao momento de exercício do controle

O controle de constitucionalidade pode se dar em dois momentos: (i) antes da promulgação de uma lei ou de uma emenda à Constituição, durante os procedimentos legislativos; e (ii) após a promulgação da lei ou emenda à Constituição. Ao primeiro, damos o nome de *controle preventivo*, enquanto o segundo recebe o nome de *controle repressivo*.

3.2.1.1 Controle preventivo

O controle preventivo, também conhecido como controle prévio, tem como finalidade impedir que um determinado projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição entre em vigor através de um processo viciado ou contendo inconstitucionalidades em seu texto. Neste sentido, pode ser realizada a proposta de adequação do projeto de lei ou da proposta de emenda, com alterações e a eliminação de eventuais inconstitucionalidades¹¹⁷.

É realizado durante o procedimento legislativo, sendo a maneira típica de atuação do controle de constitucionalidade francês, através do Conselho Constitucional, e do controle de constitucionalidade português, onde pode ser realizada após requerimento de diversas autoridades, entre elas o Presidente da República, seus Ministros e o Primeiro-Ministro, bem como de um quinto dos deputados da Assembleia Nacional portuguesa¹¹⁸.

No Brasil, é realizado pelo Poder Legislativo através das comissões permanentes de constituição e justiça e de cidadania da Câmara dos Deputados e do Senado Federal¹¹⁹.

3.2.1.2 Controle repressivo

O controle repressivo, também chamado de controle sucessivo ou *a posteriori*, é realizado após a entrada em vigor de lei ou de emenda à Constituição, com a finalidade de lhe

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 67-68.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 67-68.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 67-68.

retirar a eficácia. Este controle é, em grande parte das democracias constitucionais da atualidade, realizado pelo Poder Judiciário, entretanto há possibilidade de ser realizado por um órgão não judicial. É o caso da possibilidade introduzida no ordenamento jurídico francês com a reforma constitucional realizada em 2008, que ampliou as competências do Conselho Constitucional francês e que passou a permitir a exceção de inconstitucionalidade de lei já em vigor¹²⁰.

A atuação do Conselho Constitucional francês, no controle repressivo de constitucionalidade, depende de prévia provocação por parte do *Conseil d'Etat*¹²¹ ou da *Cour de Cassation*¹²². Seus efeitos determinam que a norma inconstitucional seja expurgada do ordenamento jurídico francês, possuindo efeitos *ex nunc* e eficácia *erga omnes*, além de vincular todas as autoridades administrativas e jurisdicionais¹²³.

3.2.2 Relativas ao órgão judicial que exerce o controle

É possível classificar o controle judicial de constitucionalidade com relação ao órgão judicial que exerce o controle. O exercício do controle de constitucionalidade pode se dar de maneira concentrada, por um número limitado de órgãos judiciais, ou de maneira abrangente, conferindo o dever, aos juízes e tribunais, de não aplicarem o ato normativo que considerem inconstitucional.

3.2.2.1 Controle concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade teve sua origem na Constituição austríaca de 1920. O órgão judicial encarregado pode, ou não, fazer parte do Poder Judiciário. Entretanto, é necessário que seja realizado por um número determinado de órgãos judiciais, criados especificamente para este fim ou que tenham nesta atuação sua finalidade principal. Este

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 68-69.

¹²¹ Em tradução livre: “Conselho de Estado”.

¹²² Em tradução livre: “Corte de Cassação”.

¹²³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 740.

modelo de controle de constitucionalidade se espalhou pela Europa no período seguinte à Segunda Guerra Mundial, com forte influência do pensamento de Hans Kelsen¹²⁴.

3.2.2.2 *Controle difuso*

O poder de todo e qualquer juiz ou tribunal reconhecer a inconstitucionalidade de um ato normativo e lhe negar aplicação caracteriza o que ficou conhecido como controle difuso de constitucionalidade, pois se dissemina por todo o sistema jurídico, tendo sua origem ligada ao precedente histórico firmado no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1803.

A argumentação elaborada por John Marshall em seu voto estabeleceu a competência de o Poder Judiciário dizer o direito, inclusive estabelecendo o sentido e o alcance das leis, sopesando-as em relação à Constituição, que é dotada de supremacia. Assim, cabe aos juízes negar a aplicação às normas incompatíveis com a Constituição¹²⁵.

3.2.3 **Relativas ao modo ou à forma como é exercido o controle judicial**

A classificação do controle de constitucionalidade judicial relativa ao modo ou à forma como é realizado diz respeito a maneira como é formulado o pedido no processo judicial. O pedido de declaração de inconstitucionalidade pode ser realizado como pedido principal de uma ação, que tem por finalidade a discussão da constitucionalidade de um ato normativo, ou de maneira que a concessão de um pedido principal decorra da necessidade de declaração da inconstitucionalidade de um determinado ato normativo, ou de sua não aplicação, mesmo que este pedido não tenha sido formulado de maneira expressa na ação judicial.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 70-71.

¹²⁵ *Ibid.* p. 69.

3.2.3.1 *Abstrato ou por via principal*

O controle por via principal também pode ser chamado de controle abstrato, pois prescinde da existência de um caso concreto em julgamento, tratando apenas da constitucionalidade do ato normativo, independente de existir (ou não) a ofensa a um direito subjetivo, sendo uma característica do controle de constitucionalidade austríaco. É realizado por meio de uma ação direta, em que a legitimação é geralmente reservada a um rol reduzido de pessoas, limitando a propositura da ação a determinados órgãos, entidades, associações e autoridades¹²⁶.

Pode-se compreender que a existência de um rol taxativo de legitimados confere um maior grau de legitimidade democrática ao controle de constitucionalidade por via de ação direta, considerando o interesse dos legitimados na manutenção da coesão do ordenamento jurídico, independente da existência de ofensa a um direito subjetivo, e a representatividade que possuem os legitimados.

3.2.3.2 *Concreto ou por via incidental*

O controle de constitucionalidade por via incidental, também conhecido como controle de constitucionalidade concreto ou *incidenter tantum*, é aquele realizado por juízes e tribunais durante o julgamento de casos concretos sob sua jurisdição. É precisamente o modelo de controle de constitucionalidade adotado pelos Estados Unidos da América que, através do instituto da *stare decisis*, irradia os comandos legais das cortes superiores às inferiores, em uma mesma jurisdição, dando coesão ao sistema jurídico¹²⁷.

Este tipo de controle de constitucionalidade ocorre quando há a necessidade de pronunciamento do juiz acerca da constitucionalidade de uma norma para deferir, ou não, o pedido principal postulado na ação. Com certa frequência, a inconstitucionalidade de uma norma é invocada pela parte demanda para se escusar de cumprir com uma determinada obrigação, dentro da legalidade. Por esta razão, esta classificação do controle de constitucionalidade também

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 72-73.

¹²⁷ *Ibid.* p. 71-72.

ficou conhecida como controle por *via de exceção ou defesa*, muito embora seja possível suscitar a inconstitucionalidade da norma como fundamento da pretensão autoral¹²⁸.

3.3 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Existem diferentes critérios que podem ser utilizados para aferir a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo primário. Sem a pretensão de exaurir do tema, serão apresentadas quatro espécies de inconstitucionalidades e suas características essenciais.

3.3.1 Inconstitucionalidade material e formal

A inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo primário pode ser verificada quando o seu conteúdo for incompatível com o ordenamento constitucional estabelecido, por colidir com uma regra constitucional ou com o conteúdo de um princípio. Esta espécie de inconstitucionalidade é chamada *inconstitucionalidade material*, por se tratar de uma inconstitucionalidade relativa à matéria da norma. Por outro lado, pode ser verificada a *inconstitucionalidade formal* de uma norma caso ocorra: (i) violação a regra constitucional de competência para edição do ato legislativo; ou (ii) violação de alguma regra procedimental legislativa fixada previamente¹²⁹.

3.3.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

Outras espécies de inconstitucionalidade dizem respeito à *inconstitucionalidade por ação* ou *por omissão*. Em breve síntese, a inconstitucionalidade *por ação* ocorre quando a afronta à Constituição decorre de uma conduta ativa por parte de algum agente público. De outro lado, a inconstitucionalidade pode se configurar diante de uma inércia praticada por

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 71-72.

¹²⁹ *Ibid.* p. 48-52.

algum agente público, ou seja, por um não fazer de alguém que possua constitucionalmente este dever¹³⁰. Cita-se, como exemplo, o caso de normas constitucionais que preveem a edição de leis ou atos normativos primários capazes de integralizar a eficácia de seus comandos¹³¹.

3.4 A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Alguns autores realizam uma distinção entre cortes e tribunais constitucionais e cortes e tribunais supremos. É possível identificar a distinção entre as nomenclaturas com base no pertencimento ao Poder Judiciário, como órgão de cúpula deste – são as chamadas cortes e tribunais supremos –, ou no não pertencimento, recebendo o nome de cortes e tribunais constitucionais quando se localizam fora da estrutura judicial. Acerca do assunto, Paixão destaca que podem ser considerados tribunais constitucionais aqueles localizados na Alemanha, Espanha, Portugal e Itália, enquanto são exemplos de cortes e tribunais supremos os órgãos judiciais de cúpula do Brasil e dos Estados Unidos da América¹³². Contudo, no presente trabalho não será trabalhada essa distinção entre as expressões, sendo os termos utilizados no sentido de referência ao órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo primário.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 53-60.

¹³¹ É o caso da greve dos servidores públicos brasileiros. A Constituição Federal determinou, em 1988, que o direito de greve dos servidores públicos deverá ser exercido nos termos e limites definidos em lei específica (art. 37, VII), a qual até a data de confecção deste trabalho não havia sido editada. O fato resultou na impetração, dentre outros, dos Mandados de Injução 670, 708 e 712 junto ao Supremo Tribunal Federal. A Corte maior do Poder Judiciário brasileiro, diante da inércia do Poder Legislativo, que já perdurava, à época, por quase 2 décadas – o feito foi julgado em 2007 – determinou a aplicação da Lei de Greve do setor privado, de forma temporária e apenas naquilo que couber, aos servidores públicos. Cf.: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988; *Id.* Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injução 670/ES**. Relator: Min. Maurício Corrêa, julg. em 25 out. 2007, pub. em 31 out. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87282/false>. Acesso em: 18 jun. 2022; *Id.* Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injução 708/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julg. em 25 out. 2007, pub. em 31 out. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2477/false>. Acesso em: 18 jun. 2022; e *Id.* Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injução 712/PA**. Relator: Min. Eros Grau, julg. em 25 out. 2007, pub. em 31 out. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2462/false>. Acesso em: 18 jun. 2022.

¹³² PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/publico/PAIXAO_Funcao_Politica_do_STF.pdf. Acesso em: 18 jun. 2022.

As cortes constitucionais, órgãos políticos responsáveis por realizar o controle de constitucionalidade, foram encarregados de tarefas árduas, entre elas a de aferir se uma determinada norma respeita, em sua forma e em seu conteúdo, o ordenamento constitucional, possuindo poderes para invalidação da norma caso verifique sua inconstitucionalidade. As características do controle de constitucionalidade adotado pelos países são diversas, podendo os tribunais constitucionais serem chamados a decidir diante do caso concreto ou por meio de ação direta, quando realizam o controle da constitucionalidade da norma em abstrato.

Percebe-se, portanto, que o poder de invalidar uma lei ou um ato normativo primário, editado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo – no caso das Medidas Provisórias e dos Decretos –, confere às cortes constitucionais uma atuação contramajoritária, porquanto tem a competência para invalidar atos originados da atuação de representantes eleitos mediante voto popular. A ascensão deste modelo ocorreu, em grande parte, após o término da Segunda Guerra Mundial, em decorrência da aparência de legalidade com que contaram os regimes do fascismo e do nazismo. Outro ponto a ser destacado é que esta função caracteriza as cortes constitucionais como sentinelas ou vigilantes da Constituição e da democracia, com o dever de impedir a *tiranía da maioria*¹³³.

A chegada à magistratura e o desenvolvimento dos magistrados dentro da carreira é um processo realizado de maneira própria em cada país. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Presidente da República escolhe os principais agentes públicos do país, dentre os quais se encontram os juízes federais e os Ministros da Suprema Corte, cabendo ao chefe do executivo a designação do presidente da corte, chamado de *Chief Justice*¹³⁴. Por outro lado, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade na Áustria, com a promulgação da Constituição de 1929, levou em consideração a existência de uma magistratura de carreira no país, instituindo um tribunal constitucional localizado fora do âmbito do Poder Judiciário¹³⁵.

¹³³ A tirania da maioria é uma expressão cunhada por John Stuart Mill, em seu livro *On Liberty* (1874), e diz respeito a possibilidade de uma vontade tirânica de uma maioria se expressar através da democracia, ferindo direitos de minorias incapazes de influenciar o processo democrático de maneira substancial. Cf. MILL, John Stuart. **On liberty**. New York, N.Y.: Cambridge University Press, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139149785>. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 46.

¹³⁵ Cf. *supra*.

No Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal são indicados pelo Presidente da República, sendo necessária a realização de uma sabatina pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal para aprovação do indicado. Por outro lado, o ingresso na carreira da magistratura do país pode se dar (i) por meio de concurso público de provas e títulos; ou (ii) através do chamado *quinto constitucional*, que reserva vagas nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, a membros do Ministério Público e advogados que possuam mais de 10 anos de carreira e sejam indicados pelos respectivos órgãos de representação de classe¹³⁶. O professor Luís Roberto Barroso destaca que a indicação de juízes, em diversos países, é feita de maneira semelhante àquela realizada no Brasil, por concurso público, dando uma maior ênfase na qualificação técnica dos juízes¹³⁷.

Ainda que possa se argumentar que, em alguns ordenamentos jurídicos, os agentes públicos encarregados de realizar o controle de constitucionalidade possuem uma legitimidade majoritária indireta, por serem indicados por representantes eleitos pelo povo, fato é que os juízes não se sujeitam ao escrutínio da opinião popular através de eleições periódicas, como o fazem os representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo em uma democracia constitucional, contando inclusive com a vitaliciedade do cargo como uma das características inerentes à magistratura¹³⁸.

A decadência do positivismo jurídico no período posterior à Segunda Guerra Mundial resultou na criação de tribunais constitucionais pela Europa, na posterior expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento do neoconstitucionalismo. Luís Roberto Barroso leciona que a jurisdição constitucional vem sendo assentada em relação a casos que digam respeito (i) à proteção de direitos fundamentais e a uma reserva mínima de justiça; e (ii) à proteção do próprio jogo democrático, garantindo a observância de suas regras e a amplitude possível de participação política¹³⁹.

A expansão da atuação das cortes constitucionais pelo mundo, com uma maior interferência do Poder Judiciário no âmbito de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, resultou

¹³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 487.

¹³⁸ *Ibid.* p. 487.

¹³⁹ *Ibid.* p. 484.

no cunho da expressão *ativismo judicial* nos Estados Unidos, no período do *New Deal* – modelo econômico adotado após o fim da Segunda Guerra Mundial. A Suprema Corte dos Estados Unidos viveu, entre os anos de 1954 e 1969, um período de profunda transformação de jurisprudência, de caráter eminentemente progressista, especialmente em relação aos direitos fundamentais. Exemplo desta atuação da Suprema Corte é a decisão proferida em *Brown v. Board of Education* (1954), que acabou com a segregação racial nas escolas e pôs em xeque a doutrina do *separated but equal*¹⁴⁰, servindo de catalisador para o movimento dos direitos civis nos Estados Unidos¹⁴¹.

3.5 CRÍTICAS AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A seguir, destacam-se dois aspectos das críticas comumente direcionadas ao controle de constitucionalidade: (i) a ausência (ou carência) de legitimidade democrática dos tribunais constitucionais para invalidar atos normativos promulgados pelo Executivo ou pelo Legislativo; e (ii) a expansão da jurisdição constitucional e a consequente judicialização da política e das relações sociais.

A função contramajoritária exercida pelas cortes constitucionais em grande parte do mundo tem sido objeto de estudo e reflexão por parte de diversos estudiosos. Alexander Bickel denominou de *dificuldade contramajoritária* a relação existente entre a competência e legitimidade de uma corte constitucional, sem mandato representativo e legitimidade democrática, de sobrepor sua interpretação da Constituição àquela realizada pelos Poderes Executivo e

¹⁴⁰ Em tradução livre: “separados mas iguais”. Não se olvida, contudo, que a referida doutrina havia sido reafirmada por uma decisão anterior da própria Suprema Corte, proferida em *Plessy v. Ferguson* (1896). O caso julgado pela Suprema Corte dizia respeito a um americano negro que, em 1892, sentou-se em um vagão de trem específico para pessoas brancas. Assim, recusou-se a cumprir com uma legislação do estado da Louisiana que determinava que o transporte de passageiros em viagem intraestadual deveria ocorrer de maneira separada para pessoas brancas e pessoas negras. A Suprema Corte manteve a constitucionalidade da legislação estadual, contribuindo para a proliferação pelo país da segregação racial através das chamadas Leis de Jim Crow, reafirmando a doutrina do *separated but equal*. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. The Supreme Court. **Plessy v. Ferguson**, 163 US 537 (1896). Disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/163/537.html>. Acesso em: 19 jun. 2022; e UNITED STATES OF AMERICAN. *Plessy v. Ferguson* (1896). 14 set. 2021. **National Archives**. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson>. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 493-494.

Legislativo, os quais contam com representatividade democrática e são passíveis de responsabilização pelas consequências de seus atos através de eleições periódicas¹⁴². Acerca desse tema, destacam-se os trabalhos de Jeremy Waldron, professor da faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque, especialmente em um artigo denominado *The core of the case Against judicial review*¹⁴³ que foi posteriormente incluído como um capítulo em seu livro *Political Political Theory*¹⁴⁴.

Embora o controle de constitucionalidade por órgãos judiciais tenha se tornado amplamente aceito pelas democracias constitucionais ocidentais, é importante ressaltar que não o fez de forma isenta de críticas. Jeremy Waldron começa o seu artigo com um questionamento pertinente: “os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?”¹⁴⁵.

O professor neozelandês entende que, em uma sociedade livre e democrática, os tribunais carecem de legitimidade política para revisar decisões tomadas pelas instituições do Poder Legislativo¹⁴⁶. Em seu artigo, questiona a ideia de que o Poder Legislativo é inapto a deliberar sobre assuntos que são política e moralmente controversos.

Em países que não permitem que a legislação seja invalidada dessa maneira, o próprio povo pode decidir, através de procedimentos legislativos ordinários, se quer ou não permitir o aborto, a ação afirmativa contra discriminação de minorias, as cotas escolares e o casamento gay. As pessoas podem decidir entre si se querem ou não ter leis punindo a expressão pública de ódio racial ou restringindo os gastos eleitorais dos candidatos. Caso discordem quanto a qualquer dessas questões, podem eleger representantes para deliberar e resolver a questão votando em um parlamento. Foi isso que aconteceu, por exemplo, na Grã-Bretanha durante a década de 1960, quando o Parlamento debateu a liberalização da lei do aborto, a legalização da conduta homossexual consentida entre adultos e a abolição da pena de morte. Em relação a cada uma dessas questões, a ampla deliberação pública foi espelhada em debate sério na Câmara dos Comuns. A qualidade desses debates (e de debates semelhantes no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia, entre outros) torna ridícula a afirmação de que os legisladores são incapazes de abordar tais questões de forma responsável – exatamente como os resultados liberais desses procedimentos lançam dúvidas sobre a antiga tese de que as maiorias populares nunca apoiam os direitos de minorias.

Em compensação, nos Estados Unidos o povo ou seus representantes nos parlamentos estaduais e federal podem abordar essas questões se quiserem, mas não têm qualquer

¹⁴² BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. Ed. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1986.

¹⁴³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal** 115:1346, 2006.

¹⁴⁴ *Id.*, **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

¹⁴⁵ *Id.* A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 93-99.

certeza de que suas decisões prevalecerão. Se alguém que discorda da resolução legislativa decidir levar a questão a juízo, o ponto de vista que prevalecerá em última instância será aquele dos juizes. Como coloca Ronald Dworkin – e ele é um *defensor do judicial review* – quanto a “questões intratáveis, controvertidas e profundas de moralidade política que filósofos, estadistas e cidadãos têm debatido há muitos séculos”, o povo e seus representantes simplesmente têm que “aceitar os pronunciamentos de uma maioria de juizes, cujas reflexões sobre essas grandes questões não são tão espetaculares”.¹⁴⁷

Embora Jeremy Waldron delimite *a essência da oposição ao judicial review* a uma sociedade que possua determinadas características – como a existência de instituições democráticas e judiciárias em condições razoavelmente boas de funcionamento, um comprometimento forte de grande parte da sociedade com os direitos individuais e de minorias, e a discordância substancial em relação a quais direitos existem e ao seu conteúdo –, afirmando que o seu argumento pode não se sustentar em sociedades que não as compartilhem, é possível identificar que sua crítica acerca da carência de legitimidade política pode ser contribuir para a análise do controle judicial de constitucionalidade em grande parte dos países¹⁴⁸.

No Brasil, embora haja previsão constitucional acerca da função precípua da guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF¹⁴⁹) e do exercício da jurisdição constitucional por juizes e tribunais, é certo que os Ministros do STF, que contam com a palavra final em matéria de interpretação constitucional por meio judicial, e por consequência o próprio Tribunal, contam apenas com legitimidade democrática indireta, devido ao modo de composição da Corte¹⁵⁰.

Examinar as críticas lançadas ao controle de constitucionalidade e as questões de legitimidade dos tribunais para exercício da jurisdição constitucional se mostram essenciais, porquanto:

¹⁴⁷ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 95.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 83-116.

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Destaca-se que o inciso I do art. 23 da carta magna fixa o zelo pela guarda da Constituição como competência comum a todos os entes federados.

¹⁵⁰ *Cf. supra*, p. 47.

Defender o controle não pode significar o mesmo que fechar os olhos a problemas de um cenário merecedor de maior cuidado, sob pena de a jurisdição constitucional representar, novamente verdadeira vitória pírrica.¹⁵¹

As sucessivas alterações do controle de constitucionalidade brasileiro merecem ser objeto de estudo, porquanto ainda que estas alterações possam ser consideradas constitucionais de maneira isolada, é possível que resultem em um desequilíbrio entre os poderes constituídos pelo Poder Constituinte originário, revelando ofensa ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF)¹⁵².

Os argumentos de Waldron podem ser separados em duas categorias: (i) argumentos de resultado; e (ii) argumentos de procedimento. Acerca do primeiro, o professor da Universidade de Nova Iorque conclui que não há sustentação para a primazia do judiciário sobre o legislativo na decisão de questões morais controversas. A respeito do tema:

Talvez o principal argumento de resultado é a tendência das decisões judiciais a reduzir as relevantes questões morais a “problemas de interpretação”. Cientes de seu déficit de legitimidade, juízes se agarram a autorizações para decidir: um “céu textual” da Constituição. Essa, no entanto, não resolve a matéria, prevendo tão somente dispositivos vagos em seu rol de direitos e garantias. Não se debate o mérito da questão, mas teorias ou interpretações divergentes. O Tribunal se vincularia ao que outros já disseram ou decidiram.

Por outro lado, instituições democráticas analisam a matéria diretamente em seu mérito, não restringidas ou distraídas por texto, doutrina ou precedente. Problemas de direitos individuais são questões práticas que refletem o momento político da comunidade. São questões divisoras de água (*watershed*). Portanto, é relevante o debate na sua origem (*freshly*). Assim, apostar no *judicial review* acaba por reduzir essas matérias relevantes a meros “problemas de interpretação”.¹⁵³

Com relação às razões de procedimento, trata-se do convencimento daqueles que discordam do mérito ou do resultado da decisão. Neste aspecto, o professor neozelandês entende que o procedimento legislativo leva vantagem, por levar em consideração a igualdade política (um cidadão, um voto) entre as opiniões dos cidadãos. É importante ressaltar, nesse aspecto, que ambos os procedimentos decisórios (legislativo e judicial) levam em conta critérios de contagem de votos. Ainda que os juízes procurem fundamentar suas opiniões, ao final do

¹⁵¹ MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 1, 30 abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56004>. Acesso em: 11 jul. 2022. p. 155.

¹⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁵³ MORAIS e GHIGGI, *op. cit.*, p. 139.

procedimento é realizado uma simples contagem de votos para que a corte profira sua decisão, sendo especialmente difícil “convencer um cidadão, defensor da opinião vencida, que o juiz com o qual ele concorda seja ‘menos *expert*’ do que o juiz vencedor”¹⁵⁴.

As razões de procedimento colocam em cheque as instituições judiciais ao falharem perante reclames de equidade (*fairness*) do princípio de igualdade política. Tal falha poderia ser sanada por uma defesa quanto às razões de mérito. Se uma instituição fosse claramente superior em decidir sobre quais direitos as pessoas têm, isso pesaria a favor dela. Todavia, não é o caso: as razões de resultado são inconclusivas, pois cidadãos e juízes discordam e argumentam levando direitos a sério – ou são até favoráveis ao Legislativo.¹⁵⁵

A expansão da jurisdição constitucional é um fenômeno que vem ocorrendo mundialmente desde que foi conferida aos tribunais, em diversos países, a prerrogativa de realizarem o controle de constitucionalidade das leis. Os poderes das cortes constitucionais vem sendo paulatinamente ampliados, seja por atos oriundos do próprio Poder Legislativo¹⁵⁶ ou através de interpretações das próprias cortes constitucionais. Esta ampliação de suas competências faz com que, inevitavelmente, os tribunais passem a se pronunciar não só sobre matérias jurídicas, mas também sobre matérias eminentemente políticas.

A respeito do contexto brasileiro, lecionam Morais e Ghiggi:

Note-se que o próprio STF amplia suas competências e remodela a separação de poderes contida na Constituição. Curioso, por se tratar do órgão designado como “guardião da Constituição” que, por vezes, invoca cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, CRFB/88) ao vetar decisões ou projetos legislativos, inclusive de Emendas à Constituição. Agora, não há meio de invocar a cláusula pétrea originária da separação de poderes para barrar excessos do Tribunal.

Ademais, decisões que vão, em tese, na contramão da literalidade da Constituição, merecem olhares atentos. Notadamente, o caso das uniões homoafetivas (ADI 4.277/DF quanto ao artigo 226, da CRFB/88, e artigo 1.723 do Código Civil) e o cumprimento provisório ou antecipado da pena (HC 126.292/SP, quanto ao artigo 50, LVI, da CRFB/88 e artigo 283, do Código de Processo Penal – CPP). Por fim, há decisões de cunho eminentemente político, a exemplo da definição do aborto até o terceiro mês de gestação como fato atípico, embora os artigos 124 a 128, do Código Penal, regulamentem a conduta como crime (HC 124.306/RJ).

Tais apontamentos remontam características daquilo que Waldron denomina de *judicial supremacy*: a substituição do autogoverno pelos Tribunais; a soberania do Judiciário, não sujeito a controle ou revisão; e a usurpação do poder constituinte – a corte

¹⁵⁴ MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 1, 30 abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56004>. Acesso em: 11 jul. 2022. p. 140.

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 140.

¹⁵⁶ Como é o caso da E.C. 45 de 2004, no ordenamento jurídico brasileiro, que realizou uma reforma no Poder Judiciário brasileiro. Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

vista como “continuamente fazendo a constituição”. Nesse contexto, o tribunal determina o rumo ideológico da nação com base nas suas convicções, impõe aos demais poderes “como deve ser lida” a Constituição e adota alguma visão geral de justiça ou política, sendo que a mera mudança de membros pode alterar o entendimento da corte.¹⁵⁷

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 ocorreu a ampliação do número de instrumentos processuais existentes com a finalidade de garantir a efetividade do extenso rol de direitos conferidos aos cidadãos pela carta magna, criando um terreno fértil para a ocorrência de um fenômeno que vem sendo conhecido como *judicialização da política e das relações sociais*.

Este termo pode se mostrar impreciso. Acerca do assunto, Carl Schmitt leciona que, em casos como este, o prejudicado é o próprio poder judiciário, pois o que ocorre, efetivamente, não é uma judicialização da política, mas uma politização da justiça. Isto acontece pois o ato decisório acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma é, por natureza, um ato político¹⁵⁸.

Neste sentido, é possível verificar que a partir do momento em que os juízes constitucionais começaram a assumir relevante papel no cenário político-constitucional dos países, a composição das cortes passou a ser objeto de disputa pela política representativa, nos países onde os representantes eleitos têm a responsabilidade de nomear os juízes constitucionais. Embora se possa argumentar que este efeito é positivo, na medida em que demonstra a permeabilidade das cortes à opinião pública através da legitimidade indireta de seus juízes, é importante lembrarmos que grande parte dos juízes constitucionais possuem cargos vitalícios, não sendo submetidos ao escrutínio da opinião pública através de eleições regulares para avaliação de suas atuações.

Assim, vislumbra-se a possibilidade de cristalização dos entendimentos de uma parcela da política majoritária na jurisprudência das cortes, por elevado período de tempo, e a

¹⁵⁷ MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 1, 30 abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56004>. Acesso em: 11 jul. 2022. p. 154

¹⁵⁸ SCHMITT, Carl. *apud* OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. **DoisPontos**, v. 17, n. 2, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/74191>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 71-76.

reversão de entendimentos anteriormente adotados, transferindo ao Poder Judiciário o ônus de parte das decisões políticas, assim como dos riscos a ela inerentes¹⁵⁹.

Em diversos ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro e do norte-americano, as decisões tomadas pelos tribunais encarregados de realizar o controle de constitucionalidade levam em consideração conceitos jurídicos indeterminados e princípios, cujos sentidos vem sendo atribuídos de forma rotineira pelos próprios tribunais que, inclusive, acabam por se utilizar da interpretação de princípios constitucionais para ampliar as possibilidades de decisões a serem tomadas diante do caso concreto, tornando possível a ampliação ou redução do alcance das decisões proferidas pela corte¹⁶⁰.

Por vezes, o próprio sentido atribuído a um princípio pelo tribunal é modificado em um curto espaço de tempo. É o caso da possibilidade de execução de pena de prisão após decisão condenatória do Tribunal de segunda instância, quando pendente de recurso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, em caráter liminar foi mantido o entendimento da corte, em um julgamento apertado por 6 a 5, acerca da possibilidade de execução provisória da pena após a decisão condenatória de segunda instância, afirmando que tal possibilidade revelava-se compatível com o princípio da presunção de inocência¹⁶¹. O julgamento ocorreu no dia 5 de outubro de 2016 e o entendimento foi consolidado no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 964.246, com a fixação da tese nº. 925 da repercussão geral, em 10 de novembro do mesmo ano.

¹⁵⁹ A indicação dos *Justices* Brett Kavanaugh, Neil Gorsuch e Amy Cony Barrett pelo ex-presidente Donald Trump, nos Estados Unidos, deu feições relevantes de conservadorismo à Suprema Corte norte-americana, resultando na reversão do entendimento adotado pela Corte anteriormente em *Roe v. Wade*. A Suprema Corte julgou, em 24 de junho de 2022, no caso *Dobbs v. Jackson Womens Health Organization*, que caberia ao Poder Legislativo de cada uma das unidades da federação decidir a respeito dos critérios para realização do aborto. Em sentido contrário ao que havia sido decidido pela Suprema Corte quase 5 décadas atrás, afirmou não existir um direito constitucional ao aborto (UNITED STATES OF AMERICA. The Supreme Court. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization**, 597 US (2022). Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em: 11 jul. 2022.).

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 305-329. Foi através de uma interpretação do princípio constitucional da segurança jurídica que foi criada a possibilidade de o STF conferir efeitos não retroativos (*ex nunc*) às suas decisões que declarem a inconstitucionalidade de uma norma.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 05 out. 2016, pub. em 07 mar. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 19 jun. 2022.

O Supremo Tribunal Federal, em 7 de novembro de 2019, voltou atrás no seu entendimento, menos de 3 anos após ter fixado uma tese com repercussão geral ao ordenamento jurídico brasileiro, em uma decisão que contou com um único voto de diferença. Ao julgar em caráter definitivo as ADCs 43 e 44, com fundamento no mesmo princípio, o STF determinou a impossibilidade de execução provisória da decisão condenatória proferida por tribunal de segunda instância, quando pendente de recurso aos tribunais superiores¹⁶². O Ministro Luís Roberto Barroso credita o recuo do entendimento à forte pressão de alguns setores da política sobre a Corte, sem entrar em maiores detalhes a respeito de quais são esses setores e qual influência possuem sobre o Supremo Tribunal Federal¹⁶³. Com efeito, revela-se a ocorrência da mencionada *politização da justiça* advertida por Carl Schmitt.

Acerca do assunto, Schmitt elucida que:

Sempre resulta a mesma e óbvia alternativa: ou existe uma contradição óbvia e inquestionável às disposições constitucionais, então o Tribunal pune essa violação, [...]; ou as dúvidas sobre o conteúdo de uma norma são tão justificadas e o conteúdo da norma em si não é tão claro que não pode ser afirmado que há violação, mesmo que o tribunal tenha uma opinião diferente da legislatura ou do governo, cujas ordens estão em conflito com o direito constitucional dúbio.¹⁶⁴

É neste sentido que a postura de autocontenção dos tribunais constitucionais, defendida por Schmitt, torna-se extremamente relevante, porquanto fundamentada na ideia de separação de poderes, princípio este consagrado pela Constituição Federal de 1988¹⁶⁵. O jurista alemão sustenta que se não houver afronta à norma constitucional de maneira expressa, acima da dúvida razoável, o que ocorrerá é uma interferência indevida dos tribunais no âmbito da política legislativa, “afinal, o controle de constitucionalidade é uma competência institucional

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 07 nov. 2019, pub. em 12 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 19 jun. 2022.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 490.

¹⁶⁴ SCHMITT, Carl. *apud* OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. **DoisPontos**, v. 17, n. 2, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/74191>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 71-76.

¹⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

que também pode afrontar a constituição, caso não seja exercido com considerável auto-restrição”¹⁶⁶.

¹⁶⁶ SCHMITT, Carl. *apud* OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. **DoisPontos**, v. 17, n. 2, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/74191>. Acesso em: 21 abr. 2022. p. 72.

4 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade no Brasil foi inaugurado com a primeira Constituição da República, promulgada no ano de 1891. Adotou-se um modelo inspirado no sistema americano de controle de constitucionalidade, atribuindo aos juízes e tribunais estaduais e federais a competência para declaração da invalidade de leis em face da Constituição, de forma incidental e difusa¹⁶⁷.

Com o decorrer dos anos foram realizadas diversas alterações no controle de constitucionalidade brasileiro, tendo a Constituição de 1934 previsto, pela primeira vez, uma hipótese de controle por via principal junto ao Supremo Tribunal Federal: a representação interventiva, de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República (PGR)¹⁶⁸.

A Constituição de 1934 trouxe, ainda, importantes inovações, implementando a exigência do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do Poder Público e a previsão da competência do Senado Federal para atribuir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Poder Judiciário no exercício do controle difuso¹⁶⁹.

O controle de constitucionalidade por via principal, contudo, foi inserido de maneira substancial, ainda que com legitimidade de propositura limitada ao PGR, apenas durante o período militar, através da Emenda Constitucional n. 16 de 1965, com a instituição da ação genérica de constitucionalidade que possibilitou ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma lei em caráter abstrato com eficácia *erga omnes*, sem a participação do Senado Federal¹⁷⁰.

O modelo de constitucionalidade brasileiro, instituído pela Constituição Cidadã de 1988, conserva a existência de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, onde

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 84-87.

¹⁶⁸ *Ibid.* p. 84-87. A representação interventiva era uma ação que deveria ser proposta nos casos em que fosse determinada a intervenção federal, por meio de lei de iniciativa do Senado Federal, com fundamento na violação de princípios constitucionais *sensíveis*, de observância obrigatória pelos Estados. O julgamento da representação interventiva, pelo Supremo Federal, com a declaração de constitucionalidade da lei era condição necessária para que a intervenção fosse efetuada.

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1990. p. 169-193.

¹⁷⁰ BARROSO, *op. cit.* p. 84-87.

coexistem hipóteses de controle difuso e concentrado, concreto e abstrato, por via incidental ou por via principal. A seguir, serão expostas algumas das características do sistema brasileiro, destacando-se algumas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

4.1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão acerca do controle difuso de constitucionalidade apenas de maneira implícita. Ressalvou, em seu art. 97, que os tribunais somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público mediante voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros de seu respectivo órgão especial¹⁷¹ – esta previsão constitucional ficou conhecida como *cláusula de reserva de plenário*.

Já em seu art. 102, inciso I, alínea *a*, fixou a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgamento do Recurso Extraordinário (RE). Considerando que uma das hipóteses de cabimento do RE é a declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, percebe-se implícita a competência dos juízes e tribunais inferiores de realizarem o controle difuso de constitucionalidade¹⁷².

A Constituição, porém, determinou, em seu art. 52, inciso X, que cabe ao Senado Federal suspender a execução de uma lei, em todo ou em parte, após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare sua inconstitucionalidade, conferindo a decisão efeitos *erga omnes*¹⁷³. Alexandre de Moraes sustenta que este dispositivo contou, desde seu nascedouro, com efetividade reduzida e faz a ressalva que atualmente existem hipóteses diversas que conferem efeitos *erga omnes* às decisões tomadas no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de manifestação do Senado Federal. Estas hipóteses foram introduzidas à Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, sendo elas: (i) a repercussão geral conferida ao RE; e (ii) a edição de Súmulas Vinculantes (SV) pelo STF¹⁷⁴.

¹⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*; e MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 749-751.

4.1.1 Recurso extraordinário

4.1.1.1 Uma breve evolução histórica

O recurso ao Supremo Tribunal Federal – atualmente conhecido como recurso extraordinário – encontrou sua primeira previsão legal com a promulgação da Constituição de 1891, inaugurando o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷⁵. Há divergências acerca do modelo que serviu de inspiração ao constituinte brasileiro para formulação do recurso, existindo duas correntes: uma que entende ter sido o direito português o responsável por influenciar a criação do recurso, enquanto outra compreende que coube ao *writ of error*, já existente nos Estados Unidos à época, servir de inspiração à formulação do recurso¹⁷⁶. A nomenclatura utilizada nos dias de hoje, por outro lado, foi adotada pela Constituição de 1934¹⁷⁷.

O objeto do recurso extraordinário sofreu diversas modificações ao longo dos tempos até chegar à sua configuração atual. Entretanto, destaca-se a derradeira modificação substancial, ocorrida por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988. O recurso extraordinário possuía, durante a vigência da Constituição de 1967, um objeto mais amplo, englobando a discussão de questões *constitucionais* e *infraconstitucionais*, tendo sido cindido em dois após a promulgação da nova carta magna: (i) o Recurso Extraordinário; e (ii) o Recurso Especial (REsp). Ao REsp, de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reservaram-se as discussões *infraconstitucionais*, enquanto a competência para julgamento do Recurso Extraordinário continuou sendo originária do Supremo Tribunal Federal, ficando-lhe reservadas as discussões *constitucionais*, em consonância com a função precípua de guarda da Constituição conferida ao Supremo¹⁷⁸.

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 20 de jun. 2022.

¹⁷⁶ Acerca do assunto, *cf.* CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recurso Extraordinário: Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 187-198; e SILVA, José Afonso. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 27.

¹⁷⁷ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 20 de jun. 2022.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 144-145.

4.1.1.2 *Requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário*

A Constituição Federal de 1988 fixou, de maneira expressa, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. Entretanto, designou dois requisitos intrínsecos de admissibilidade do recurso, além dos demais requisitos de admissibilidade compartilhado com as demais espécies recursais. Assim, o recurso extraordinário somente pode ser admitido nos casos em que: (i) as decisões recorridas que decidirem a causa forem proferidas em única ou última instância; e (ii) o recorrente demonstre a existência de repercussão geral das questões discutidas no caso¹⁷⁹. Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal não funciona, ainda que por meio de recurso extraordinário, como uma terceira via de controle de jurisdição, cabendo apenas discussões relativas às questões de direito, não se tratando de via adequada para reapreciação de provas¹⁸⁰.

Um terceiro requisito de admissibilidade, que não conta com expressa previsão legal, é o prequestionamento da matéria recorrida. É exigida a prévia manifestação do juízo *a quo* acerca da matéria constitucional discutida no recurso extraordinário proposto. A exigência deste requisito de admissibilidade foi sedimentada, ao longo do tempo, pela doutrina e jurisprudência pátria, ensejando inclusive a edição das Súmulas n. 282 e 356 pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸¹.

¹⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. A necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso foi introduzida através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 144-145.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 282**. É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>. Acesso em: 20 de jun. 2022; e *Id.* Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 356**. O ponto omissis da decisão sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>. Acesso em: 20 de jun. 2022.

4.1.1.3 Hipóteses de cabimento

Existem quatro hipóteses de cabimento da interposição de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, sendo este cabível somente caso a decisão recorrida (i) contrarie dispositivo da Constituição; (ii) declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgue válida lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição; e (iv) julgue válida lei local, contestada em face de lei federal¹⁸².

As três primeiras hipóteses tratam de matéria eminentemente constitucional. A quarta hipótese, contudo, foi acrescentada ao texto constitucional com a Reforma do Poder Judiciário, realizada pela EC n. 45 de 2004. Luís Roberto Barroso ensina que a competência em questão era anteriormente reservada ao Superior Tribunal de Justiça, entretanto já estava ocorrendo uma alteração na percepção da competência do conflito. Com frequência, os casos tratavam de questões constitucionais relativas à competência legislativa dos entes federativos. Entretanto, o professor fluminense ressalva que existirão hipóteses onde não se verificará o conflito constitucional, alegando ser razoável o entendimento que, diante da incoerência do conflito constitucional, seja adequada a interposição de Recurso Especial, em detrimento do Recurso Extraordinário¹⁸³.

4.1.1.4 A crise dos recursos extraordinários

Desde a implantação do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição de 1891, a extensão das competências da corte constitucional brasileira vem sendo paulatinamente alargada através, principalmente, de modificações constitucionais, seja pela promulgação de novas constituições ou por emendas à constituição vigente à época¹⁸⁴.

¹⁸² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 146-150.

¹⁸⁴ FREITAS JÚNIOR, Horival Marques de. **Repercussão geral das questões constitucionais**. 2014. Mestrado em Direito Processual – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-082405/>. Acesso em: 26 jun. 2022. p. 20-30.

A expansão da jurisdição constitucional brasileira, com o advento da Constituição de 1988 – que pode ser classificada como uma constituição analítica¹⁸⁵ –, aliada a crescente influência do neoconstitucionalismo, resultou em um incremento substancial do número de processos sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, tendo a constitucionalização de diversos direitos contribuído para o referido aumento, de acordo com Miguel Reale¹⁸⁶.

A título ilustrativo, o número de processos existentes no acervo do STF, no ano de 1990, era de 11.441. Em 1999, a Corte contava com 82.798 processos, tendo atingido a máxima histórica no ano de 2006, com 150.001 processos em seu acervo. Desde então, o acervo vem sofrendo constantes reduções, com o Tribunal chegando a contar com o volume de 24.082 processos em seu acervo no ano de 2021¹⁸⁷.

De acordo com o Portal de Transparência do Supremo Tribunal Federal foram recebidos 911.927 processos entre os anos de 2011 e 2021, sendo que foram baixados, no mesmo período, 982.106 processos. Destes, o Recurso Extraordinário e o Agravo em Recurso Extraordinário correspondem a aproximadamente 77,25% dos processos recebidos (706.822) e 73,51% dos processos baixados (722.043). Apesar do número de processos recebidos e baixados ter sofrido uma considerável redução ao longo do tempo, assim como o acervo de processos em trâmite perante o Supremo – redução esta maior do que 50% na derradeira década –, nota-se que a proporção de RE e ARE recebidos e baixados permanece elevada, sendo ainda a mais relevante classe processual no acervo do Supremo Tribunal Federal. Em 2022 foram recebidos 32.688 processos enquanto foram baixados 35.193 processos do acervo da Corte. Destes,

¹⁸⁵ Também chamadas de constituições prolixas. São aquelas constituições que contam com grandes quantidades de artigos, incluindo em seu texto matérias de natureza não constitucional, eminentemente procedimentais e regulamentais, bem como tratam de forma minuciosa e detalhada acerca de direitos individuais e sociais, especialmente daqueles de grupos intermediários – entre as quais se incluem as igrejas, as escolas, os partidos políticos, entre outros. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25a. ed., atualizada. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010. p. 91-93).

¹⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**. São Paulo: novembro: v. 24, n. 75, 2004, p. 8.

¹⁸⁷ Acerca das estatísticas referentes aos anos de 1990 e 1999, *cf.* FREITAS JÚNIOR, Horival Marques de. *op. cit.* p. 24. A respeito dos números referentes aos anos de 2006 e de 2021, *cf.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal de Transparência: Evolução do Acervo STF (Histórico)**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=ea8942c2-79fa-494f-bf18-ca6d5a3bfb43&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 22 de jun. 2022.

aproximadamente 70,26% dos processos recebidos eram da classe RE ou ARE (22.969), ao passo em que 69% dos processos baixados eram desta mesma classe (24.286)¹⁸⁸.

Ao longo do tempo foram realizadas diversas tentativas de solucionar a crise gerada pelo elevado número de processos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, dentre as quais podemos citar: (i) a criação do Superior Tribunal de Justiça; (ii) a cisão do recurso extraordinário em dois; e (iii) a criação dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, pela EC n. 45 de 2004¹⁸⁹.

Percebemos que, embora o RE e o ARE ainda correspondam a uma quantia substancial da atividade jurisdicional prestada pelo STF, a instituição da repercussão geral tem contribuído para a diminuição do acervo de processos em trâmite perante a Corte.

4.1.1.5 *A repercussão geral do recurso extraordinário*

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 incluiu o §3º ao art. 102 da Constituição Federal, que define as competências do Supremo Tribunal Federal, acrescentando a necessidade de o recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, como critério de admissibilidade do recurso extraordinário. Ademais, determinou que o recurso só poderá ter a sua repercussão geral negada mediante manifestação de dois terços dos membros da Corte¹⁹⁰.

A instituição da repercussão geral se deu com uma finalidade principal: reduzir o acervo de processos em trâmite junto ao Supremo Tribunal Federal. Assim, criou-se um filtro de admissibilidade e foi conferida à própria Corte a competência discricionária de dizer quais questões constitucionais tratadas nos recursos extraordinários possuem, ou não, repercussão

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal de Transparência: Processos Recebidos e Baixados**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=b282ea92-29ef-4eeb-9676-2b9615ddfabd&sheet=ef87c134-e282-47ac-8f8f-813754f74e76>. Acesso em: 20 de jun. 2022; e *Id.* Supremo Tribunal Federal. **Portal de Transparência: Evolução do Acervo do STF (Histórico)**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=ea8942c2-79fa-494f-bf18-ca6d5a3bfb43&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 20 de jun. 2022.

¹⁸⁹ FREITAS JÚNIOR, Horival Marques de. **Repercussão geral das questões constitucionais**. 2014. Mestrado em Direito Processual – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-082405/>. Acesso em: 26 jun. 2022. p. 20-64.

¹⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

geral. A legislação infraconstitucional, com a edição da Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, incluiu o art. 543-A ao Código de Processo Civil de 1973, definindo em seu §1º que a demonstração da repercussão geral deverá levar em consideração a existência, ou não, de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”¹⁹¹.

Neste sentido, o Código de Processo Civil reproduziu, no §1º do art. 1.035, a redação anteriormente adotada. O código processual definiu, no §3º do dispositivo em questão, que a repercussão geral deverá ser necessariamente reconhecida pela Corte quando a decisão recorrida: (i) contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF; e (ii) reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou tratado federal. Ainda, estabeleceu, em seu art. 927, um sistema de precedentes, determinando que juízes e tribunais deverão observar, dentre outras: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os acórdãos proferidos no julgamento de recursos extraordinários; e (iii) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional¹⁹². Com a criação deste sistema, o legislador brasileiro buscou suprir a ausência de um instituto similar ao *stare decisis* em nosso sistema jurídico, criando uma vinculação de juízes e tribunais às decisões proferidas pelas cortes superiores do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, com o advento da EC n. 45 de 2004 e as alterações legislativas infraconstitucionais produzidas pela Lei n. 11.418/2016 e pelo Código de Processo Civil de 2015, verificou-se uma ampliação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, com a efetiva abstrativização dos efeitos das decisões tomadas nos recursos extraordinários, conferindo aos acórdãos efeitos que não se limitam às partes litigantes, chamados de efeitos *erga omnes*.

4.1.2 Súmulas vinculantes

Outra novidade implementada pela EC n. 45 de 2004 foi a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar, de ofício ou mediante provocação, súmula com efeito vinculante em

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2016. Brasília: Diário Oficial da União, 20 dez. 2016.

¹⁹² BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Diário Oficial da União, 17 mar. 2015.

relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, de todos os níveis da federação. A edição da súmula deverá contar com a aprovação por dois terços dos membros do tribunal, sendo necessária a existência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional em questão¹⁹³.

A súmula deverá ter por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, e que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. O Supremo Tribunal Federal tem competência para, de ofício, além de aprovar, realizar a revisão ou cancelamento de súmulas que tenha editado. Os legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade podem provocar a Corte a realizar a aprovação, revisão ou o cancelamento de súmulas. Com a finalidade de garantir a vinculação da Administração Pública e dos órgãos judiciais aos entendimentos sumulados pelo Supremo Tribunal Federal, caberá reclamação à Corte em caso de inobservância das súmulas editadas pela Corte¹⁹⁴.

4.2 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade, estabelecido pela Constituição Federal, é realizado pelos tribunais estaduais, no tocante à inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das constituições estaduais, e pelo Supremo Tribunal Federal no plano federal, no cumprimento de sua função precípua de guarda da Constituição Federal, através de quatro tipos de ações julgadas originariamente pela corte constitucional

¹⁹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁹⁴ É cabível reclamação ao Supremo Tribunal Federal para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. No caso de inobservância de tese de repercussão geral firmada no julgamento de recurso extraordinário, caberá reclamação ao STF desde que esgotadas as instâncias inferiores de jurisdição, conforme o inciso II do § 5º do art. 988 do Código de Processo Civil. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988; e *Id.* Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Diário Oficial da União, 17 mar. 2015).

brasileira¹⁹⁵. Trataremos a seguir a respeito das ações existentes, seu rol de legitimados e os efeitos das decisões.

4.2.1 Ações diretas cabíveis

A Constituição Federal de 1988 previu, em sua redação original, três tipos de ações diretas: (i) a ação direta de inconstitucionalidade; (ii) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e (iii) a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁹⁶. Enquanto a primeira tem por objeto a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, a segunda tem por objeto, notadamente, a omissão legislativa que deixa de cumprir um comando constitucional para integralizar a eficácia da norma constitucional. A terceira, por sua vez, apenas veio a ser regulamentada com a edição da Lei n. 9.882 de 1999, servindo como instrumento para discussão de questões sensíveis que envolvam risco ou lesão à preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional¹⁹⁷.

A ação declaratória de constitucionalidade, criada pela Emenda Constitucional n. 3 de 1993, constitui a quarta hipótese de ação direta, tendo como finalidade clarear dúvidas oriundas de interpretações jurídicas divergentes acerca de um mesmo dispositivo, declarando a constitucionalidade de uma interpretação e estabelecendo uma orientação homogênea a ser seguida dentro do ordenamento jurídico¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Há uma quinta hipótese de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: a chamada ação interventiva. É um provimento jurisdicional declarando a constitucionalidade, ou não, de decretação de intervenção federal, sendo requisito para a sua efetivação, de maneira similar à representação interventiva originada na Constituição de 1934 (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 404-405).

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 353-357.

¹⁹⁸ *Ibid.* p. 306-309.

4.2.2 Rol de legitimados

Os quatro tipos de ações diretas tratados no tópico anterior possuem o mesmo rol de legitimados. Enquanto a Constituição de 1988 fixa expressamente o rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, coube à Lei n. 9.882 de 1999 fixar o rol de legitimados da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A Lei n. 12.063 de 2009, por sua vez, consolidou o entendimento doutrinário acerca da identidade entre o rol de legitimados existente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, considerando que a diferença entre ambas reside apenas no tocante ao objeto das ações¹⁹⁹.

Todas as ações em questão compartilham do rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, previsto pela Constituição Federal em seu art. 103:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

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

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

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

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.²⁰⁰

O Supremo Tribunal Federal, ao longo do tempo, fixou uma distinção entre os legitimados, classificando-os como legitimados *universais*, que podem propor ações diretas em quaisquer hipóteses, e legitimados *especiais*, que podem propor ações diretas apenas quando as questões constitucionais tratadas possuem repercussão direta sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados – é o caso das confederações sindicais, das entidades de classe de âmbito nacional,

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 226-241, 310-312, 333-335 e 404-405.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

dos Governadores dos Estados ou do Distrito Federal e das Mesas de Assembleia ou Câmara Legislativa²⁰¹.

4.2.3 Efeitos das decisões

As decisões acerca da constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, proferidas em sede de ações diretas do controle de constitucionalidade brasileiro, possuem caráter abstrato, irradiando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico com efeitos *erga omnes*. O controle é chamado de controle *abstrato* ou *em tese* por não tratar de direitos subjetivos, não havendo um caso concreto a ser julgado pela corte constitucional. São hipóteses de exercício de jurisdição que tem como finalidade a proteção do próprio ordenamento jurídico e de sua coesão, extirpando as normas incompatíveis com a Constituição.

4.3 TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Há duas correntes acerca dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo do Poder Público. A origem do sistema austríaco de controle de constitucionalidade adotou a tese da anulabilidade da lei declarada inconstitucional, conferindo efeitos *ex nunc* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal Constitucional austríaco. A tese de anulabilidade da norma inconstitucional, que não foi adotada pela maioria dos países europeus, diverge da decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no histórico julgamento do caso *Marbury v. Madison*, tendo o *chief justice* John Marshall defendido a tese de nulidade da norma inconstitucional, conferindo efeitos *ex tunc* à decisão proferida pela Suprema Corte.

A jurisdição constitucional brasileira atualmente não se adstringe a nenhuma das duas teses. Em regra, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma enseja a sua nulidade, tal qual sustentada por John Marshall em 1803. Entretanto, não são raras as decisões do Supremo Tribunal Federal que se valem de técnicas intermediárias de decisão que conferem tons de cinza

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 228-229.

aos efeitos das decisões da corte. Estas decisões podem ser classificadas como decisões interpretativas ou decisões manipulativas, que podem, por sua vez, ser classificadas em diferentes espécies. Enquanto as decisões interpretativas têm como baliza o texto normativo constitucional e suas interpretações, as decisões manipulativas acabam por modificar o conteúdo das normas, com a finalidade de compatibilizá-las com a Constituição Federal²⁰².

4.3.1 Decisões interpretativas

As decisões interpretativas, como gênero, podem ser classificadas em distintas espécies. No presente trabalho iremos expor as espécies de decisões interpretativas mais relevantes do ponto de vista prático, de acordo com a lição de Luís Roberto Barroso²⁰³.

4.3.1.1 *Interpretação conforme à Constituição*

A interpretação conforme à Constituição é uma técnica de decisão interpretativa que permite ao tribunal constitucional manter a redação de um dispositivo normativo, indicando qual a sua interpretação mais adequada, ao passo em que leva em consideração as consequências da interpretação para melhor realização do sentido e alcance dos valores e fins constitucionais que servem de alicerce ao dispositivo normativo. É possível que o tribunal, utilizando-se de interpretação conforme à Constituição, indique uma hipótese de não incidência da norma ou declare a inconstitucionalidade parcial de um dispositivo, sem redução textual. De acordo com o entendimento da doutrina e do Supremo Tribunal Federal, o sentido literal do texto constitucional deve nortear a interpretação conforme à Constituição, funcionando como uma baliza para as decisões da Corte, que não pode alterar o significado original da norma²⁰⁴.

A declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, é técnica normativa que pode ser utilizada quando a norma puder ser interpretada de mais de uma maneira. O

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 104-106.

²⁰³ *Ibid.* p. 106-110.

²⁰⁴ *Ibid.* p. 106-108.

tribunal, no caso, declara a inconstitucionalidade de um ou mais sentidos de interpretação, não afetando o texto legal mas afastando hipóteses de interpretação que violam a Constituição²⁰⁵.

4.3.1.2 *Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade*

A presente técnica de decisão, passível de utilização pelo Supremo Tribunal Federal, consiste em um verdadeiro apelo ao legislador, pois mesmo declarando a inconstitucionalidade de um dispositivo, decide pela manutenção da eficácia da norma. Esta técnica de decisão também é utilizada na declaração de inconstitucionalidade por omissão normativa, pois se trata da declaração de inconstitucionalidade de uma ausência de edição de lei ou norma pelo Poder Público, não existindo um dispositivo que possa ser declarado inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal pode fixar prazo para que a norma continue a produzir efeitos, havendo quem classifique esta hipótese como *pronúncia de nulidade diferida*, de acordo com Luís Roberto Barroso. O Tribunal pode, ainda, formular apelo ao legislador, por escrito, para que sane a inconstitucionalidade, sob pena de haver a manutenção de uma situação de inconstitucionalidade, seja por vácuo normativo, no caso da inconstitucionalidade por omissão, ou pela efetiva vigência de um dispositivo inconstitucional, caso não tenha sido fixado um prazo para o início da incidência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma²⁰⁶.

4.3.1.3 *Declaração de lei constitucional em trânsito para inconstitucionalidade*

Há hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal condicionou o reconhecimento da constitucionalidade de uma norma à manutenção de uma determinada situação de fato que a justificasse, sinalizando que caso não subsistisse a referida situação, a norma se tornaria

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 108-109. Acerca do assunto, o professor fluminense leciona que há equipare a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, à interpretação conforme à Constituição, e quem as trate como técnicas distintas. Para os fins do presente trabalho, foi feita a opção de tratá-las como técnicas equiparáveis, pois a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição pressupõe a existência de mais do que um único sentido possível do dispositivo legal. Assim, ao interpretar um dispositivo conforme à Constituição, o tribunal está, ao mesmo tempo, excluindo outros sentidos de interpretação possíveis que violam a Constituição.

²⁰⁶ *Ibid.* p. 108-109.

inconstitucional. Esta técnica de decisão foi utilizada em julgamento a respeito da constitucionalidade do prazo em dobro conferido às Defensorias Públicas, que supostamente feriria a igualdade e a paridade de armas em um processo. O STF reconheceu a constitucionalidade do dispositivo legal, argumentando que as Defensorias ainda não contavam com condições estruturais adequadas, o que justifica o tratamento diferenciado com relação aos prazos processuais. Assim, o Supremo acabou por condicionar a constitucionalidade do prazo em dobro conferido às Defensorias à ausência de estruturas adequadas²⁰⁷.

4.3.2 Decisões manipulativas

As decisões manipulativas são caracterizadas pela desnecessidade de se aterem à literalidade do texto legal. Contudo, há a necessidade de as alterações introduzidas pelo tribunal constitucional serem argumentativamente reconduzidas às normas constitucionais. Este tipo de técnica de decisão é originária das cortes europeias, tratando-se de decisões que introduzem novos conteúdos aos atos normativos, com a finalidade de compatibilizá-los com a Constituição. As decisões manipulativas podem ser classificadas em *aditivas* ou *substitutivas*²⁰⁸.

4.3.2.1 Decisões manipulativas aditivas

As decisões manipulativas são classificadas como aditivas quando promovem uma ampliação do âmbito de incidência da norma, que não poderia ser extraído pura e simplesmente da interpretação dos dispositivos legais. É o caso da autorização de aborto de fetos anencefálicos por decisão do Supremo Tribunal Federal. Acerca do assunto, é a lição de Barroso:

A Corte adicionou às excludentes de ilicitude previstas para o tipo de aborto no Código Penal uma nova excludente de ilicitude, que, a seu ver, decorria diretamente do princípio da dignidade humana, do direito à autonomia e à privacidade da mulher (CP, art. 128).²⁰⁹

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 109-110.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 110-111.

²⁰⁹ *Ibid.* p. 111.

Ainda, o professor fluminense explica que:

A doutrina alude a múltiplas subcategorias de decisões aditivas. Fala-se na existência de decisões *aditivas de garantia*, que promoveriam a ampliação dos destinatários de um direito de liberdade ou poder; em decisões *aditivas de prestação*, aludindo-se a julgados que estendem prestações a um grupo ilegitimamente excluído. Há, igualmente, referências às decisões *aditivas de princípio*, quando o Tribunal apenas estabelece diretrizes a serem observadas pelo legislador, na produção de normas, e pelas demais instâncias judiciais, no julgamento dos casos. Entretanto, o mais relevante, quanto ponto, é a operação decisória em si, e não propriamente o tipo de conteúdo que se acrescenta. Vale dizer, a técnica corresponde a uma atuação do STF como *legislador positivo*, por meio da qual se acrescenta conteúdo à norma a fim de suprir uma omissão violadora da Constituição.²¹⁰

4.3.2.2 *Decisões manipulativas substitutivas*

As decisões manipulativas podem ser caracterizadas como substitutivas quando o tribunal, diante de uma norma estabelecida pelo legislador, decide por sua substituição por uma outra opção normativa que considera mais adequada. Esta técnica de decisão é utilizada quando a mera declaração de inconstitucionalidade da norma produziria efeitos piores do que a sua manutenção, cabendo a substituição da opção legislativa por outra que mais se adeque aos fins constitucionais²¹¹.

4.4 A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES

Por vezes, a simples declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, conferindo à decisão efeitos *ex tunc*, pode acarretar graves prejuízos à segurança jurídica dos jurisdicionados. Destaca-se que a única das hipóteses de modulação dos efeitos temporais das decisões do Supremo que possuía previsão expressa, até o ano de 2015, era aquela realizada em decisão que declarasse, em sede de ação direta, a inconstitucionalidade de uma norma. Contudo, o Tribunal também possuía o costume de realizar, com certa frequência, a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade incidental²¹².

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 111-112.

²¹¹ *Ibid.* p. 112-113.

²¹² *Ibid.* p. 100-101.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro outra hipótese com previsão expressa de modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Em seu art. 525, §§ 12 e 13, previu-se a possibilidade de modulação no âmbito do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF²¹³.

Outra hipótese expressamente prevista pelo legislador, na ocasião da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, diz respeito à alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, conferindo expressamente à Corte o poder de modular os efeitos de suas decisões. Luís Roberto Barroso destaca que o STF costuma conferir, nos presentes casos, efeitos prospectivos as suas decisões, respeitando os princípios da boa-fé e da segurança jurídica²¹⁴.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 100-101.

²¹⁴ *Ibid.* p. 100-104.

5 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.985/MT

O Supremo Tribunal Federal, no dia 08 de fevereiro de 2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 567.985/MT, que apenas viria a ser julgado após o transcurso de mais de 5 anos, no dia 18 de abril de 2013²¹⁵. O reconhecimento da repercussão geral do extraordinário se deu por ampla maioria, tendo sido vencido o Ministro Eros Grau. O Ministro Joaquim Barbosa não apresentou manifestação.

5.1 INTRODUÇÃO AO CASO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra decisão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso que negou provimento a recurso interposto pelo recorrente, confirmando a decisão que conferiu o direito a uma cidadã brasileira de receber o Benefício de Prestação Continuada (BPC), mesmo sem preencher os requisitos previstos no art. 20, §3º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei n. 8.742 de 1993²¹⁶²¹⁷.

A Turma Recursal, em sua decisão, afirmou que o parâmetro definido pela legislação, qual seja, de um quarto do salário-mínimo, não é absoluto, cabendo ao Poder Judiciário adequar o referido critério à luz do caso concreto, levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Diante do caso concreto, afirmou estar configurada a condição de miserabilidade da cidadã, que restou comprovada por perícia socioeconômica realizada no

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²¹⁶ *Id.* Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²¹⁷ “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (...) § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.” (*Id.* **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 7 dez. 1993; e *Id.* **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Brasília: Diário Oficial da União, 6 jul. 2011).

processo. A Turma Recursal sustentou, ainda a ocorrência de derrogação do art. 20, § 3º, da LOAS pela definição de critérios de aferição de miserabilidade diversos por outros benefícios assistenciais (Lei n. 9.533 de 1997 e n. 10.689 de 2003)²¹⁸.

O recorrente arguiu ofensa aos arts. 195, §5º²¹⁹, e 203, inciso V²²⁰, da Constituição Federal, afirmando que o colegiado de origem não poderia adotar critério diverso daquele previsto na LOAS. Neste sentido, sustentou que não caberia ao juiz, ao argumento de que a miserabilidade poderia ser comprovada por outros meios, alargar o âmbito de incidência da LOAS, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.232/DF que declarou a constitucionalidade dos critérios objetivos definidos pelo art. 20, §3º da LOAS²²¹. Alegou que a Turma Recursal de origem acabou por declarar inconstitucional o art. 20, §3º, da Lei Orgânica da Assistência Social ao afastar a sua incidência no caso concreto²²².

Em contrarrazões, a recorrida aduziu, preliminarmente, a ausência de prequestionamento da matéria constitucional. No mérito, evocou precedentes, no sentido da decisão impugnada, do STJ e de Turma Recursal de outro Estado, mencionando o enunciado da Súmula n. 11 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais²²³ e afirmando que os

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²¹⁹ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” (*Id.* Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988).

²²⁰ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” (*Ibid.*).

²²¹ *Id.* Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão, julg. em 27 ago. 1998, pub. em 1 jun. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102876/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²²² *Id.* Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²²³ *Id.* Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 11**. Enunciado: A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada por outros meios a miserabilidade do postulante. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11&PHPSES-SID=uimkn453vt3rnj03odsbppea4>. Acesso em: 03 jul. 2022.

requisitos para a concessão do benefício assistencial pleiteado foram devidamente comprovadas nos autos do processo.

5.2 AS RAZÕES DE DECISÃO DA CORTE

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, diante do caso concreto em julgamento, optaram, em seus votos, por quatro soluções distintas, sendo elas: (i) o desprovimento do recurso; (ii) o desprovimento do recurso com declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade; (iii) o desprovimento do recurso com declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014; e (iv) o provimento do recurso. Participaram do julgamento os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e as Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia. Declarou-se impedido o Ministro Dias Toffoli²²⁴.

5.2.1.1 *Pelo provimento do recurso*

O eminente Ministro Teori Zavascki, em voto pelo provimento do recurso extraordinário, levou em consideração a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes da decisão tomada pelo STF no julgamento da ADI 1.232/DF, afirmando que não caberia ação rescisória de ADI ou superação do entendimento adotado no controle concentrado de constitucionalidade pela via do recurso extraordinário em julgamento, por não verificar a existência de pressuposto de inconstitucionalidade superveniente²²⁵.

Sustentou que só seria possível a declaração de inconstitucionalidade se houvessem causas supervenientes como (i) a mudança da realidade social em que atuam as normas constitucionais e infraconstitucionais; ou (ii) a mudança do parâmetro normativo constitucional que

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²²⁵ *Id.* Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão, julg. em 27 ago. 1998, pub. em 1 jun. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102876/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

puddesse acarretar a revogação do art. 20, §3º da LOAS, as quais sustentou não terem sido verificadas no caso concreto²²⁶.

Afirmou que a simples definição de diferentes critérios de aferição da condição socioeconômica dos administrados e de concessão de benefícios de assistência social diversos não ensejam a revogação do critério definido pela legislação infraconstitucional (LOAS), em cumprimento ao comando constitucional, para concessão do BPC²²⁷.

Aduziu que, embora a ADI 1.232/DF tenha cancelado a Súmula nº 11 da Turma Nacional de Unificação dos Juizados Especiais Federais, este entendimento continuou a ser seguido em muitos julgados posteriores, tendo o próprio Supremo passado a validar os entendimentos ao não acolher diversas reclamações formuladas pelo INSS²²⁸.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu o entendimento do Ministro Teori Zavascki, votando pelo provimento do RE. Acrescentou que o desprovimento do recurso implicaria em afronta ao princípio da fonte de custeio da seguridade social, pois haveria uma verdadeira ampliação dos beneficiados sem a respectiva indicação da fonte de custeio total, conforme determina o art. 195, § 5º, da Constituição. Ainda, sustentou que se trata de política pública instituída pelo Congresso Nacional, em conjunto com o Poder Executivo, não cabendo, em princípio, ao Poder Judiciário alterá-las²²⁹.

5.2.1.2 *Pelo desprovimento do recurso*

O Ministro Marco Aurélio, relator do RE 567.985/MT, votou pelo desprovimento do recurso extraordinário, sem a declaração de inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. Em seu voto, apresentou fundamentação com base nos princípios constitucionais: (i) da dignidade da pessoa humana; (ii) da solidariedade social; e (iii) da erradicação da pobreza. Considerou que os critérios objetivos adotados pela legislação infraconstitucional para concretização

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

da proteção assistencial prevista constitucionalmente se mostraram insuficientes diante do caso concreto em julgamento²³⁰.

Entretanto, sustentou que o dispositivo infraconstitucional mantinha a sua constitucionalidade em abstrato, conforme decisão proferida pela Corte. Alegando que havia ocorrido uma inconstitucionalidade quando da aplicação de um dispositivo constitucional. Afastou o entendimento adotado pela Turma Recursal da Seção Judiciária do Mato Grosso, acerca da derrogação do art. 20, § 3º, da LOAS pela definição de critérios de aferição de miserabilidade diversos por outros benefícios assistenciais (Lei n. 9.533 de 1997 e n. 10.689 de 2003), por se tratar de benefícios com finalidades e alcances distintos²³¹.

Nesse sentido, ponderou que os princípios da segurança jurídica e da isonomia deveriam ceder lugar ao princípio da dignidade da pessoa humana, afastando o argumento da reserva do possível²³² com fundamento em 3 razões distintas: (i) a natureza restrita do benefício e seus beneficiados; (ii) a crença na boa-fé dos juízes, que apenas realizariam a superação do critério objetivo de maneira excepcional, quando devidamente comprovada nos autos a condição de miserabilidade; e (iii) que o orçamento não possuiria valor absoluto, fazendo-se necessária a alocação de recursos financeiros para a concretização do mínimo existencial²³³.

Afirmou que o Supremo Tribunal Federal vinha, no julgamento monocrático de diversas reclamações, mantendo decisões judiciais que conjugavam os critérios objetivos definidos pelo art. 20, § 3º, da LOAS com outros fatores capazes de comprovar a miserabilidade dos cidadãos. Contudo, sustentou que não deveria ser declarada a inconstitucionalidade do critério infralegal definido pela LOAS, em seu art. 20, § 3º, porquanto este parâmetro serviria como termo de piso para aferição da miserabilidade. Alega que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo iria gerar um vácuo normativo²³⁴.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022

²³¹ *Ibid.*

²³² O Estado possui um número finito de recursos para realizar um amplo leque de objetivos definidos pela Constituição Federal de 1988. Neste caso, quando um magistrado realiza a ampliação de gastos do Estado, por meio de decisão judicial, estaria efetivamente reduzindo o número de recursos existentes para dar conta de outras necessidades dos administrados. Neste sentido, *cf. ibid.*

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

5.2.1.3 A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

O Ministro Gilmar Mendes, redator do acórdão, apresentou divergência ao voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, tendo seu voto sido seguido pelos Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Celso de Mello e pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia²³⁵.

Embora elogie o voto do Ministro Marco Aurélio, também opinando pelo desprovisionamento do recurso extraordinário, defendeu a declaração de inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, mantendo a validade do critério legislativo fixado pela norma infraconstitucional. Neste sentido, afirmou que as diversas decisões tomadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de reclamações, geraram um esvaziamento do entendimento fixado pela Corte na ADI 1.232/DF, e prosseguiu sustentando que este entendimento permitiria ao legislador que fixasse critérios objetivos, estabelecendo um mínimo de segurança jurídica, ao invés de deixar a cargo do judiciário a análise do caso concreto²³⁶.

Acerca da inconstitucionalidade por omissão parcial, afirmou que os critérios definidos pela legislação infraconstitucional se mostraram insuficientes, em alguns casos, para avaliar a condição de miserabilidade de quem postulava o benefício. Porém, levando em consideração se tratar de benefício com natureza de política pública, sustentou a necessidade de fixação de um prazo de validade da norma até que o Congresso Nacional realizasse a edição de novo ato legislativo. Neste mesmo sentido, foi seguido integralmente pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello e pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, alguns dos quais também acrescentaram argumentos próprios à fundamentação. Contudo, a proposta de modulação dos efeitos da decisão não atingiu o quórum mínimo necessário, tendo o § 3º do art. 20 da LOAS sido declarado inconstitucional, sem pronúncia de nulidade, por parcial omissão legislativa²³⁷.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

5.3 DISCUSSÃO

O Supremo Tribunal Federal declarou, por 6 votos a 3, a inconstitucionalidade por omissão parcial do dispositivo legal – parágrafo 3º do art. 20 da Lei Orgânica de Assistência Social –, sem pronúncia de nulidade²³⁸. Na prática, manteve a possibilidade de juízes e tribunais prosseguirem com a revisão da negativa de concessão do BPC, ainda que em sentido contrário à decisão proferida, em 1998, na ADI 1.232/DF, não tendo sido alcançado o quórum mínimo para modulação dos efeitos da decisão.

Extraí-se do inteiro teor do acórdão²³⁹ que os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski levaram em consideração a competência do Poder Legislativo para fixação de políticas públicas, assim como de seus critérios atuariais, chegando a três conclusões diferentes.

O Ministro Marco Aurélio, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, afastou o argumento da reserva do possível, afirmando que caberia ao Estado alocar recursos para realização do mínimo existencial da recorrida no caso em questão, conferindo acesso ao benefício, razão pela qual negou provimento ao recurso, sustentando a constitucionalidade do dispositivo da LOAS por se tratar de parâmetro objetivo mínimo útil à Administração Pública para concessão do benefício²⁴⁰.

O Ministro Gilmar Mendes, concordou em parte com o voto do Ministro Marco Aurélio, discordando porém no tocante à manutenção da constitucionalidade do dispositivo da LOAS. Afirmou que teria ocorrido a inconstitucionalidade superveniente do dispositivo, após a decisão da Corte na ADI 1.232/DF, propondo a fixação de prazo para que o Congresso Nacional suprisse a omissão parcial da norma, que sustentou ter se mostrado insuficiente para cumprir a finalidade constitucional de aferir a condição de miserabilidade econômica dos cidadãos que postulassem a concessão do BPC²⁴¹.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, jul. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

De outro lado, o Ministro Ricardo Lewandowski realizou uma leitura mais ampla da Constituição:

[...] adotou um critério objetivo. Esse é um aspecto.

Ao fazê-lo, levou em consideração aquilo que o eminente Ministro Gilmar Mendes trouxe à colação, que é exatamente a situação orçamentária da Previdência Social. E Sua Excelência mesmo disse que o legislador ordinário, o Congresso Nacional, deve ter feito uma série de cálculos e chegou à conclusão que esse é o valor possível, é aquilo que os juristas chamam de reserva do possível, aquilo que o erário pode pagar, neste presente momento histórico, ao idoso. Então, esse é um aspecto que me parece relevante.

Na verdade, o Congresso Nacional estabeleceu uma política pública; boa ou má, é uma política pública. E as políticas públicas são instituídas pelo Congresso Nacional em conjunto com o Poder Executivo, e não cabe, em princípio, ao Poder Judiciário imiscuir-se nessa área, estabelecer políticas públicas. A política pública com relação ao idoso foi exatamente estabelecida por essa Lei 8.742, no seu artigo 20, § 3º.

O INSS, em suas contrarrazões, traz argumentos que me parecem também extremamente relevantes. Quais são eles? Em primeiro lugar, que o acórdão recorrido teria afrontado o princípio da legalidade, porque claramente essa política pública está expressa na lei, e compete ao Congresso Nacional rever a lei a seu talante, como representante da soberania nacional, e verificar se está, ou não, defasada ao longo do tempo, com relação à realidade econômica em que vivemos, a independência dos Poderes e o princípio da reserva legal.

Mas há mais [...]. Há um dado também trazido à colação pelo recorrente, o Instituto Nacional de Previdência Social [sic], que é o seguinte: a afronta ao princípio da fonte de custeio, que está abrigado no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal.

O que diz esse artigo, com todas as letras?

‘§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.’

Por que isso? Porque, nessa crise mundial econômica que estamos vivendo, a primeira vítima é sempre a previdência social dos países, quer sejam eles desenvolvidos, quer sejam subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. O que está ocorrendo é que realmente – e nós vemos isso no mundo todo – os benefícios previdenciários são os primeiros a serem cortados. E nós vivemos uma crise mundial que está se aproximando, lamentavelmente, do nosso País. E há um fenômeno demográfico interessante, está havendo uma mudança no perfil demográfico no sentido de que há o aumento de pessoas idosas, sobretudo nos países avançados, mais desenvolvidos economicamente e em desenvolvimento. Isso está acontecendo no Brasil também. Se nós aumentarmos ou deixarmos ao magistrado local criar, ao seu talante, um benefício previdenciário sem observar o que dispõe o artigo 195, § 5º, da Constituição, sem indicar recursos, o Brasil irá à falência, irá à bancarrota rapidamente.²⁴²

Ainda que tenha sido voto vencido, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski demonstrou consideração à questão da legitimidade da Corte para decidir o caso concreto que se

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

encontrava em julgamento, especialmente por se tratar de constitucionalidade de dispositivo que trata de política pública fixada pelo Poder Legislativo²⁴³.

Não se olvida que, à sua maneira, os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes também tenham levado em conta essa questão. Enquanto o Ministro Marco Aurélio decidiu pela manutenção da constitucionalidade do dispositivo, afirmando que caberia ao Poder Judiciário realizar a revisão da negativa, em casos excepcionais, apenas quando efetivamente comprovada a situação de miserabilidade do administrado, o Ministro Gilmar Mendes decidiu pela declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mantendo a efetividade da norma e sinalizando ao Poder Legislativo que o dispositivo em questão vinha, de maneira recorrente, incorrendo em inconstitucionalidades quando aplicado aos casos concretos²⁴⁴.

Com relação à modulação dos efeitos da decisão que seria proferida pelo Supremo Tribunal Federal, embora não tenha atingido o quórum mínimo necessário para que fosse realizada, com prazo para que o Congresso Nacional suprisse a omissão parcial do dispositivo declarado inconstitucional, é interessante verificar a ponderação dos Ministros acerca de um possível conflito com o Legislativo e desmoralização das decisões da Corte em caso do não cumprimento do prazo que seria fixado. Vejamos:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) – Eu chamo a atenção do Tribunal, porque eu já acompanhei o Tribunal, a maioria, nessas decisões de fixação de prazo ao legislador, mas eu noto que isso serve para nos trazer conflito com o Legislativo, e, num certo sentido, desmoralizar, porque se o legislador não cumpre esse prazo, nós trazemos o problema para cá, de novo [...].

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Desgastando o Supremo, como vem ocorrendo nos últimos tempos, ressoando a decisão apenas como um cascudo no Congresso Nacional.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Prazo sem sanção é inócuo. Em termos de cumprimento, é inexistente.²⁴⁵

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*

A argumentação dos Ministros evidencia a consideração das consequências de uma decisão eminentemente política, revelando uma das faces da politização da justiça, conforme advertido por Carl Schmitt²⁴⁶.

A ponderação pelos Ministros acerca do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e sua prevalência no presente caso, ainda que sobre um princípio constitucional de caráter objetivo, tal qual o princípio da fonte de custeio, levou ao afastamento do argumento da reserva do possível²⁴⁷.

Assim, o que efetivamente ocorreu é que Ministros que contam com uma legitimação democrática indireta afastaram o conteúdo de um princípio constitucional objetivo aplicável ao caso, privilegiando sua concepção acerca do conteúdo de um princípio constitucional vago, ainda que no longo prazo essa decisão possa levar a redução de concessão de todos os benefícios de assistência social por prejudicar a situação econômica do país, resultando em maiores prejuízos a própria concepção de dignidade da pessoa humana expressa por aqueles Ministros no presente caso.

Esse é um ponto crucial a ser levado em consideração, especialmente no tocante à questão da legitimidade da Corte, porquanto os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são escolhidos pelo povo em eleições periódicas. Assim, o presente caso demonstra que as decisões tomadas pela Corte podem efetivamente influenciar a situação político-econômica do país, o que reforça a necessidade da prática de autocontenção pelo Tribunal, o que pôde ser verificado apenas de maneira parcial na decisão do presente recurso extraordinário.

O caso em questão é complexo, pois a lei fixava um critério objetivo, declarado constitucional pelo STF em sede de controle abstrato. Entretanto, relevante parte dos órgãos do Poder Judiciário vinha descumprindo o entendimento da Corte, que também deixava de dar provimento às reclamações propostas com a intenção de garantir a autoridade das decisões do STF²⁴⁸.

A Administração Pública se viu duplamente prejudicada, pois ao seguir o critério fixado pelo Poder Legislativo para realização da política pública, que teve sua

²⁴⁶ *Cf. supra.*

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022

²⁴⁸ *Ibid.*

constitucionalidade afirmada pelo STF, viu suas decisões administrativas serem revertidas judicialmente. Ao manejar reclamações e recursos extraordinários, viu o STF declarar, em sede de controle difuso de constitucionalidade, mediante o mínimo de votos necessários, a inconstitucionalidade por omissão parcial da norma, em caráter abstrato, ainda que sem pronúncia de nulidade.

Ainda que seja possível argumentar que, diante do caso concreto, o desprovimento do recurso extraordinário se mostrou adequado, não é possível afirmar que a finitude do orçamento estatal não foi comprometida a ponto de incorrer em maiores violações aos direitos fundamentais dos administrados por falta de recursos em outras áreas essenciais da Administração Pública. Os juízes, ao decidir o caso concreto de maneira abstrata, com a chancela do instituto da repercussão geral, fixaram seu entendimento conforme a moldura do momento. Ainda que tenham buscado levar em consideração o todo, são limitados por seus atributos humanos.

Chama atenção a falta de consideração, exibida pelos próprios Ministros da Corte, ao entendimento fixado anteriormente pelo Tribunal no julgamento da ADI 1.232/DF. Este fato já vinha sendo percebido há algum tempo, diante das diversas reclamações que chegavam à Corte e que não vinham sendo acolhidas pelos Ministros em decisões monocráticas. Este é um fato que pode contribuir com a contínua judicialização da política e das relações sociais, diante da falta de autoridade da decisão do Tribunal, tomada em controle abstrato, que pôde ser observada no caso em questão, gerando uma expectativa perene de revisão de um entendimento adotado anteriormente pelo Tribunal.

6 CONCLUSÃO

É certo que a *reforma do Poder Judiciário*, realizada pela E.C. n. 45 de 2004, realizou uma tentativa de desafogar o Supremo Tribunal Federal, fixando aos jurisdicionados a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais versadas nos recursos extraordinários, e conferindo à Corte competência discricionária para decidir acerca da admissibilidade desta espécie recursal.

Em uma tentativa de conferir maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, buscando evitar a adoção de decisões judiciais contrárias aos entendimentos fixados pelos tribunais superiores, criou-se um sistema de precedentes por ocasião da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, reforçando a eficácia *erga omnes* conferida às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, e lhes conferindo eficácia vinculante, relativa aos órgãos do Poder Judiciário. Embora esta eficácia vinculante não se estenda aos órgãos da Administração Pública direta e indireta, é possível compreender que caso a Administração Pública aja em sentido contrário ao precedente firmado, o que ocorrerá é a propositura de ação judicial, cuja decisão deverá se valer do precedente ao qual o tribunal se encontra legislativamente vinculado.

O controle de constitucionalidade pode ser realizado de maneira difusa através do julgamento de recurso extraordinário. Assim, o que se verifica é uma efetiva abstrativização dos efeitos das decisões tomadas pela Corte, com eficácia que não se limita às partes litigantes, estendendo os efeitos do controle concreto de constitucionalidade a todos, com eficácia vinculante aos órgãos do Poder Judiciário, acabando por vincular indiretamente os demais poderes constituídos. A necessidade de expedição de ofício ao Senado Federal para suspensão da eficácia da norma, conforme determina o art. 52 da Constituição Federal, cai por terra, pois já não é mais necessária a participação do Poder Legislativo para que isto aconteça.

Não se olvida que os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que resultaram na alteração do processo constitucional brasileiro, em especial do controle de constitucionalidade, foram realizadas com a participação dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, o que se verifica é um ordenamento jurídico contraditório. A Constituição estabelece um rol taxativo de nove legitimados à propositura das ações diretas, as quais permitem a declaração da inconstitucionalidade em abstrato de lei ou ato normativo do Poder Público, conferindo eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* às decisões da Corte.

Entretanto, este mesmo diploma constitucional passa, após a promulgação da E.C. n. 45 de 2004 e do Código de Processo Civil de 2015, a prever efeitos *erga omnes* e vinculantes (ao menos de maneira indireta) às decisões tomadas pelo STF no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, sendo esta uma via de acesso recursal admitida em todos os processos. Destaca-se que o próprio rol de legitimados à propositura das ações diretas já é considerado largo, quando comparado com os demais ordenamentos jurídicos que adotam o controle concentrado de constitucionalidade com inspiração no sistema austríaco.

Acerca do rol taxativo de legitimados definido pela Constituição para propositura das ações diretas, entende-se que se trata de hipótese que confere às ações diretas uma legitimidade política decisória superior àquelas tomadas pelos órgãos judiciais no controle difuso de constitucionalidade. Neste sentido, a ausência de um quórum qualificado que confira maior legitimidade democrática às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, considerando a eficácia vinculante, ainda que relativa ou indireta, e os efeitos *erga omnes* das referidas decisões, configura uma efetiva ampliação do rol de legitimados a requererem a declaração de inconstitucionalidade de uma norma em caráter abstrato, ainda que isto se dê apenas em caráter incidental quando da interposição dos recursos extraordinários.

Por este prisma, pode-se compreender que as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos RE com RG, quando constatada a ausência dos legitimados à propositura das ações diretas, carecem de legitimidade. A própria Corte possui o poder discricionário para dizer, em cada caso, o que pode ou não ser caracterizado como repercussão geral. Estas relevantes alterações na jurisdição constitucional brasileira, somadas ao amplo rol de direitos previstos em nossa carta magna, resultam em uma ampliação demasiada dos poderes do Supremo Tribunal Federal, o que pode resultar em um desequilíbrio entre os poderes constitucionalmente constituídos, possibilitando o desrespeito ao princípio constitucional da separação de poderes.

A esse respeito, a contribuição de Ferdinand Lassalle se mostra valiosa. Porquanto a Constituição de um Estado é mais do que a simples folha escrita de papel e o que nela se acrescenta. Inclusive, destaca-se que esta só durará enquanto com a Constituição efetiva possuir uma mínima semelhança. Se alguém houver de ceder, é certo que o que haveríamos de presenciar é o surgimento de uma nova Constituição.

Ainda que a Corte tenha levado em consideração, no julgamento do Recurso Extraordinário 567.985/MT, argumentos a respeito da legitimidade do STF para influir em decisões

legislativas relativas à políticas públicas, especialmente no tocante a critérios financeiros para concessão de benefícios assistenciais, temos que o caso foi decidido por maioria absoluta, o que não seria possível caso o critério decisório para declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de ato normativo, no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, houvesse sido fixado de maneira similar ao quórum qualificado de dois terços, definido para a negativa do reconhecimento da repercussão geral.

No caso, a Corte demonstrou levar em consideração a necessidade de autocontenção judicial diante da matéria em julgamento, ao declarar a inconstitucionalidade do critério normativo infraconstitucional para concessão do benefício, sem pronunciar a sua nulidade. Assim, manteve válido o critério para aferição da condição de miserabilidade daquele que requisitar o benefício. Contudo, a balança aparenta estar desequilibrada com a relevante ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal, pois caberia ao próprio guardião da Constituição vigiar a si próprio.

Por fim, conclui-se que a instituição da repercussão geral pela EC n. 45 de 2004 e as demais alterações da legislação ordinária resultaram em efeitos positivos ao ordenamento jurídico, tal qual o crescente desafogamento do acervo de processos do STF. Entretanto, o que se verificou é a possibilidade dos efeitos das decisões tomadas em sede de repercussão geral resultarem em um efetivo desequilíbrio entre os poderes constitucionalmente instituídos. Foi possível verificar o efetivo alargamento dos legitimados a requererem a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, em uma modalidade de controle de constitucionalidade que apresenta um déficit democrático quando comparada ao controle concentrado de constitucionalidade, e a ocorrência da politização da justiça, diante da crescente expansão das competências do Tribunal, com este sendo requisitado a se manifestar sobre critérios definidores da concessão de benefícios assistenciais, que devem levar em consideração critérios atuariais.

REFERÊNCIAS

BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law**. 4th ed. London: Cavendish, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10a. edição, atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello. Sao Paulo: SaraivaJur, 2022.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. Ede. Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1986.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Diário Oficial da União, 17 mar. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 7 dez. 1993.

_____. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Brasília: Diário Oficial da União, 6 jul. 2011

_____. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2016**. Brasília: Diário Oficial da União, 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF**. Relator: Min. Ilmar Galvão, julg. em 27 ago. 1998, pub. em 1 jun. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102876/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injunção 670/ES**. Relator: Min. Maurício Corrêa, julg. em 25 out. 2007, pub. em 31 out. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87282/false>. Acesso em: 18 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injunção 708/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julg. em 25 out. 2007, pub. em 31 out. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2477/false>. Acesso em: 18 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Mandado de Injunção 712/PA**. Relator: Min. Eros Grau, julg. em 25 out. 2007, pub. em 31 out. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2462/false>. Acesso em: 18 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Portal de Transparência: Processos Recebidos e Baixados**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=b282ea92-29ef-4eeb-9676-2b9615ddfabd&sheet=ef87c134-e282-47ac-8f8f-813754f74e76>. Acesso em: 20 de jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Portal de Transparência: Evolução do Acervo STF (Histórico)**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=ea8942c2-79fa-494f-bf18-ca6d5a3bfb43&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 20 de jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 567.985/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 18 abr. 2013, pub. em 3 out. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>. Acesso em: 3 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 282**. É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>. Acesso em: 20 de jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 356**. O ponto omissis da decisão sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>. Acesso em: 20 de jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 05 out. 2016, pub. em 07 mar. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 19 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, julg. em 07 nov. 2019, pub. em 12 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 19 jun. 2022.

_____. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 11**. Enunciado: A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada por outros meios a miserabilidade do postulante. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11&PHPSSES-SID=uimkn453vt3rnrj03odsbppea4>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25a. ed., atualizada. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recurso Extraordinário: Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JANCZESKI, Célio Armando. **O controle de constitucionalidade das leis municipais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

- FREITAS JÚNIOR, Horival Marques de Freitas. **Repercussão geral das questões constitucionais**. 2014. Mestrado em Direito Processual – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-082405/>. Acesso em: 26 jun. 2022.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1990.
- MILL, John Stuart. **On liberty**. New York, N.Y.: Cambridge University Press, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139149785>. Acesso em: 19 jun. 2022.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 1, p. 135, 30 abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/56004>. Acesso em: 11 jul. 2022. p. 155.
- OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Judicialização da Política, Auto-restrição judicial e a Defesa da Constituição: algumas lições de Carl Schmitt em Der Hüter der Verfassung. **DoisPontos**, v. 17, n. 2, 15 dez. 2020. DOI 10.5380/dp.v17i2.74191. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/74191>. Acesso em: 21 abr. 2022.
- PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. 2007. 258 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/publico/PAIXAO_Funcao_Politica_do_STF.pdf. Acesso em: 18 jun. 2022.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**. São Paulo: novembro: v. 24, n. 75, 2004.
- SERPA, Talita; CARMONA, Erika Leticia. Watchmen em português: quem vigia os tradutores? **Revista do GEL**, v. 18, n. 2, p. 186–212, 6 ago. 2021. DOI 10.21165/gel.v18i2.2852. Disponível em: <https://revistas.gel.org.br/rg/article/view/2852>. Acesso em: 7 jul. 2022.
- SILVA, De Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, José Afonso. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3rd ed. New York, N.Y: Foundation Press, 2000. v. One.
- TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA. The Supreme Court. **Plessy v. Ferguson**, 163 US 537 (1896). Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/163/537.html>. Acesso em: 19 jun. 2022.

_____. Plessy v. Ferguson (1896). 14 set. 2021. **National Archives**. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson>. Acesso em: 19 jun. 2022.

_____. The Supreme Court. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization**, 597 US (2022). Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em: 11 jul. 2022.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

_____. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal** 115:1346, 2006.

_____. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.