



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

CYNTHIA DE SOUSA ANDRADE

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: UMA
ANÁLISE DE SEU DECLÍNIO NO DIREITO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM OS
PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

FORTALEZA - CEARÁ
2010

CYNTHIA DE SOUSA ANDRADE

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: UMA
ANÁLISE DE SEU DECLÍNIO NO DIREITO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM OS
PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo e metodológica do Professor Francisco de Araújo Macedo Filho.

FORTALEZA – CEARÁ

2010

Andrade, Cynthia de Sousa.

Controle de constitucionalidade difuso: uma análise de seu declínio no Direito Constitucional brasileiro e sua relação com os poderes do Supremo Tribunal Federal. – Fortaleza, 2010.

Monografia (Bacharelado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito

CYNTHIA DE SOUSA ANDRADE

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: UMA ANÁLISE DE SEU DECLÍNIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM OS PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir a exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito, em conformidade com os atos normativos do MEC e pelo Regulamento da Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC.

Apresentada 18/06/2010

Francisco de Araújo Macedo Filho

Professor Orientador da Universidade Federal do Ceará

Fernanda Claudia Araújo da Silva

Professora da Universidade Federal do Ceará

Rafael Sampaio Rocha

Professor da Universidade Federal do Ceará

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre me incentivaram e investiram na minha formação humana e intelectual; ao meu bem, pelo carinho e paciência, sempre me escutando mesmo sem ter idéia sobre o que eu estava falando; aos meus irmãos, por entenderem meu necessário monopólio sobre o computador; ao Escritório Cândido Albuquerque, onde dei meus primeiros passos jurídicos e onde tive grande aprendizado, em especial ao Dr. Paulo de Tarso Viera Ramos, jurista brilhante e pessoa admirável, ao Dr. Humberto Cunha, pela grande ajuda com as referências e na escolha do tema; e aos verdadeiros e grandes amigos que fiz na Salamanca, pela ajuda e companheirismo nesses anos de faculdade.

Enfim, a todos aqueles que de alguma forma me ajudaram na elaboração deste trabalho e em minha vida acadêmica.

“[...] dentro da relatividade do mundo, a impossibilidade do ideal não legitima a perversão do real”.

EUGÊNIO FAFFARONI

RESUMO

Analisa o processo de decadência do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, assentado no fortalecimento do controle concentrado, traçando um paralelo com os modelos alienígenas originários. Observa a ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal, órgão detentor da competência do controle concentrado, bem como demonstra a politização do Pretório Excelso ocasionado por influências externas, principalmente do Chefe do Executivo federal, através do estudo de casos concretos. Verifica, ainda, o problema da quantidade de processos no Judiciário brasileiro. Ao final, tenta trazer uma solução para minimizar os efeitos das influências externas sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, decadência, Supremo Tribunal Federal, politização.

ABSTRACT

Analyzes the decay of the diffuse control of constitutionality in the Brazilian legal system, sitting in the strengthening of concentrated control, drawing a parallel with the alien models originate. Notes the extension of the powers of the Supreme Court, a body holding the responsibility of concentrated control, and demonstrates the politicization of Praetorium Exalted caused by external influences, especially the Chief Federal Executive through the study of concrete cases. There also the problem of the numbers os process in Brazilian courts. In the end, tries to bring a solution to minimize the effects of external influences on the decisions of the Supreme Court.

Key words: Control of constitucionality, decay, Supreme Court, politicization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. GÊNESE, CONCEITO E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	12
1.1 Princípio da Supremacia da Constituição	15
1.1.1 Supremacia Formal e Material.....	17
1.1.2 Princípio da Supremacia da Constituição como Corolário.....	18
1.2 Bloco de Constitucionalidade	18
2. MODELOS DE CONSTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	22
2.1 Sistema norte-americano	22
2.2 Sistema europeu continental	29
2.3 Sistema francês	36
3. EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	40
3.1 Constituição de 1824	40
3.2 Constituição de 1891	42
3.3 Constituição de 1934	44
3.4 Constituição de 1937	47
3.5 Constituição de 1946	49
3.6 Constituição de 1967	52

3.7 Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967	53
3.8 Constituição Federal de 1988	55
4. A DECADÊNCIA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	61
4.1 a decadência do controle de constitucionalidade difuso no ordenamento jurídico brasileiro	61
4.2 Da politização do Supremo Tribunal Federal	69
4.3 Do problema da enorme quantidade de processos no Judiciário	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

O controle difuso de constitucionalidade foi o primeiro método de verificação de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição implantado em nosso ordenamento jurídico. Contudo, paulatinamente, introduziu-se o controle concentrado, fazendo com que o controle difuso perdesse expressivo espaço de atuação.

Alguns juristas defendem que o fortalecimento do controle de concentrado constitucionalidade foi uma maneira encontrada pelos tribunais pátrios e pelos legisladores de evitar um grande número de demandas, abarrotando o Judiciário brasileiro com processos praticamente idênticos que buscam a declaração de inconstitucionalidade de leis, e o risco de decisões conflitantes, já que esse modelo não confere às decisões efeito *erga omnes* e vinculante.

Neste trabalho, busca-se analisar a desvalorização do controle de constitucionalidade difuso, as mudanças que levaram a esse enfraquecimento, bem como suas reais causas e conseqüências, estando dentre elas a ampliação da competência e dos poderes do STF em detrimento das instâncias jurídicas inferiores, da efetividade de nosso Estado Democrático de Direito e do exercício da cidadania.

Foi dado enfoque, ainda, à politização do Supremo Tribunal Federal através das influências externas do Executivo federal, principalmente do Presidente da República, como se pode observar quando da análise de casos apreciados pelo Pretório Excelso, o que configura um dos maiores problemas da decadência do controle difuso.

A evolução do controle de constitucionalidade americano, inspiração de nossa fiscalização difusa, bem como do modelo europeu e francês, fez-se necessária para uma visão mais ampla e verdadeira do processo por que passa o constitucionalismo brasileiro.

1 GÊNESE, CONCEITO E FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A palavra constituição, que vem do latim *constituere*, significa, estabelecer definitivamente, construir, o modo pelo qual se constitui alguma coisa, sua organização. José Afonso da Silva, analisando o termo, assevera:

Todas essas acepções não analógicas. Exprimem, todas, a idéia de modo de ser de alguma coisa e, por extensão, a de organização interna de seres e entidades. Nesse sentido é que se diz que todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado¹.

Na Antiguidade, principalmente em Atenas, havia o entendimento de que certas leis eram superiores às demais e aos órgãos e poderes por elas instituídos. Tais leis estabeleciam a estrutura da cidade-estado, a cidadania, etc., e eram garantidas por um precedente da ação direta de inconstitucionalidade, uma suposta criação do Direito moderno.

Posteriormente, na França, com a criação da doutrina das leis fundamentais do Reino, que defendia, além do mesmo entendimento supracitado existente na Antiguidade, a superioridade de normas jurídicas ditas fundamentais também sobre os monarcas e demais órgãos da organização política, sendo os atos contrários a essas normas sem valor.

Emer de Vattel, filósofo e jurista suíço, em 1758, defendeu que a constituição é a norma fundamental que estabelece o modo que será exercido o poder político do Estado².

Faz-se necessário explanar um pouco sobre a idéia do contrato social, que se desenvolveu a partir do século XVI e criou força no século XVII e XVIII, para que se chegue ao entendimento de constituição como lei suprema.

A idéia comum dos diferentes ramos dessa doutrina é a de que a sociedade surge de um contrato entre os homens, um acordo implícito, através do

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 37.

² MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: *Rechtsstaat* como referência semântica na memória de Weimar. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2007.

qual todos os homens colocaram todos os seus direitos ao dispor da vontade geral, para obter a paz. Segundo Rousseau, um dos principais defensores dessa teoria, cada pessoa está sob o comando dessa vontade geral. Então, o contrato social estrutura a sociedade e cria o governo, que só seria legítimo se fruto da vontade geral, do governo democrático.

Essa doutrina foi utilizada para criticar a estrutura política francesa e europeia do século XVII, sustentando a necessidade de refazer o pacto social, substituindo as instituições existentes por outras que fossem adequadas ao direito natural dos indivíduos, que permitissem a participação da vontade geral no governo. Essa renovação do contrato social ocorreria através da Constituição escrita, que possibilitaria um governo legítimo, em que prevalece a vontade geral.

Aproximando-se ainda mais à ideia de Constituição que temos hoje, surge a doutrina do Poder Constituinte, criada por Emmanuel Joseph Sieyès, ou Abade Sieyès. Segundo ele, todo Estado tem uma Constituição (reprodução do contrato social), que é obra de um poder anterior a esta, o Poder Constituinte, que institui os demais Poderes, os Poderes Constituídos. Continuando, afirma que qualquer manifestação dos Poderes Constituídos só é válida se se harmonizar com o estabelecido pelo Poder Constituinte na Constituição e, para garantir a superioridade desta norma, Sieyès defendeu a criação de um tribunal incumbido de anular os atos contrários à Constituição³.

Assim, Sieyès foi um dos precursores do controle de constitucionalidade concentrado, que será adiante melhor abordado, e do princípio da supremacia da Constituição.

Na tentativa de conceituar Constituição, os autores divergem, sendo o termo definido em vários sentidos. Ferdinand Lassale, valendo-se do sentido sociológico, afirmou que Constituição seria a reunião dos fatores reais de poder de uma sociedade e que só seria legítima se demonstrasse o efetivo poder social, as forças que constituem o poder.

Já no sentido político, segundo os ensinamentos de Carl Schmitt, Constituição seria, como lei fundamental, a organização dos elementos fundamentais do Estado, diferenciando, ao final, Constituição de leis constitucionais,

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 15.

que são os demais dispositivos que compreendem o texto constitucional, mas que não contêm matéria de decisão política fundamental.

Constituição também pode ser conceituada do ponto de vista formal ou material, sendo que, para este, o que importa é o conteúdo da norma, sendo conceituada como Constituição aquelas normas que tratam de regras estruturais da sociedade, dos direitos e garantias fundamentais do homem, etc. Já no sentido formal, Constituição seria, de acordo com o critério de Carl Schmitt supracitado, as leis constitucionais, não interessando o conteúdo da norma, mas a forma como foi criada, sendo aquelas introduzidas por um processo legislativo mais dificultoso do que o processo de formação das demais normas.

Hans Kelsen ainda apresentou o conceito de acordo com o sentido jurídico, sendo a norma positiva suprema, que serve de fundamento para as demais normas. Por último, no sentido culturalista, pode ser entendida como produto de um fato cultural, sendo produzida pela sociedade e influenciando esta.

A Constituição, como ordem jurídica fundamental, possui a função de garantir a situação política e social existente, bem como de programar o futuro, o que ainda deve ser alcançado.

Analisando as funções da Constituição, podem-se criar dois grupos: função estritamente jurídica e a função político-jurídica. A primeira relaciona-se com a idéia de lei fundamental que estrutura e organiza o Estado, ou seja, a norma que tem o objetivo de dar fundamento á ordem jurídica que se constrói a partir dela e com ela.

Quanto à função político-jurídica, Canotilho a subdivide em cinco funções básicas: revelação normativa do consenso fundamental; legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional; garantia e proteção dos direitos inerentes ao indivíduo; ordem e ordenação do sistema jurídico do Estado, e a organização do poder político⁴.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1438.

1.1 Princípio da Supremacia da Constituição

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a supremacia da Constituição é uma consequência do caráter inicial do Poder Constituinte. Ora, se através da manifestação desse Poder é instaurado um Estado juridicamente novo, sendo a Constituição o ato inicial, nada mais lógico que a base de todo o ordenamento jurídico positivo por vir e das normas anteriores que se mantiveram seja a Constituição, isto é, que esta seja suprema, superior em relação às demais normas, posto que é seu fundamento.

Assim, o princípio da supremacia da Constituição, apesar de já existente na Antiguidade, como anteriormente explanado, já que aquela época já se concebia a existência de normas superiores às demais, ganhou força com a teoria do Poder Constituinte de Sieyès, expressa na obra “Que é o Terceiro Estado?”, que demonstrou claramente o caráter inicial do Poder Constituinte originário e a consequente supremacia constitucional, afirmando que qualquer manifestação dos poderes criados pela Constituição deve ser de acordo com esta, que é sempre superior àqueles.

Sieyès pregou a superioridade da lei constitucional e a invalidade dos atos legislativos contrários à Constituição poucos anos antes do julgado *Marbury versus Madison*, onde foi desenvolvida a mesma teoria.

No referido julgado, que ocorreu em 1803, a Corte Suprema americana, pela primeira vez, teria de analisar se deveria prevalecer a lei ou a Constituição de 1787. O Juiz John Marshall, com clareza, aplicando a teoria de Sieyès, assim determinou:

A questão se um ato contrário à Constituição pode tornar-se a lei da terra é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas, felizmente, não de uma dificuldade proporcional a seu interesse. **Parece apenas necessário reconhecer alguns princípios que se supõe estarem de há muito estabelecido para decidi-la. Que o povo tem o direito originário de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios que, segundo sua opinião, devem conduzir a busca de sua própria felicidade, é a base sobre a qual toda instituição americana foi erigida. O**

exercício desse direito é de uma grande importância. Nem, e por isso, pode ele ser freqüentemente repetido⁵. (grifo nosso)

Abaixo, Marshall afirma que a vontade geral, que estabelece o Poder Constituinte - que é ilimitado, pois inicial - para se chegar à paz, ao Estado ideal, pode criar e estabelecer certos limites aos institutos por ela criados, entre eles, o Poder Legislativo. Afirma, assim, que é clara a proibição da Constituição da existência de atos opostos a esta, posto que, do contrário, não seria razoável que a Constituição estabelecesse limites que poderiam ser facilmente ultrapassados por leis ordinárias:

Esta vontade suprema e original organiza o governo e atribui a diferentes departamento os respectivos poderes. Ela pode parar aqui ou estabelecer certos limites que não possam ser ultrapassados por esses departamentos. O Governo dos Estados Unidos coincide com a última hipótese. **Os poderes do Legislativo são definidos e limitados, e esses limites não podem ser esquecidos e ignorados, porque a Constituição é escrita. Para qual propósito esses poderes são limitados e para qual propósito essa limitação é traduzida por escrito, se esses limites podem a qualquer momento ser ultrapassados por aqueles que eles pretendem restringir?** A distinção entre um governo com poderes limitados ou ilimitados seria abolida se tais limites não puderem ser impostos às pessoas às quais eles se dirigem, se atos proibidos e atos permitidos estão em pé de igualdade. **É uma proposição suficientemente clara que a Constituição veda qualquer ato legislativo contrário a ela, assim como o Legislativo não pode alterar a Constituição por uma lei ordinária**⁶. (grifo nosso)

Ao final, conclui pela hipótese de superioridade da Constituição sobre as demais leis, não podendo ser modificada através de uma manifestação ordinária do Poder Legislativo:

Entre estas alternativas não há escapatória – ou a Constituição é a lei superior, fundamental, que não pode ser modificada por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como outros atos, outras leis, é alterável quando o Legislativo entender conveniente. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então, um ato legislativo, uma lei contrária à Constituição não é lei. Se a segunda parte é verdadeira, então, as Constituições escritas são tentativas absurdas da parte do povo

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 75.

⁶ *Ibidem*, p. 76.

de limitar o poder, por sua própria natureza ilimitável. Certamente, todos aqueles que elaboram Constituição escrita, as encaram como formando a li fundamental da nação. **E, conseqüentemente, a teoria deste Governo deve ser que um ato do Legislativo contrário á Constituição é nulo e de nenhum efeito. Esta teoria é essencialmente ligada à Constituição escrita e é, conseqüentemente, para ser considerada por esta Corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade**⁷. (grifo nosso)

A doutrina majoritária entende o princípio da supremacia da Constituição como decorrência da rigidez desta, ou seja, da maior dificuldade para sua modificação em comparação com as leis ordinárias.

1.1.1 Supremacia Material e Formal

Diferencia-se a supremacia material da formal, estando a primeira presente até nas constituições consuetudinárias e flexíveis. Contudo, juridicamente, apenas a formal, que se apóia na rigidez constitucional, é concebível.

Assim, afirma-se que somente no caso de constituição rígida é que se pode falar em supremacia formal da constituição e de controle de constitucionalidade, já que, devido à ausência de processo diferenciado na elaboração de norma constitucional flexível, a criação de norma infraconstitucional contrária à Constituição levaria a uma situação de revogação, não de inconstitucionalidade.

E mais ainda, só há rigidez constitucional se houver controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, pois, por mais que uma constituição se pretenda rígida, se não houver esse controle, a atuação do Poder Legislativo será, na prática, ilimitado, posto que, através da criação de normas ordinárias contrárias à constituição, esta será modificada, já que não há nenhum instituto que a proteja.

⁷ *Ibidem.*

Resumindo, só há controle constitucional se a constituição for rígida, e só há rigidez constitucional se houver uma fiscalização da compatibilidade constitucional das normas infraconstitucionais.

De qualquer forma, a supremacia constitucional passa a idéia de fundamento normativo, estando todas as normas infraconstitucionais baseadas na Constituição, que tem uma superioridade hierárquica sobre as demais normas, uma pretensão de permanência, de emanar a vontade geral e primordial de um povo de um determinado Estado.

1.1.2 Princípio da Supremacia da Constituição como Corolário

Do princípio da supremacia da Constituição decorrem outros princípios: princípio da unidade, segundo o qual as normas inferiores devem se adequar às superiores; princípio da constitucionalidade, que determina a verificação da harmonia entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais, e o princípio da razoabilidade, que assevera a instrumentalidade das normas infraconstitucionais para alcançar os fins estabelecidos na constituição, as normas hierarquicamente inferiores a esta devem ser meios adequados, razoáveis, para se atingir o objetivo da Constituição.

1.2 Bloco de Constitucionalidade

Antes de adentrar no tema central deste trabalho, é necessário tecer comentários sobre bloco de constitucionalidade, pois é de extrema importância especificar quais são as normas que podem ser consideradas paradigmas no controle de constitucionalidade, ou seja, o que pode ser considerado como parâmetro de constitucionalidade. Será que apenas as normas expressas no texto constitucional positivado?

Como será adiante demonstrado, há dois elementos essenciais à fiscalização da constitucionalidade: elemento temporal e elemento conceitual. Este último consiste na determinação do que é constituição, do que pode ser considerado como norma modelo de constitucionalidade.

Duas são as teorias sobre o que constitui o elemento conceitual: a ampliativa, que além das normas e princípios expressos na constituição escrita, entende que princípios não positivados também fazem parte do elemento conceitual, e a restritiva, que aceita apenas as normas presentes no texto constitucional como parâmetro.

Ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 595/ES, o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello expressa a possibilidade de ser usado como paradigma constitucional normas não positivadas, que possuem relevância, adentram no direito natural e na própria vontade geral criadora da Constituição:

No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), **cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva**, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. **Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual**_(RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657). É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) - , em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas

conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elasticendo-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política⁸. (grifos nossos)

No Supremo Tribunal Federal, é tímida a tendência ampliativa do conceito de bloco de constitucionalidade, já que o STF tem entendimento amplamente majoritário acerca da adoção do conceito formal de constituição e, conseqüentemente, da teoria restritiva de bloco de constitucionalidade.

Através da adoção da teoria ampliativa, o instituto do controle de constitucionalidade não se limitaria a defender uma legislação de hierarquia formalmente superior, seria estendido para alcançar a defesa de valores jurídicos fundamentais, que servem de fundação, inclusive, para os textos constitucionais.

Pode-se verificar que existe uma relação íntima entre a teoria restritiva de bloco de constitucionalidade e os positivistas, e entre a teoria ampliativa e os jusnaturalistas, que defendem a idéia de um direito inscrito na consciência, na essência humana, não sendo direito apenas o que esta positivado, escrito.

Esse direito natural é composto por normas gerais, que não descem a minúcias, é anterior e fundamenta o direito positivado, até mesmo a Constituição, e tem ligação direta com os princípios basilares da liberdade, dignidade humana, democracia, etc.

Apesar de os defensores do direito natural terem tido sua idéia rechaçada pelos positivistas, atualmente, renasce a idéia de um direito superior ao positivo, através do direito achado na rua, defendido pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos, e do direito “pressuposto”, do Ministro Eros Roberto Grau.

Otto Bachof, sobre a possibilidade de se utilizar normas não positivadas como parâmetro, afirmou que “numa decisão (Beschluss) do VHG de Württemberg-Baden em 13-11-1951 presente-se, pelo contrário, o aparecimento, ainda que em

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 595-ES. Relator: Ministro Celso de Mello. 18 de fevereiro de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, nº 37, 26 de fevereiro de 2002.

termos muito cautelosos, de um conceito de Constituição alargado pela inclusão do direito suprapositivo”⁹.

Afirma, ainda, que o próprio Tribunal Constitucional da Baviera, de modo mais claro que o Tribunal Administrativo na decisão supracitada, incluiu o direito natural, supralegal, como parte da Constituição e de possível paradigma de controle de constitucionalidade.

Confirma-se, então, a existência de um direito anterior à Constituição, com princípios e regras elementares que, mesmo não expresso nela, a compõe, já que é seu fundamento, limitando o legislador constitucional.

Assim, seguindo uma tendência ainda tímida do Supremo Tribunal Federal, apesar de atraente e da força que possui entre nossos doutrinadores, acreditamos que o elemento conceitual, o paradigma constitucional, não deve se limitar ao texto da Constituição, pelo contrário, as normas infraconstitucionais devem ter sua constitucionalidade avaliada diante, também, de normas supralegais e infraconstitucionais que compõem a Constituição em sentido material.

Esse entendimento levou o referido autor a questionar inclusive as normas constitucionais, frutos do ato do Poder Constituinte, em face das normas suprapositivas, elementares, que obrigariam ao próprio legislador constitucional, tendo em sua obra afirmado da possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais quando aquelas são utilizadas como parâmetro.

⁹ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**; tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Edições Almedina, p. 22.

2 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de analisar a evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, é de salutar importância examinar as características dos principais sistemas de fiscalização de constitucionalidade existentes para se ter uma visão mais ampla do tema.

Acredita-se que a comparação da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil com a evolução em países que nos inspiraram e continuam nos inspirando permite uma análise crítica mais realista do nosso atual sistema jurídico.

2.1 Sistema norte-americano

Preliminarmente, deve-se esclarecer que o sistema jurídico norte-americano é baseado nos costumes e nos precedentes judiciais, não se utilizando de uma longa codificação das leis, como ocorre na maioria dos países da Europa e no Brasil. O controle de constitucionalidade estadunidense apresenta como característica principal a atribuição da competência de fiscalização da constitucionalidade das leis ordinárias a todos os juízes comuns.

São da Inglaterra seus antecedentes, podendo ser citado o caso do Dr. Bonham, julgado por Sir Edwar Coke, que reconheceu, em 1610, a competência dos juízes para sustar a aplicabilidade de normas contrárias ao Common Law e à razão comum.

Após a independência dos Estados Unidos, o clima continuou propício para o controle de constitucionalidade difuso, já que, antes mesmo da implantação da federação, os tribunais estaduais declaravam nulas normas contrárias às Constituições estaduais e, após a adoção da federação, a Constituição Federal permaneceu silente com relação ao método de controle a ser aplicado, o que possibilitou a permanência do modelo já adotado, qual seja: o jurisdicional difuso.

O sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade é, regra geral, o praticado quando não há previsão normativa para a efetivação do controle, como ocorreu nos Estados Unidos. Isso acontece por ser da essência do Judiciário o poder para a aplicação do direito, o que implica no de não aplicar as normas jurídicas, quando não compatíveis com a Constituição.

A fiscalização difusa de constitucionalidade foi sedimentada no julgamento de John Marshall ao caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, onde foram definidos, inclusive, os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade: anulação dos atos desde o seu nascimento, ou seja, *ex tunc*.

Há, ainda, o fator sociológico, tendo sido a colônia norte-americana insculpida por pessoas com concepções já formadas quanto ao seu desejo de um governo constituído pelos colonos e para os próprios colonos, através de governantes escolhidos pela comunidade, exaltando a democracia e repudiando um governo com poderes excessivos. Nas palavras de Marcello Godinho e Fernanda Duarte “essa desconfiança para com os excessivos poderes do Estado fez com que fossem elaboradas instituições de governo que permitissem a vigilância e o controle mútuos entre as diversas esferas do poder político”¹⁰.

Assim, percebe-se a existência de um terreno fértil para a implantação do controle difuso de constitucionalidade pela sociedade norte-americana, pois referido sistema de controle, diferentemente do concentrado, não atribui amplos poderes a um único ente, a Suprema Corte.

Sucintamente, as características do controle de constitucionalidade norte-americano são: difuso, pois qualquer juiz ou tribunal tem competência para apreciar a alegação de inconstitucionalidade de lei; concreto, posto que a incompatibilidade da norma com a Constituição é apresentada paralelamente à discussão de um caso concreto, não sendo a norma verificada em abstrato; incidental, já que a inconstitucionalidade da lei é uma prejudicial de mérito; *a posteriori*, pois a verificação ocorre após a incidência da norma inconstitucional; e *ex tunc*, pois a declaração de inconstitucionalidade, regra geral, retroage.

¹⁰ GODINHO, Marcello; DUARTE, Fernanda. **Notas sobre a Suprema Corte norte-americana**. Disponível em <http://www.ajuferjes.org.br/PDF/010artigo_02.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2010.

Ressalte-se que esse método de controle não possui efeito *erga omnes* originalmente, mas como decorrência do princípio do *stare decisis*, que faz com que o julgado de qualquer juiz ou tribunal seja aplicado em outros casos.

Stare decisis é o princípio que, tendo surgido junto com a Common Law, determina aos julgadores o dever de ter a mesma decisão em casos semelhantes, fazendo com que os juízes estejam diretamente ligados às decisões precedentes. Assim, o princípio em comento tem o escopo de atribuir efeito vinculante às decisões do Poder Judiciário.

Com relação ao efeito *ex tunc* como característica do método de fiscalização ora em análise, este sofreu um forte abalo e vêm sendo mitigado em alguns casos em que o juiz, na própria decisão que declara a inconstitucionalidade, determine que esta tenha efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

Essa tendência de mitigação dos efeitos *ex tunc*, que recebe o nome de teoria da modulação dos efeitos, também vem sendo aplicada no Brasil, tendo sido prevista no Art. 27, Lei nº 9.868/99, de 10 de novembro de 1999.

Como o controle de constitucionalidade é atribuição de todos os magistrados e a legitimidade ativa de qualquer litigante, não há que se falar em uma jurisdição constitucional especializada, sendo a Suprema Corte americana o tribunal que se encontra no ápice da pirâmide jurídica e cujas decisões possuem efeito vinculante por força do *stare decisis*.

O acesso à jurisdição da Suprema Corte se dá através de algum recurso ou de causas que sejam de sua competência originária, sendo aquele extremamente difícil para o cidadão comum, pois há vários óbices procedimentais, como a exigência de uma controvérsia real, a necessidade de provimento jurisdicional, isto é, a eficácia deste, o impedimento do julgamento prematuro ou abstrato, entre outros.

O Tribunal em exame é composto por nove juízes (*justices*) indicados pelo Presidente, com aprovação posterior do Senado. Não há divisão em Câmaras ou Salas, sendo suas decisões tomadas pelo Plenário, sempre. José Guilherme Berman Corrêa Pinto afirma que, segundo Michel Rosenfeld, “a jurisdição constitucional estadunidense, paradoxalmente, possui uma atuação mais política –

e, portanto, mais sujeita a críticas – do que a jurisdição européia”¹¹. Tal conclusão é retirada a partir do modo de escolha de seus membros e do impacto de suas decisões.

Lawrence Baum também acredita que esse tribunal é um órgão político, enfatizando, inclusive, a anterior participação ativa na política de seus membros, bem como a freqüente disputa política existente em torno da nomeação dos *justices*, ou seja, no modo de escolha destes. No entanto, diferentemente de Michel Rosenfeld, Baum acredita que o prévio envolvimento político-partidário dos membros da Suprema Corte “é uma valiosa preparação para a Corte, particularmente na medida em que oferece ampla compreensão das questões de políticas em que as decisões da Corte tocam”¹².

Como se verá mais adiante, essa intensa atividade política antes, durante e depois, no que tange à nomeação dos membros da Corte, tem influência sobre a tomada de decisões desse tribunal, o que pode sim ser criticado, já que a preparação para a Corte pode ser feita de outra maneira, como através do exercício da magistratura, não sendo a vida política ativa necessária a compreensão dos efeitos na sociedade das decisões.

A Constituição americana não exigiu nenhuma qualificação para a investidura na Suprema Corte, mas a prática instituiu algumas, como a idade dos magistrados e conhecimentos jurídicos. Mas não são esses os únicos requisitos, segundo Godinho e Fernanda Duarte, as ideologias políticas e a relação dos magistrados com determinados partidos políticos são fatores determinantes para a sua investidura, o que confirma a crítica supracitada de Michel Rosenfeld:

De forma sistematizada, levando-se em conta a complexidade do processo, pode-se dizer que os presidentes fazem as escolhas considerando uma série de variáveis. “Essas considerações podem ser colocadas em quatro categorias gerais: critérios ‘objetivos’ de competência e ética, preferências políticas, recompensa a associados políticos e pessoais e a busca de futuro apoio políticos” (BAUM, 1987:64). Por sua vez, o Senado as avalia, confirmando ou rejeitando a nomeação. “Em geral, contudo, quando o Senado e a presidência são controlados pelos mesmo partido político, as rejeições se colocam como raras exceções, excluindo-se daí óbvia ausência

¹¹ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado**. Disponível em <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Pinto_n30.pdf>. Consulta em: 22 de março de 2010.

¹² BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1985, p. 98.

de qualificação ou um passado pessoal ou político de máculas” (HALL, 1982:597).

*Percebe-se assim que o processo de escolha é eminentemente político, marcado por disputas entre as grandes forças político-partidárias dominantes na democracia norte-americana, mas com a supremacia do Executivo*¹³.

Baum, tratando do processo de escolha dos membros da Corte e da troca de favores, transcreve interessante trecho da obra *Witness to Power*, de John Ehrlichman, então assessor do ex-Presidente Nixon, que relata que o interesse de Warren Burger em ser membro da Suprema Corte americana era tão grande que este teria aceito quase qualquer coisa proposta por Nixon para assumir o cargo, tendo chegado a prometer que se aposentaria antes mesmo do fim do mandato presidencial de Nixon para que ele pudesse nomear outro presidente para a Corte¹⁴.

Não se pode pôr de lado a forma de escolha do presidente da Suprema Corte americana (*chief justice*), cargo vitalício, assim como o de *justice*. Se escolhido um dos juizes da Corte como *chief justice*, haverá indicação pelo Presidente dos Estados Unidos sem a necessidade do crivo do Senado. Há, ainda, a opção de se indicar uma nova pessoa. Nesse caso, a indicação deverá ser aprovada pelo Senado por maioria simples.

Diante do exposto, conclui-se facilmente que o critério político de escolha dos membros da Suprema Corte norte-americana resulta em decisões que se afastam da técnica jurídica e se aproximam de um caráter político e que, de forma perigosa, fortalece o Executivo. Tal conclusão pode ser estatisticamente confirmada, já que 90% dos nomeados para a Corte haviam sido membros do mesmo partido do Presidente da República¹⁵.

Ao tomar suas decisões a Corte Constitucional americana é influenciada por diversos fatores, dentre eles esta a tentativa de manter boas relações com o Congresso e o Presidente dos Estados Unidos. Essa tentativa de relação cordial da Corte com o Legislativo surge do poder que este tem de controlar a estrutura, os poderes e os valores dos subsídios de seus membros, já que o Congresso pode

¹³ GODINHO, Marcello; DUARTE, Fernanda. **Notas sobre a Suprema Corte americana**. Disponível em <http://www.ajufferjes.org.br/PDF/010artigo_02.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2010.

¹⁴ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1985, p. 62.

¹⁵ *Ibidem*, p. 71.

congelar os vencimentos dos *justices* durante época de inflação para demonstrar sua insatisfação com as decisões prolatadas.

Quanto à relação de influência entre o Presidente norte-americano e a Suprema Corte, ela pode ser fruto das relações pessoais existentes entre aquele e os *justices*. Não se pode fechar os olhos para possíveis apoios, mesmo que sutis, que podem surgir dessa relação.

Há, ainda, a influência gerada pelo poder de nomeação do Presidente, que é considerada por alguns doutrinadores como a influência externa mais potente.

Ora, a própria decisão que fundamentou o controle judicial difuso de constitucionalidade teve caráter eminentemente político. Trata-se da sentença já citada de Jhon Marshall, que tinha interesse direto na solução do caso. Explica-se. Adam, presidente dos Estados Unidos, membro do partido federalista, que fora derrotado nas eleições por Thomas Jefferson e seus partidários, antes de deixar seu cargo, nomeou seus correligionários para diversos cargos, dentre eles Marshall, que era seu secretário de estado, foi nomeado presidente da Suprema Corte. Ainda como secretário de estado, Adams o incumbiu de distribuir os títulos de nomeação, já assinados por ele, para todos os que haviam sido indicados a algum cargo no final de seu mandato presidencial. Contudo, alguns não foram entregues, como o que nomeava William Marbury como Juiz de Paz. Ao tomar posse, Jefferson determinou que seu novo secretário de estado, James Madison, não entregasse o título de comissão para Marbury, o que, segundo aquele, tornaria a nomeação incompleta. Marbury impetrou um *mandamus*. Para tornar ainda mais difícil a decisão de Marshall, o Executivo manifestou-se declarando que, caso a sentença fosse favorável a Marbury, não cumpriria a determinação judicial, o que causaria uma crise entre os poderes. Marshall, que assim como o requerente, fora nomeado pelo presidente anterior, decidiu, com relação ao mérito, pela procedência do pedido de Marbury, mas, preliminarmente, julgou inconstitucional a lei que autorizava que a impetração do *mandamus* diretamente na Suprema Corte. Assim, evitou que a decisão fosse descumprida pelo Executivo já que entendeu ser incompetente.

Faz-se essencial transcrever as lúcidas palavras de José Luiz Quadro de Magalhães:

Como se vê o caso envolve situação de apadrinhamento político e esperteza do juiz que reconheceu o direito mas se julgou incompetente para exigir seu cumprimento evitando conflito com o executivo. Esta aí fundamentado o controle judicial difuso de constitucionalidade, mecanismo que se tornou importante para a democracia e para a afirmação do estado democrático de direito hoje adotado no Brasil. Sua origem entretanto não nasce de altas indagações teóricas, mas de um conflito entre grupos políticos pelo poder¹⁶.

Carlos Augusto da Silva, adotando a classificação de Edward Corwin, dividiu o controle de constitucionalidade estadunidense em quatro fases:

[...] de 1801 a 1835, sob a influência de Marshall, observa-se uma competência judicial politicamente neutra, calcada no controle jurisdicional do federalismo e da constitucionalidade das leis. Numa segunda etapa, de 1836 a 1894, importantes teorias constitucionais são formadas. Num terceiro momento, de 1895 a 1937, o controle é expandido, por meio das teorias antes encetadas, quando os juizes da Suprema Corte passam a controlar até emendas à Constituição, com fundamento em princípios superiores, datando dessa época a expressão governo dos juizes. Numa quarta fase, a partir de 1937, a tônica da defesa dos direitos – dos indivíduos ou dos Estados – muda para a defesa dos poderes do governo, de uma “Constituição de Direitos” passou-se a uma “Constituição de Poderes”¹⁷.

Resta claro o caráter político da Suprema Corte e de suas decisões, bem como a existência de uma relação de troca de favores entre esta, o Executivo e o Legislativo, o que impossibilita um real controle de constitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional norte-americano, já que suas decisões são inspiradas por critérios políticos, fazendo com que se ponha em dúvida as interpretações da Constituição e das demais leis dadas pelo órgão de cúpula do Judiciário americano, bem como que haja conflito entre as decisões da Suprema Corte e os demais membros do Poder Judiciário.

¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O controle de constitucionalidade e a reforma do Poder Judiciário: a necessidade de um novo Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4554> . Consulta em: 24 de março de 2010.

¹⁷ SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 99.

2.2 Sistema europeu continental

Na Europa, com as alterações políticas e sociais que ocorreram após a tomada de poder pelos burgueses e com o surgimento da idéia de que a lei era manifestação de uma vontade geral inquestionável, como afirmara Rousseau, anulou-se qualquer real tentativa de fiscalização de constitucionalidade das normas.

Os primeiros ensaios europeus de controle de constitucionalidade foram políticos, no século XVIII e XIX, pois, como acreditavam que a lei era uma expressão de vontade popular, somente aos representantes do povo caberia esse controle.

O sistema político de controle caracteriza-se pela atribuição da competência de fiscalização de constitucionalidade a um órgão distinto do Poder Judiciário ou a um especial distinto dos três Poderes.

O referido sistema é alvo de duras críticas por possibilitar a confusão entre controladores e controlados. Contudo, o sistema judicial, transforma o Poder Judiciário em um superpoder, já que a ele caberia interpretar, conclusivamente, a Constituição, comprometendo a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Segundo André Luiz Batista Neves, na França, em 1852, atribuiu-se ao Senado, órgão composto por membros indicados pelo Imperador, a fiscalização preventiva de constitucionalidade das leis, com o fito de limitar a tendência de submeter essa apreciação aos juízes ordinários, ou seja, de impedir a implantação do controle difuso¹⁸.

Na Alemanha e na Suíça, o controle de constitucionalidade também era político, mas nos demais países continentais europeus, não havia a fiscalização de constitucionalidade das leis, sendo, inclusive, na Constituição austro-húngara de 1867, proibida.

Na Europa do século XIX, a ausência de um efetivo controle de constitucionalidade permitiu a desvalorização e inefetividade da supremacia constitucional, tendo sido afirmado por Ferdinand Lassalle que uma constituição só

¹⁸ NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 44.

seria legítima se fruto da reunião dos poderes de uma sociedade, sendo a constituição jurídica uma simples folha de papel.

O sistema de controle de constitucionalidade europeu continental passou a ganhar contornos próprios a partir da Constituição da Áustria de 1º de outubro de 1920, chamada de *oktoberverfassung*, foi fruto da mescla da teoria de Hans Kelsen, um de seus constituintes, segundo a qual o ordenamento jurídico forma uma pirâmide escalonada em que a Constituição está em seu ápice; com a conjugação de uma forte concepção de separação dos poderes e com a desconfiança dos franceses, após a Revolução de 1789, contra o Poder Judiciário causada pelos excessos dos juízes no período pré-revolucionário, o que impedia a prática do controle difuso.

Essas condições levaram à concepção, na referida Constituição, de um controle concentrado em um Tribunal não integrante do Poder Judiciário e cuja verificação de constitucionalidade teria um caráter constitutivo, não declaratório, e efeitos *ex nunc*.

Eduardo García de Enterría, sobre os objetivos de Kelsen ao elaborar esse sistema de controle de constitucionalidade, assim assevera:

Não sem razão, García de Enterría afirma que mediante esse engenhoso sistema almejou Kelsen evitar a consagração expressa de um “governo de juízes”, especialmente perigoso em uma época na qual vicejavam no mundo germânico as posições como a da Escola livre do Direito, que pregavam a insubordinação dos magistrados à lei. Impossibilitando aos órgãos judicantes a verificação da constitucionalidade das normas, reforçou-se a primazia do Parlamento frente ao Judiciário ordinário. E até mesmo o Tribunal Constitucional encontrava-se limitado: ao vedar-lhe a apreciação de casos concretos, procurou-se-lhe negar a formulação de juízos de valor de conveniência e oportunidade, reservando-os ao legislador. Por isso mesmo, a Corte Constitucional não se converte em competidor do Poder Legislativo, mas sim em seu complemento lógico. O legislador ganha sua própria “justiça”, destinada a proteger da magistratura ordinária¹⁹.

Assim, os juízes não poderiam afastar a aplicação de uma lei ordinária alegando sua inconstitucionalidade, permanecendo esta obrigatória para todos até que fosse declarada sua incompatibilidade com a Constituição por um órgão criado especialmente para isso. Tal situação contribuiu para que a norma fundamental permanecesse sem um autêntico controle e relevância.

¹⁹ENTERRIA, Eduardo García de *Apud* NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 51.

Como a competência para a aferição da constitucionalidade das leis não cabia aos juízes ordinários, a Constituição austríaca de 1920 criou a Corte Constitucional, órgão que não compõe nenhum dos três Poderes, no qual se concentrou essa competência, que deveria ser exercida após a propositura de uma ação especial, inteiramente desvinculada de um caso concreto e em via principal, não em via incidental, como ocorre no modelo estadunidense.

Os Tribunais Constitucionais, segundo José de Albuquerque Rocha, são reconhecidos, geralmente, pela previsão constitucional de sua autonomia estatutária, organização administrativa e financeira, bem como a garantia de independência de seus membros, fazendo com que estes fiquem livres da influência dos demais Poderes; mandato de seus membros por tempo determinado e improrrogável; proibição de acumulação de outro emprego ou função de seus membros e tem como atribuição a defesa da ordem constitucional²⁰.

As características do modelo europeu de constitucionalidade podem ser assim elencadas: concentrado, já que a competência é atribuída a apenas um órgão; abstrato, pois a apreciação de constitucionalidade da lei não ocorre em paralelo a um caso concreto; político, já que o órgão apreciador da constitucionalidade não integra o Poder Judiciário; e efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* e *erga omnes*, ou seja, a pronuncia de inconstitucionalidade tem gera a inaplicabilidade geral da lei, como se tivesse sido revogada.

Comparando-se o sistema americano e europeu, podemos observar que este último é mais completo por possibilitar a aferição da constitucionalidade da lei abstratamente, pois podem existir algumas leis que não são passíveis de controle incidental por causa de seu conteúdo, como no caso de lei federal que viole a seara da competência constitucional de um Estado-membro. Ora, se não puder ou não surgir caso concreto que questione a constitucionalidade dessa lei, não poderá ser exercido o controle de constitucionalidade via incidental, ou seja, o controle americano.

Apesar de parecer mais simples adotar o modelo de controle de constitucionalidade anteriormente constituído pelos americanos, o que chegou a ser

²⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder judiciário**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p. 82.

testado por alguns países europeus, a necessidade da criação do modelo austríaco pode ser fundamentado na ausência do *stare decisis*.

A introdução nos sistemas da *civil law*, de derivação romanística, em que não existe o *stare decisis*, levaria a aplicação da lei em alguns casos, quando julgada compatível com a Constituição, e em outros não, quando declarada inconstitucional por algum juiz. Poderia até levar ao absurdo de um mesmo tribunal julgar uma lei constitucional e, posteriormente, inconstitucional, já que este não estaria vinculado aos seus precedentes.

A esse respeito, Mauro Cappelletti ilustra o exemplo italiano que, no período compreendido entre 1948 e 1956, sofria com o perigoso conflito entre os órgãos do judiciário e a incerteza jurídica, posto que os juízes de primeiro grau, normalmente mais jovens e menos ligados ao passado, declaravam a inconstitucionalidade de leis que os juízes de instâncias superiores julgavam constitucionais.²¹

Além do mais, a própria estrutura do judiciário europeu, usualmente formado inicialmente por jovens juízes de carreira, diferentemente da Corte Suprema, formada por magistrados em idade avançada que demonstram grande habilidade jurídica e hermenêutica, seria um problema para a implantação do sistema americano, já que a atividade de interpretação de norma constitucional e de sua devida aplicação não é que possa ser facilmente executada por jovens juízes de carreira.

Kildare Carvalho, interpretando os ensinamentos de Louis Favoreu, demonstrou sucintamente os motivos que levaram à derrocada do modelo americano na Europa:

O fracasso do “implante” do modelo estadunidense na Europa é explicado por Louis Favoreu: a) *a sacralização da lei*: há uma identificação do Direito com as leis do Parlamento; o reino do Direito é o reino da lei; o conceito de legalidade coincide com o de legitimidade; nos Estados Unidos a Constituição é sagrada, na Europa é a lei que é sagrada; b) *a incapacidade do juiz ordinário de exercer a justiça constitucional*, o que é apontado por Mauro Cappelletti: os juízes da Europa continental são em geral magistrados de carreira, pouco afeitos ao exercício de funções voltadas para o controle de constitucionalidade, que reclama criatividade e vai muito além das funções tradicionais de simples intérpretes e fiéis servidores das

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984, p.77.

leis; a interpretação da Constituição e de seu núcleo central, que são os direitos fundamentais, é normalmente bem diferente da interpretação das leis ordinárias, e não se coaduna com a tradicional fraqueza e tibieza do juiz de modelo continental; c) *a ausência de unidade da jurisdição*, pois o sistema de tipo estadunidense só funciona bem onde há unidade de jurisdição. Nos Estados Unidos e nos países com *common law* não há separação entre os contenciosos e a dimensão constitucional pode estar presente em todos os processos, sem necessitar de um tratamento à parte e sem risco de chegar a divergências de opinião sobre a constitucionalidade de textos fundamentais; a justiça constitucional não se divide: ora é difusa, mas no centro de um aparelho jurisdicional único, ora é concentrada nas mãos de uma jurisdição constitucional única d) *a insuficiente rigidez da Constituição* em alguns países europeus de entreguerras²².

Quanto aos legitimados à propositura da ação que requer a aferição de constitucionalidade das leis, a Constituição da Áustria de 1920 possibilitou a arguição da constitucionalidade apenas ao Governo Federal e ao Governo dos Länder. Em 1929, após uma revisão constitucional, o rol de legitimados foi ampliado com a introdução de dois órgãos judiciários, quais sejam: a Corte Suprema para as causas civis e penais, e a Corte Suprema para as causas administrativas, o que atenuou o grave defeito da excessiva limitação dos legitimados e implantou o controle concreto concentrado ao lado do abstrato concentrado já existente, pois tal revisão possibilitou que ambos os Tribunais pudessem suscitar a inconstitucionalidade, em um caso concreto sob exame, perante a Corte Constitucional, fazendo com que o processo em andamento em uma das Cortes Supremas fosse suspenso até a decisão da Corte Constitucional sobre a constitucionalidade da lei.

Na Alemanha, a primeira Constituição a abordar o controle de constitucionalidade das normas foi a de 1949, até então, adotava-se o método difuso. A fiscalização abstrata concentrada iniciou-se com a instalação do Tribunal Constitucional previsto na Constituição, o que ocorreu apenas em setembro de 1951.

Há, ainda, como no original modelo austríaco, a possibilidade de um tribunal, apreciando determinado caso, entender que uma dada lei, de cuja aplicação depende sua decisão, é inconstitucional, o que levará a suspensão do processo até

²² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 375.

a apreciação da questão da compatibilidade entre a norma e a Constituição pelo Tribunal Constitucional Federal.

É importante salientar que o controle abstrato, na Alemanha é pouco utilizado, pois, de 1951 até 2002, apenas 89 (oitenta e nove) ações diretas foram intentadas. Em contrapartida, no mesmo período, 988 (novecentos e oitenta e oito) ações pertencentes ao controle via incidental foram apreciadas. Dentre os motivos que levaram a esses números estão a falta de interesse do governo da apreciação de constitucionalidade de determinadas leis e o alto *quorum* de Deputados necessário para a manifestação do Tribunal Constitucional²³.

Quanto aos efeitos, as decisões do Tribunal Constitucional geram efeitos *erga omnes*, vinculante e *ex tunc*, respeitadas as decisões administrativas e judiciais para as quais não haja mais recurso.

Com relação à sua composição, o Tribunal Constitucional federal alemão tem dezesseis membros, que tiveram seus nomes incluídos em listas de magistrados federais elegíveis elaboradas pelo Ministério da Justiça, sendo oito eleitos pelo Parlamento Federal e oito pelo Conselho Federal, com mandato não renovável de doze anos.

Na Itália, o sistema concentrado abstrato foi previsto na Constituição de 1947. Como nos demais países acima citados, também há o controle concreto através de casos que são enviados à Corte Constitucional e as decisões possuem efeito *erga omnes* e são retroativas.

Comparando-se a quantidade de causas abstratas e concretas relativas ao controle de constitucionalidade italiano, verifica-se que, de acordo com Alessandro Pizzorusso, ao menos três quartos do trabalho as Corte Constitucional é decorrente do controle incidental concreto²⁴.

A Corte Constitucional italiana é composta por quinze membros, com mandato de nove anos, que foram magistrados, catedráticos de disciplinas jurídicas ou advogados com mais de vinte anos de exercício profissional, sendo um terço escolhido pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela Magistratura suprema ordinária e administrativa.

²³ NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 55.

²⁴ *Ibidem*, p. 62.

As características pertinentes ao método de controle de constitucionalidade austríaco, alemão e italiano também podem ser atribuídas à Espanha. Contudo, neste país, os legitimados para a propositura do incidente de constitucionalidade são apenas dos juízes e tribunais ordinários.

Quanto à composição do Tribunal Constitucional, este é formado por doze membros, escolhidos dentre magistrados, membros do Ministério Público, professores universitários, servidores públicos e advogados, sendo necessário que todos eles sejam juristas de reconhecida competência, com mais de quinze anos de exercício profissional.

Zaffaroni, explanando acerca dos tribunais constitucionais, afirma ser essencial a diversificação do poder de nomeação de seus membros, pois o que deve ser concentrado é a competência da execução do controle de constitucionalidade e não o poder de nomeação. Ainda segundo o referido doutrinador, “a dispersão do poder de nomeação desses tribunais constitucionais provém de outras experiências e corresponde a um cálculo meditado e de maior grau de prudência e bom critério político”²⁵.

E em crítica à centralização também do poder de nomeação dos membros dos tribunais constitucionais, que parece se enquadrar muito bem, como se verá adiante, a centralização do poder de nomeação dos ministros do STF, afirma ainda que, “se a competência constitucional é concentrada e também se mantém concentrado poder de nomeação, não se faz outra coisa que reduzir o controle, posto que fica ele limitado a uns poucos juízes, que são mais controláveis do que todos os juízes”²⁶.

Assim, demonstra-se a grande similaridade existente entre os países europeus no que pertine ao método de fiscalização de constitucionalidade das normas – concentrado abstrato e com a posterior do concentrado concreto, mas com um restrito rol de legitimados, pois só alguns tribunais ou juízes têm essa prerrogativa. Referidos Estados também se identificam pelo motivo da nomeação dos membros de suas Cortes Constitucionais, pois, como assevera André Luiz batista Neves, “[...] como em outros países, a designação dos juízes é fruto de

²⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 68.

²⁶ *Ibidem*, p. 66.

acordos políticos entre os partidos”²⁷ (mas ressalte-se que as influências políticas são minimizadas pela essencial diversificação dos competentes para nomeação dos membros dos tribunais constitucionais), bem como pela crescente preponderância do controle concreto sobre o abstrato, o que se justifica pelo rol ainda mais restrito de legitimados do controle concentrado abstrato.

Verifica-se, assim, uma atual tendência de aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade na Europa continental, com uma supremacia da incidência do controle concreto concentrado sobre o abstrato concreto, que é o método de controle originário.

2.3 Sistema francês

Na França do século XIV, as leis antes de serem aprovadas eram analisadas pelo *Parlament* de Paris, que só deveriam proceder ao registro da referida norma se a considerasse razoável. Caso contrário, seria devolvida à Chancelaria acompanhada de uma fundamentação (*remontrance*) de sua reprovação pelo *Parlament*. Contudo, se o monarca ainda assim insistisse em manter sua norma original, ele expedia uma *lettre* imperativa àquele órgão.

Um dos motivos da reprovação da ordem pelo Parlamento poderia ser a incompatibilidade entre ela e as leis fundamentais da monarquia, que eram regras obrigatórias até mesmo para o rei. Dentre as leis fundamentais da monarquia podemos citar: a inalterabilidade da titularidade da coroa, a devolução da coroa por ordem da primogenitura com exclusão das mulheres e a obrigação do rei de adotar a religião católica.

Ocorre que, em setembro de 1788, por causa de algumas de suas decisões contrárias à opinião pública, o órgão ficou desacreditado, o que influenciou na falta de real fiscalização do controle de constitucionalidade das normas, o que pode ser comprovado no Art. 10, do título II, da Lei n° 16, de 24 de agosto de 1790,

²⁷ NEVES, André Luiz Batista. *Introdução ao Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 62.

e posteriormente, no Art. 203, da Constituição de 1795, que proibiram os juízes de impedir ou suspender a execução das leis, como se do Poder Legislativo fizessem parte.

Quando da elaboração da Constituição de 1795, Sieyès sugeriu a criação de um órgão político que representaria a Nação (não contrariando, assim, os ditames da vontade geral criadora da lei a ser fiscalizada, pois tal órgão também seria instrumento de manifestação dessa vontade geral) e teria o escopo de anular os atos que violassem a Constituição. A sugestão não foi aceita, o que apenas aconteceu parcialmente na Constituição de 1799, através da instituição do Senado para “conservar” a Constituição. Contudo, Napoleão tinha em suas mãos os membros do ente em comento, pois, com a promessa de título, doação e condecorações, conseguia que seus atos não fossem anulados.

O Senado Conservador continuou com suas funções e com seu fracasso na Constituição de 1852.

Somando-se ao descrédito da fiscalização do Parlamento como fato gerador de dificuldades na implantação de um sistema de controle de constitucionalidade francês que ultrapassasse os limites de uma verificação feita apenas por órgãos políticos de atuação simbólica, há a doutrina do contrato social de Rousseau, que afirmava ser a lei uma vontade geral inquestionável e soberana; a aplicação extremada da teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu e a falta de confiança nos juízes, já que estava guardada na lembrança dos revolucionários de 1789 os abusos dos juízes do antigo regime que, segundo Oswaldo Palu, “consideravam seu ofício como um direito patrimonial, que se comprava, vendia, transmitia por herança e – especialmente – porque sobrevivia às custas dos litigantes”²⁸.

As Constituições francesas seguintes continuaram nesse caminho, tendo sido o dogma da soberania da lei rompido pela Constituição de 1958, que prevê o Conselho Constitucional, ente que deve efetuar o controle de constitucionalidade preventivo, composto por nove membros nomeados, sendo três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado, mais os ex-Presidentes da República. O Presidente do Conselho

²⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 98.

Constitucional, que tem a prerrogativa de desempatar as votações, designar o relator de cada processo, conduzir o contencioso, ordenar as despesas e nomear o secretário-geral, é designado pelo Presidente da República entre os membros do Conselho.

Frise-se que, como habilitação ao cargo, não se exige qualquer requisito profissional, intelectuais ou moral e as nomeações são totalmente discricionárias, o que possibilita a ocorrência de nomeações apenas por favores políticos, como nos demais sistemas de controle de constitucionalidade já comentados. Usualmente, a escolha é feita dentre magistrados, advogados e professores de direito e de muitos com atividades políticas, como deputados, ministros.

O controle de constitucionalidade americano fez com que o Poder Judiciário fosse superior aos demais Poderes, pois a ele cabia a interpretação final da Constituição, que deveria ser respeitada por todos os Poderes. Já na França, o Poder Legislativo era superior aos demais, pois havia o dogma de que a lei era fruto de uma vontade geral inquestionável, que não podia ser alterada pelo Executivo ou pelo Judiciário.

Contudo, com o advento da Constituição francesa de 1958, os poderes do Legislativo foram reduzidos. Oswaldo Palu, a esse respeito, enumerou as alterações sofridas por este Poder:

Entre outras coisas: (a) perdeu o monopólio da elaboração das leis, posto que o referendo é previsto em muitos casos; (b) a Constituição enumerou as matérias sujeitas às leis do Parlamento, deixando outras à regulamentação governamental (Poder Regulamentar), e mesmo assim permitiu que o Governo se utilizasse de ordonnances, devidamente autorizadas pelo Parlamento, para editar atos normativos reservados ao campo da lei; (c) desapareceu a soberania da lei, que pode ser controlada pelo Conselho Constitucional; (d) houve reforço do poder do Executivo ao determinar ao Parlamento as matérias a serem votadas ou obrigar um Parlamento reticente a votar as matérias de seu interesse. Além disso, os direitos de oposição e obstrução das minorias foram diminuídos²⁹.

O controle de constitucionalidade francês pode ser assim caracterizado: político, não-judicial, e *a priori*, ou seja, é realizado antes da promulgação da lei.

O controle de constitucionalidade *a priori* prevê a apreciação pelo Conselho Constitucional dos textos legislativos antes de sua promulgação e tem

²⁹ *Ibidem*, p. 99.

como legitimados a interpor o recurso o Presidente da República, o Primeiro Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional, o Presidente do Senado Federal, ou, em iniciativa conjunta, o total de sessenta deputados ou sessenta senadores.

Quanto ao momento, o controle do Conselho Constitucional pode ocorrer em três diversos: (1) Art. 41 da Constituição, possibilita o controle quando o Governo se opõe a lei que ainda está em discussão no Parlamento; (2) Art. 61, alínea 2, prevê o acionamento do Conselho Constitucional, após o voto da lei e antes de sua promulgação; e (3) previsto no artigo 37, alínea 2, possibilita ao Primeiro Ministro, após a promulgação da lei, requerer autorização do Conselho Constitucional para modificar por decreto uma lei votada pelo Parlamento e promulgada que extrapole a competência deste.

Em qualquer hipótese, deverá o Conselho se pronunciar no prazo de um mês, salvo se houver pedido de urgência pelo Governo, quando o prazo passa a ser de apenas oito dias. Durante esse período, a lei não pode ser promulgada.

Desta forma, o Poder Judiciário não possui competência para o controle abstrato ou difuso de constitucionalidade na França, sendo essa prerrogativa exclusiva do *Conseil Constitutionnel*, órgão político e autônomo, não vinculado ao Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Pode se concluir, ao final, que a principal conseqüência que se obtém da configuração atual do controle de constitucionalidade das leis na França é de que não há distinção efetiva entre poder constituinte e poder constituído, bem como optou-se pelo julgamento político ou técnico-jurídico das normas infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade francês tem a vantagem de evitar a entrada no ordenamento de leis inconstitucionais, eliminando boa parte dos vícios em sua origem, fazendo com que normas inconstitucionais sequer sejam aplicadas. Contudo, não se controlam os vícios das leis em vigor e não se possibilita o acesso do cidadão para defesa de seus direitos constitucionais.

3 EVOLUÇÃO DO CONSTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Após uma exposição dos principais sistemas de controle de constitucionalidade existentes e dos rumos que estes vêm tomando, já que o ordenamento jurídico brasileiro é marcado pelo transplante de institutos jurídicos alienígenas, faz-se necessária uma abordagem acerca da evolução, no Brasil, do controle de constitucionalidade, para que se possa demonstrar com maior clareza a atual decadência do controle concreto–difuso em nosso ordenamento, na contramão do que está ocorrendo nos países europeus, pois, como já se explanou, estes estão, paulatinamente, introduzindo o controle concreto onde originariamente havia apenas o abstrato.

3.1 Constituição de 1824

O movimento liberal que levou D. Pedro, Príncipe Regente, a convocar, em 3 de junho de 1822, a Constituinte brasileira, eleita por voto indireto, para a elaboração de uma Constituição, advém da Revolução do Porto de 1820, quando se reuniram, em Lisboa, as Cortes Constituintes para a elaboração da Constituição liberal de Portugal de 1822.

Contudo, por ter havido desentendimento entre a Constituinte brasileira e o então Imperador D. Pedro I, aquela foi dissolvida em 12 de novembro de 1823. Faz-se importante ressaltar que o projeto de Constituição continha proibição ao Imperador de dissolver o Parlamento e de Comandar as Forças Armadas.

Após a dissolução da Constituinte, instituiu-se o Conselho de Estado, ente elaborador texto a partir de um projeto de Antônio Carlos, ex-integrante da Constituinte dissolvida, que se converteu na Constituição outorgada em comento. Frise-se que este projeto tinha tendência claramente liberal e não previa o Poder Moderador, introduzido na Constituição.

A Carta de 1824 foi assim comentada por José Afonso da Silva:

Declara, de início, que o Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente que não admite, com qualquer outra, laço de união ou federação, que se oponha à sua independência (art. 1º). O território do Império foi dividido em províncias, nas quais foram transformadas as capitânicas então existentes (art. 2º). Seu governo era monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º). O princípio da divisão e harmonia entre os poderes políticos foi adotado como “princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (art. 9º), mas segundo a formulação quadripartita de Benjamin Constant: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário (art. 10). O Poder Legislativo era exercido pela assembléia geral, composta de duas câmaras: a dos deputados, eletiva e temporária, e a dos senadores, integrada de membros vitalícios nomeados pelo Imperador dentre componentes de uma lista triplíce eleita por província (arts. 13, 35, 40 e 43). A eleição era indireta e censitária. O Poder Moderador, considerado a chave de toda a organização política, era exercido privativamente pelo imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos (art. 98). O Poder Executivo, exercido pelos ministros de Estado, tinha como chefe também o Imperador (art. 102). O Poder Judiciário, independente, era composto de juizes e jurados (art. 151). No art. 179, a Constituição trazia uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores³⁰.

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, não foi estabelecido o controle de constitucionalidade das leis por órgão judicial, nem por Corte Constitucional, o que se justifica pela aparente aderência ao dogma francês da primazia da lei, manifestação da vontade geral. Nesse diapasão, atribuiu-se ao Poder Legislativo, delegado à Assembléia Geral o dever de “velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação”³¹. Versando sobre a influência francesa e inglesa à época, alerta Clèmerson Merlin Cleve:

[...] durante o Império o direito brasileiro sofria a influência das concepções então em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e na França. Pois ambos os países desconheciam qualquer modelo de fiscalização da constitucionalidade. O princípio da ‘supremacia do Parlamento’ (Inglaterra) e a concepção da lei enquanto ‘expressão da vontade geral’ catalisada pelo Legislativo (França) constituíam obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade tal como já experimentada nos Estados Unidos³².

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 74.

³¹ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: 1824, artigo 15, IX.

³² CLEVE, Clèmerson Cleve *Apud* ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org). **Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico**. São Paulo: RCs Editora, 2007, p. 142.

Pensando de maneira contrária, Oswaldo Luiz Palu entende que havia sim controle de constitucionalidade que competia ao Poder Legislativo, assim como fazer e interpretar as leis³³.

Ocorre que, a realidade fática brasileira demonstrava que não havia controle, pois, como assevera André Luiz Batista Neves, “a matéria constitucional foi efetivamente alterada em inúmeras ocasiões, quer por emendas simples, quer por leis ordinárias”³⁴.

Merece comentário, ainda, o Poder Moderador importado da França, que neste país deveria manter o equilíbrio entre os Poderes, mas, no Brasil, tornou-se um superpoder, sendo, nos termos do Art. 98, da Constituição de 1824, “a chave de toda a organização política”, além de um instrumento absolutista apto a ser usado pelo Imperador, que reunia os Poderes Executivo e Moderador, sobre os demais Poderes.

3.2 Constituição de 1891

Com a proclamação da república, fez-se necessária uma nova Constituição, que adotou, além da república, federação, tripartição de poderes e presidencialismo, como nos Estados Unidos, implantou o controle de constitucionalidade jurisdicional. Contudo, com uma diferença, já que, aqui, houve a adoção formal desse modelo de fiscalização a partir do querer de elites cultas, ou seja, o modo de controle jurisdicional foi expressamente previsto na Constituição; já nos EUA, houve todo um envolvimento histórico, tendo sido esse instituto firmado pela jurisprudência pátria, já que a Constituição era silente.

Ressalte-se que a Constituição Provisória de 1890, em seu Art. 58, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, já previa o *judicial control*, o que foi analogamente previsto na Constituição de 1891, em seu Art. 59, parágrafo primeiro, alíneas “a” e “b”. Transcreve-se:

³³ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 109.

³⁴ NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 80.

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

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

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

Apesar de ser claro o supracitado dispositivo, inicialmente, o Judiciário tinha grande dúvida a respeito do exercício dessa competência, como poderia ser previsto, já que referido instituto foi um transplante abrupto do *judicial review* estadunidense, o que pode ser ampliado pelo fato de ter sido o STF composto, em sua grande maioria, por membros do Supremo Tribunal de Justiça do Império, que desconheciam o constitucionalismo norte-americano. Alexandre de Moraes assevera que essa dificuldade não foi só inicial, já que a má formação jurídica dos membros do Pretório Excelso dificultava a plenitude do exercício de suas atribuições³⁵.

Já Rui Barbosa, discursando na posse do Instituto da Ordem dos Advogados, em 18 de maio de 1911, confirmou a crítica de Alexandre de Moraes quando afirmou que os brasileiros estavam condenados a ver “a mais alta dignidade da judiciária da União convertida em posto de acesso para os chefes de polícia”³⁶.

A dúvida do Judiciário acerca do controle jurisdicional brasileiro de constitucionalidade só foi dirimida quando, mais uma vez, entrou em ação Rui Barbosa, que demonstrou em trabalhos o alcance dos supracitados dispositivos constitucionais.

O Executivo e o Legislativo, a partir daí, decretaram e sancionaram leis que confirmavam o controle de constitucionalidade jurisdicional difuso. Diz Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Daí haver os próprios Poderes, Legislativo e Executivo, ao decretar aquele e ao sancionar este, a Lei Federal 221 de 1894, afirmando, de forma categórica, no seu art. 13, parágrafo 10, que os juízes e os tribunais federais processariam e julgariam as causas fundadas em lesão de direitos individuais, por ato ou decisão das autoridades administrativas da União; e que eles apreciariam a validade das leis e regulamentos, e deixariam de

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 216.

³⁶ Barbosa, Rui *Apud* NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 87.

aplicar, aos casos ocorrentes, as leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Aí se exigiu, entretanto, fosse manifesta a inconstitucionalidade dos atos impugnados, tendo em vista que, segundo a jurisprudência dos tribunais americanos, se presumia a sua constitucionalidade, e só se declarava a inconstitucionalidade se necessária para o julgamento do feito³⁷.

Quanto aos efeitos, a decisão que julgasse texto legal vinculava as partes e a Administração Pública, mas apenas em relação ao caso concreto objeto da ação.

Além da fiscalização jurisdicional, a Constituição de 1891 previu modalidade de controle que seria previsto em todas as outras constituições brasileiras, qual seja: o controle político através do veto presidencial a projeto de lei aprovado pelo Legislativo por motivo de inconstitucionalidade.

3.3 Constituição de 1934

Em 1930, ocorreu a revolução liberal liderada por Getúlio Vargas com o apoio dos jovens oficiais das forças armadas, instalando-se a Nova República, em oposição à Velha República, acusada por aqueles de ser dominada pelas oligarquias dos senhores rurais de São Paulo e Minas Gerais, pela política do café-com-leite.

Agora, é a burguesia comercial e industrial que detém os poderes em suas mãos.

Nos anos 30, iniciou-se, ainda, a popularização das experiências constitucionais da Alemanha e da Áustria, que teve como responsável Mirkin Gueztévitch, criador da obra *As novas tendências do Direito Constitucional*, que foi traduzida por Cândido Motta Filho.

Sobre a popularização da referida obra e do método de controle de concentrado de constitucionalidade europeu, faz-se mister transcrever crítica de Carlos Maximiliano, Relator-Geral da Comissão designada em 14 de maio de 1932 para elaborar o anteprojeto da Constituição de 1934:

³⁷MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de *Apud* COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999, p. 156.

Há um escritor que, hoje, está em voga. No Brasil tudo é moda, até mesmo celebridade científica. Aqui a moda domina, desde os lugares em que se faz footing, até as idéias e livros que se procuram e se preferem.

Quando se reuniu a Comissão de 91, um livro de título impressionante, *LA Politique Experimentale*, de Léon Domat, dominava as ruas e o recinto das Assembléias. Era um livro bom, medíocre, entretanto, que apenas vulgarizava as idéias que não eram do seu autor, mas produzia sempre, porém, a vantagem de dar um tom um pouco mais prático ao excesso de romantismo, dominante no momento. Agora, é Mirkine Guetsévitch, para a direita e para a esquerda. Esse senhor, como todos os indivíduos de sua raça, tem uma grande facilidade para línguas, maneja vários idiomas. Traduziu ele, pois, as Constituições, realizou trabalho que, naturalmente, lhe deu grande renda, mas no qual dele existe somente um pequeno prefácio, em geral bem feito. Traduziu obras notáveis de Hans Kelsen e outros. É, enfim, um vulgarizador inteligente, e mais nada.

Ora, exatamente como ele publicou os textos das Constituições do mundo, vejo nos bonés, nos hotéis, nos ônibus, os livros dele em todas as mãos e as Constituições alemã e austríaca, e que sei, reboam aos ouvidos da gente de manhã até a noite.

[...] O Brasil é o país em que todo mundo sabe Direito, todo mundo discute Direito, todo mundo fala sobre Direito. Eu recebi projetos integrais de constituições, escrito por militares, engenheiros médicos, farmacêuticos e advogados. Ontem, ainda recebi dois. Todos os dias me chegam às mãos. Vejo que são exatamente tantas vítimas de Mirkine Guetsévitch³⁸.

Quando dos debates da Constituinte, que se iniciaram em 15 de novembro de 1933, foi apresentado pelo Deputado Nilo Alvarenga, projeto criando a Corte de Justiça Constitucional, que teria a competência de realizar o controle concentrado de constitucionalidade. Apesar de rejeitado, o projeto demonstra a tentativa de aplicação do método de controle europeu continental.

A Constituição de 1934 manteve o controle de constitucionalidade difuso da Carta Magna anterior, mas foram introduzidas três inovações que refletem o início do processo de adoção do controle concentrado de fiscalização da Constituição.

A primeira novidade foi inserida no Art. 179 e consiste na exigência de que somente pela maioria absoluta de seus membros os tribunais pudessem declarar a inconstitucionalidade de lei, acolhendo mais uma prática constitucional norte-americana. Tal determinação foi inserida em todas as constituições brasileiras desde então.

Sacha Calmon assevera que a real motivação para a exigência da declaração de inconstitucionalidade por maioria absoluta foi o temor que os

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos *Apud NEVES*, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 87.

revolucionários tinham do conservadorismo do STF, já que o cargo dos ministros era vitalício e todos eles advinham da Velha República. Segundo as palavras do referido doutrinador, “derrubam-se governos e dissolvem-se congressos. Podem-se convocar novas eleições. Mas o Judiciário vitalício havia que respeitá-lo”³⁹.

A cláusula da reserva do plenário, segundo Sacha Calmon, foi um modo de cercar o Judiciário.

A segunda inovação foi a atribuição de competência ao Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei, ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Judiciário, o que daria efeito *erga omnes* às decisões definitivas do STF quando pertinente à constitucionalidade.

Essa inovação, segundo Sacha Calmon, também seria fruto do temor do conservadorismo dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no entanto, encoberto pela aplicação da teoria do “*check and balance*” estadunidense.

Ainda segundo o referido doutrinador, interpretando as idéias de Ana Valdez Ayres, essa competência de suspender a execução de lei deveria ser atribuição de um órgão fora do Poder Judiciário e Legislativo, o Conselho Federal. Tal idéia, fruto das influências austríacas, que cabia perfeitamente como instrumento limitador dos poderes do STF e de seus membros conservadores, não foi inteiramente aplicada, tendo sido essa atribuição delegada ao Senado.

A fundamentação amplamente difundida para a atribuição de poderes ao Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF também é verdadeira, embora não seja a única, como ficou demonstrado, qual seja: a tentativa de diminuir os problemas decorrentes da inexistência de efeitos *erga omnes* para as decisões do STF, já que a lei anulada para o litigante continuava a ser aplicada em toda a sua plenitude para os demais membros da sociedade, pois os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operam apenas *inter partes*.

Com relação a essa novidade, surgiu controvérsia quanto à discricionariedade ou não do Senado para tal atribuição, o que levou à ineficácia da referida disposição.

³⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**. 3° ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999, p. 158.

A terceira inovação da Constituição de 1934 foi a criação da representação interventiva, confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da República.

O Art. 12, V, da Carta Magna de 1934, permitia a intervenção da União em seus Estados-membros para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras “a” a “h” do Art. 7º, I, e a execução das leis federais. Ocorrendo um dos motivos que possibilitasse a intervenção federal, o Procurador-Geral da República deveria provocar a Corte Suprema para se manifestar acerca da constitucionalidade da lei que decretara a intervenção. Criou-se, então, o que hoje é conhecida como ação direta interventiva. Cabia ao Senado Federal, como órgão de coordenação dos poderes, a iniciativa exclusiva da lei sobre intervenção federal.

Promoveu-se, então, a fiscalização concentrada de constitucionalidade dos atos estaduais, já que a apreciação da constitucionalidade da norma que decretava a intervenção levava, como consequência, à apreciação da lei ou ato estadual.

O Art. 68 dispunha, ainda, sobre a vedação do Judiciário para conhecer de questões exclusivamente políticas, o que revela, mais uma vez, a influência da jurisprudência norte-americana em nosso país.

Não se pode deixar de mencionar a criação do mandado de segurança para substituir os interditos pessoais, pois os advogados vinham utilizando o *habeas corpus* para a proteção de direitos além do de ir-e-vir.

3.4 Constituição de 1937

A Constituição brasileira de 1937 foi elaborada pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, utilizando a Carta autoritária da Polônia de 1935 como modelo, tendo sido outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas em 1937, quando instaurou a ditadura do Estado Novo.

Com a Constituição em comento, que teve em suas normas a explícita preocupação em fortalecer o Poder Executivo federal, regredimos ao totalitarismo.

Contudo, a Carta não foi devidamente aplicada, sendo muitos de seus dispositivos considerados letra morta. O que houve, na realidade, foi ditadura pura, com a concentração do Poder Executivo e Legislativo nas mãos do Presidente da República, que podia legislar através de decretos-leis, pois o Parlamento fora dissolvido.

A autoridade do Presidente estava expressa no Art. 73 da referida Carta:

Art 73 - o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País⁴⁰.

Dentre as inovações da supracitada Constituição estão a supressão da representação interventiva e da suspensão da execução de ato normativo declarado inconstitucional pelo Judiciário por parte do Senado, institutos criados pela Carta anterior.

Ressalte-se que o Senado Federal não mais existia, tendo sido substituído pelo Conselho Federal.

Quanto ao controle difuso de constitucionalidade, este foi mantido, bem como o princípio da reserva do plenário e a vedação de os juízes conhecerem matéria exclusivamente política. Contudo, o art. 96 da Carta prescrevia que, a juízo do Presidente da República, caso fosse declarada inconstitucional lei considerada necessária para “o bem-estar do povo” ou para “a defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia ele submetê-la ao exame do Parlamento. Se ela fosse confirmada por 2/3 (dois terços) de votos de cada uma das duas casas legislativas, ficava sem efeito a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade da lei. Mas, como o Parlamento havia sido dissolvido, cabia ao Presidente da República confirmar a lei ou o decreto-lei que ele próprio havia criado, uma clara demonstração do excesso de poder nas mãos do Presidente da República.

Em 1939, por meio do Decreto-Lei nº 1564, Getúlio Vargas confirmou textos de lei declarados inconstitucionais pelo STF, fazendo com que ficassem sem

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1937, art. 73.

efeito as decisões deste e de quaisquer outros tribunais ou juízes que porventura tenham declarada a inconstitucionalidade desses textos.

Getúlio provocou grande escândalo através do referido decreto, pois confirmou a constitucionalidade de textos de lei que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais.

Frise-se, ainda, que a Carta de 1937 foi omissa a respeito do mandado de segurança e da ação popular.

3.5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946 tentou, até certo ponto, repetir os institutos do controle de constitucionalidade da Constituição de 1934.

O controle difuso de constitucionalidade, o princípio da reserva do plenário, a possibilidade de o Senado Federal emprestar efeito *erga omnes* às decisões provenientes de caso concreto e a representação interventiva foram alguns dos institutos retrospectivos desta Constituição, bem como restabeleceu o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas corpus* e acabou com a supervisão do Congresso sobre as decisões declaratórias de inconstitucionalidade do STF.

Com relação ao Senado, voltou a ser um órgão do Poder Legislativo, não sendo mais um órgão com a função de coordenar os Poderes, como na Constituição de 1934.

Quanto à representação interventiva, foi retomada com algumas alterações, sendo pertinente ressaltar que ao Supremo Tribunal Federal, após provocação do Procurador-Geral da República, que detinha a legitimidade exclusiva para propor referida ação, cabia a fiscalização da constitucionalidade do ato normativo estadual violador dos princípios constitucionais sensíveis, não mais da lei que decretava a intervenção, como ocorria na Constituição de 1934. A declaração de inconstitucionalidade na lei, no caso em comento, teria efeito *erga omnes* se o Congresso Nacional suspendesse o ato declarado inconstitucional. Se tal atitude fosse suficiente, seria desnecessário que o Presidente da República efetivasse a intervenção.

A representação interventiva foi um grande passo na criação do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, o que só veio a ocorrer, realmente, com a edição da Emenda Constitucional n° 16, como será adiante demonstrado.

Em 1° de abril de 1964, os militares deram um golpe de estado, através da autodenominada Revolução Redentora, movimento que depôs o Presidente João Goulart, tomando o poder e impondo medidas de exceção.

No dia 9 do referido mês, foi editado o Ato Institucional n° 1, com a ajuda de Francisco Campos, simpatizante de regime autoritário que confeccionou a Constituição “polaca” de 1937. O referido Ato, em seu Art. 7°, suspendeu por seis meses as garantias de vitaliciedade e estabilidade, possibilitando, ainda, em seu §1°, que os detentores dessas garantias constitucionais pudessem ser demitidos ou aposentados compulsoriamente e, em seu §4°, subtraiu do Poder Judiciário o controle difuso de constitucionalidade e de legalidade sobre o mérito desses atos, devendo limitar-se apenas ao exame das formalidades extrínsecas.

Em 27 de outubro de 1965, foi editado o Ato Institucional n° 2, que fez com que o Estado entrasse num regime de exceção ainda mais excludente dos direitos individuais. Em seu Art. 14, foram novamente suspensas as garantias de vitaliciedade e estabilidade, mas, agora, também a de inamovibilidade, não se estabelecendo um prazo para essa suspensão.

Em seu Art. 6°, alterou o Art. 94 da Constituição, recriando a Justiça Federal, que deveria ser formada por juízes “nomeados pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos indicados na forma da lei pelo Supremo Tribunal Federal”⁴¹. Aumentou, através da alteração do Art. 98 da CF, de onze para dezesseis o número de ministros do STF, formando uma firme maioria de simpatizantes do regime na composição do Pretório Excelso.

A limitação do Judiciário foi finalizada com a exclusão da apreciação judicial sobre a constitucionalidade e legalidade dos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal.

A Emenda Constitucional n° 16 surgiu nesse contexto fático em que se limitava o Judiciário e se concentrava os poderes no Executivo, composto pelos

⁴¹BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1946, art. 105, após a alteração realizada pelo Ato Institucional n° 2.

revolucionários, que também podiam ser encontrados em alguns órgãos do Judiciário.

A supramencionada Emenda instituiu a fiscalização concentrada abstrata, em nosso ordenamento, de quaisquer leis federais e estaduais, competindo ao STF seu julgamento. A criação do controle concentrado foi fruto da necessidade de um ainda maior controle do Legislativo pelos militares revolucionários.

Assim, a ação direta de inconstitucionalidade - ADIN, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis e atos pela via principal, surgiu, em nossa pátria, no auge do regime militar, como forma de controle do Legislativo pelo Executivo, que já controlava em partes o Judiciário.

Sacha Calmon também afirma ser intenção dos militares, através da ação principal de inconstitucionalidade, ter um maior e mais eficaz controle dos Estados-Membros:

Claríssima a intenção dos governos militares de controlar, via Judiciário, as leis dos Estados-Membros antes que as suas leis e os seus atos, utilizando-se, para tanto, do Procurador da República, demissível *ad nutum* pelo Presidente e, portanto, dependente, antes que independente do Executivo⁴².

O Procurador-Geral da República, que era escolhido pelo Presidente da República e demissível *ad nutum* por ele, detinha a legitimidade ativa exclusiva para a apresentação da ADIN. Então, indiretamente, cabia também ao Presidente a representação da ação direta de inconstitucionalidade.

No Art. 19 da Emenda em comento, possibilitou-se, ainda, a fiscalização de constitucionalidade entre as leis municipais e as constituições estaduais, o que seria competência dos Tribunais de Justiça estaduais.

Conclui-se, então, que apesar de ser um método que deveria garantir o Estado Democrático de Direito e a supremacia da Constituição, o exame concentrado de constitucionalidade pode ser um método de concentração de poder e de autoritarismo se mal utilizado, como ocorreu durante a ditadura militar, ou seja, como se deu seu surgimento no Brasil.

Ressalte-se, que durante esse período, o controle difuso não foi extinto, mas apenas teve seu campo de atuação reduzido.

⁴² COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999, p. 166.

3.6 Constituição de 1967

Após as inúmeras emendas da Constituição de 1946 através de Atos institucionais e Complementares, os detentores do poder entenderam pela elaboração de uma nova Carta, que foi outorgada em 24 de janeiro de 1967.

Marcada por ter assimilado várias características básicas da Constituição de 1937, dentre elas a atribuição de amplos poderes à União e ao Presidente da República, reformulou o sistema tributário nacional, instituiu normas de política fiscal, com o fito de combater a inflação, e reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e de garantias constitucionais.

Com relação ao controle de constitucionalidade, pouco se alterou do já previsto pela Emenda Constitucional n° 16/65, manteve-se o controle difuso com eficácia apenas *inter partes*, mas podendo ter eficácia *erga omnes* se o Senado Federal editasse resolução que suspendesse a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF. Abstratamente, continuou a previsão da ADIN e da representação interventiva.

Contudo, a disposição da EC n° 16 que permitia a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para a declaração de inconstitucionalidade leis ou atos municipais que contrariassem as Constituições dos Estados, não foi incorporada.

Com a edição do Ato Institucional n° 5, o constitucionalismo e o Judiciário brasileiro sofreu um duro golpe, pois, além de excepcionar o *habeas corpus* para os acusados de “crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”⁴³, o Judiciário foi impedido de apreciar todos os atos praticados de acordo com os Atos Institucionais e Complementares.

Na Federação, a União agigantou-se. Com relação à tripartição dos poderes, o mesmo fenômeno ocorreu com o Executivo, que ganhou grande função legiferante, através dos decretos-leis, transformando o Legislativo em simples órgão homologatório.

⁴³ BRASIL. **Ato Institucional n° 5**. Brasília: 1968, art. 10. Disponível em <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm> . Consulta em 01 de maio de 2010.

3.7 Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967

A Emenda Constitucional nº 1/69, por ter praticamente reescrito a Carta de 1967, é considerada por muitos doutrinadores uma nova Constituição, e será aqui abordada como tal. José Afonso da Silva, sobre o tema, nesse mesmo sentido, afirmou o seguinte:

A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou um texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*.⁴⁴

Contudo, apesar das grandes mudanças determinadas pela Emenda Constitucional nº 1, no que pertine ao controle de constitucionalidade, essas foram escassas, permanecendo não apreciável pelo Judiciário as condutas praticadas com fulcro nos Atos institucionais e Complementares, mas inovou prevendo a representação interventiva dos Estados-membros em seus Municípios, caso fosse violado princípios constitucionais sensíveis.

Faz-se importante ressaltar que foi aprovado, em junho de 1975, a Emenda Regimental do STF que incluiu, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a argüição de relevância da questão federal, com o fito de restringir a subida de grande número de recursos ao Pretório Excelso.

Em 1977, através da Emenda Constitucional nº 7, possibilitou-se o deferimento de medidas cautelares “nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República”.⁴⁵

Analisando as razões que levaram à incorporação das medidas cautelares no caso acima apresentado, Andre Luiz Batista Neves afirma que tal medida fez parte de um conjunto de outras que foram adotadas no mesmo período, conhecidas como o “pacote de abril”, que tinham o objetivo de conter o crescimento da oposição. Nesse sentido, através das medidas cautelares, o Supremo Tribunal

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25º Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 87.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1969, art. 119, I, “q”, Constituição Federal de 1969, redação após a Emenda Constitucional nº 7.

Federal poderia suspender a eficácia do suposto ato inconstitucional mais rapidamente, *ab initio*, contendo a suposta insubmissão do Legislativo estadual e federal de maneira mais eficaz e célere, não tendo a necessidade de esperar o trânsito em julgado da demanda para conseguir conter o Legislativo⁴⁶.

A Emenda Constitucional n° 7, alterando o Art. 110, I, alínea I, possibilitou o ajuizamento, perante o STF, de representação interpretativa, ou seja, de ação com o fito de provocar o Pretório Excelso a se manifestar acerca da correta interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo a legitimidade ativa, mais uma vez, do Procurador Geral da República.

Complementando a referida alteração constitucional, em 28 de agosto de 1978, foi publicada a Emenda ao Regimento Interno do STF de n° 7, que, em seu Art. 9°, atribuiu efeito vinculante à decisão do Pretório Excelso em representação interpretativa. Veja-se:

Art. 9° A partir da data de publicação da emenda do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado⁴⁷.

Relevante é a mencionada alteração criada pela Emenda Regimental do STF de n° 7, porquanto constitui um primeiro esboço na legislação positiva do efeito vinculante tal qual o conhecemos atualmente.

Quanto à Emenda Constitucional de n° 7, também introduziu em nosso ordenamento a figura da advocatária, cabível com relação às causas processadas em quaisquer juízos ou Tribunais, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, com competência do STF e legitimidade ativa do Procurador-Geral da República.

André Luiz Batista Neves, em breves e claras palavras, assim resumiu a situação brasileira no que tange ao controle de constitucionalidade:

a) controle difuso, exercido por todo e qualquer Magistrado, sujeito todavia à advocatária e à interpretação fixada em representação interpretativa; a eficácia *inter partes* desse modelo difuso admite

⁴⁶ NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 104.

⁴⁷ Diário da Justiça de 28 de agosto de 1978. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970_emenda_7_dj_1.pdf>. Consulta em: 30 de abril de 2010.

generalização, por intermédio de resolução do Senado federal; b) controle concentrado concreto, através de representação interventiva, titularizada somente pelo Procurador-Geral da República; c) controle concentrado abstrato, também deflagrado exclusivamente pelo PGR, dotado de eficácia *erga omnes*, possibilita-se a suspensão cautelar da norma impugnada⁴⁸.

3.8 Constituição de 1988

Agora, chegamos a um dos mais importantes momentos desta monografia, onde se terá um panorama da evolução de todo o controle de constitucionalidade brasileiro e onde se tentará demonstrar que o método difuso de fiscalização de constitucionalidade, nosso original sistema de exame e o único ao qual o cidadão tem acesso, vem gradualmente perdendo espaço para o método concentrado, que surgiu em uma época negra para o Estado Democrático de Direito.

A Constituinte de 1988, convocado pelo Presidente José Sarney, foi uma conseqüência das inúmeras manifestações em prol da redemocratização do país.

Com relação ao controle de constitucionalidade, foi mantido o controle de constitucionalidade difuso, a possibilidade de suspensão da execução da lei pelo Senado Federal e a representação interventiva federal, cuja legitimidade ativa continuava sendo atribuída ao Procurador-Geral da República.

A CF/88 corrigiu o defeito das anteriores, sendo inadmissível a demissão do Procurador-Geral da República *ad nutum*, apesar de ainda ser um cargo de livre escolha do Presidente da República.

Profunda alteração foi realizada no rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, que foi generosamente ampliada, não estando mais restrita ao PGR. Veja-se a redação original do Art. 103 da Carta:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
 I – o Presidente da República;
 II – a Mesa do Senado Federal;
 III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV – a Mesa da Assembléia Legislativa;
 V – o Governador de Estado;

⁴⁸ NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 106.

- 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.

A extensão da lista dos legitimados, como será melhor abordado um pouco mais adiante, fortalece a impressão de que a intenção do constituinte originário foi enfraquecer o controle difuso de constitucionalidade através do fortalecimento do controle concentrado.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, em 2001, a supracitada norma possibilita a propositura de ADIN por mais de cem entes ou órgãos⁴⁹. Contudo, nem todos esses podem propor qualquer ação, pois deve ser atendido o requisito da pertinência temática para que realmente seja legitimado, ou seja, deve haver uma relação de proximidade entre quem propõe a ação e o interesse imediato que se pretende proteger através do controle de constitucionalidade.

No âmbito estadual, com fulcro no Art. 125, §2º, foi admitida a ADIN contra lei ou ato normativo estadual ou municipal perante a Constituição do Estado, o que não era previsto na Constituição Federal anterior, onde era previsto apenas, na esfera estadual, a representação interventiva.

Devemos ressaltar, ainda, a previsão da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, institutos que combatem a inefetividade dos mandamentos constitucionais.

Na década de noventa, houve uma grande ampliação na quantidade de ações questionando a constitucionalidade das leis através do controle difuso, pois houve uma facilitação do acesso dos cidadãos ao Judiciário. Essa onda de ações perquirindo a constitucionalidade das leis dificultou a aplicação de algumas políticas governamentais, como a privatização das estatais, sendo algumas decisões desfavoráveis aos interesses políticos. O governo, porém, ao invés de tentar eliminar as inconstitucionalidades, preferiu o caminho antidemocrático de calar os juízes através da concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto foi instituída a ação declaratória de constitucionalidade, através da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, instituto adotado em substituição a tentativa de implantação da advocatária com formulação mais

⁴⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei nº 9.868, de 10-11-1999.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 85.

agressiva que a existente nos tempos da Ditadura Militar. Defendendo a implantação da ADECON, Ives Gandra Martins apresentou as seguintes vantagens:

Entre as vantagens de tal proposta sobre a advocatória militam: a) a competência do Supremo Tribunal Federal seria originária e não decorrêncial; b) os motivos para sua proposição seriam 'jurídicos' e não meramente 'políticos'; c) não haveria interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada; d) em questões polêmicas, a uniformização far-se-ia com rapidez, ofertando-se ao cidadão e ao Estado uma interpretação definitiva⁵⁰.

Contudo, o Executivo federal não conseguiu esconder suas intenções, que ficaram explícitas no limitado rol de legitimados a propor a ação declaratória de constitucionalidade, pois atribui legitimidade ativa a todos citados nos incisos do Art. 103 da Constituição Federal, exceto às entidades mais envolvidas com os movimentos sociais, quais sejam: o Conselho Federal da OAB, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional.

Como outros indícios das intenções governamentais na instituição da ação declaratória de constitucionalidade, podemos citar também a limitação de seu objeto aos atos normativos federais e a atribuição de efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Judiciário e ao Executivo, atributo jurídico inédito em nosso ordenamento pátrio, já que a decisão de ADIN não tinha esse efeito.

Em 1999, através da Lei nº 9.868, foi criada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que ampliou ainda mais o rol de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Através da Emenda Constitucional nº 45/2004, mais algumas alterações foram realizadas no controle jurisdicional. No âmbito do controle difuso, criou-se uma nova hipótese de cabimento de recurso extraordinário, quando a decisão recorrida julgar válida lei local em face de lei federal, e acrescentou a exigência da demonstração de repercussão geral nas questões constitucionais discutidas. Não podemos esquecer, ainda, da introdução das súmulas vinculantes em nosso ordenamento. Em sede de controle concentrado, ampliou-se a eficácia vinculante a

⁵⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade:** comentários à lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo; Editora Saraiva, 2001, p. XII.

todas as ações definitivas de mérito nas ADIn's e ADECON's e equiparou-se os legitimados ativos à propositura destas.

Fazendo um apanhado de nosso atual aparato fiscalizatório, podemos afirmar que o controle difuso-incidental permanece previsto a todos os juízes e tribunais, apesar de limitado pelo efeito vinculante das ADIN's, ADECON's, ADPF's e das súmulas vinculantes.

As decisões no âmbito do controle incidental têm efeito *ex tunc* e *inter partes*, mas permanecendo a faculdade do Senado Federal de suspender a execução de ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, o que faz a declaração de inconstitucionalidade ter efeito *erga omnes* e *ex nunc*. Deve ser ressaltado que o Pretório Excelso vem admitindo a aplicação da teoria da modulação dos efeitos da decisão no controle difuso, ou seja, permite a decisão nesse tipo de fiscalização de constitucionalidade possa ter efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, se assim for expresso na decisão.

No âmbito do controle concentrado, ampliou-se o rol de legitimados ativos, que atualmente está expresso no Art. 103 da Constituição Federal da seguinte forma:

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

Como pode ser observado no supracitado artigo, uniformizou-se o rol de legitimados ativos da ADIN e da ADECON.

Podem ser objeto de controle através de ADIN leis e atos normativos federais e estaduais, constituições estaduais e as emendas constitucionais, tendo a decisão do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Executivo.

A Lei nº 9868 prevê expressamente a modulação dos efeitos na ação direta de inconstitucionalidade, podendo ter, então, efeito *ex nunc* ou *pro futuro*.

Ampliou-se as ações pertencentes ao controle concentrado, tendo sido introduzidas a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Na ADIN por omissão busca-se combater a inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada através de omissão que poder ser do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

São legitimados para propor a ADIN por omissão os mesmo para propor a ADIN genérica e a decisão do Supremo Tribunal Federal constitui em mora o poder competente que deveria elaborar a lei e não o fez.

Quanto à ação declaratória de constitucionalidade, cujos legitimados ativos são os mesmos da ADIN, tem o objetivo de afastar a insegurança jurídica ao declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, que tem apenas uma presunção relativa de constitucionalidade, atribuindo-se à decisão do STF efeito *erga omnes* e vinculante.

Com relação á argüição de descumprimento de preceito fundamental, esta foi prevista em duas modalidades: autônoma e por equiparação.

A primeira modalidade, a autônoma, tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Já a ADPF por equiparação é suscitada no curso de uma demanda concreta “quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, incluindo os anteriores à Constituição”⁵¹, estando os legitimados ativos no supracitado Art. 103 da Constituição Federal, ou seja, são os mesmos da ADIN.

Segundo Daniel Sarmento, a ADPF é mais um instituto do controle de constitucionalidade brasileiro que não tem origens nobres, pois foi criado com o objetivo de:

[...] combate à decantada “indústria de liminares”. Ela está em perfeita sintonia com a filosofia que inspira várias outras reformas legislativas que vêm sendo empreendido durante o governo do atual Presidente da República, e que têm por objetivo, de modo explícito ou velado, reduzir os poderes dos juízes e tribunais inferiores, reforçando a competência do

⁵¹ BRASIL. Lei nº 9.882. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: 1999, art. 1º

Supremo Tribunal Federal, considerado mais “confiável” pela forma política de investidura de seus membros. Portanto, apesar dos esforços retóricos de seus defensores em demonstrar o contrário, é cristalino que a nova ação não foi instituída para constituir instrumento de promoção e cidadania⁵².

Já no que tange aos legitimados ativos para a propositura da ADPF por equiparação, assevera André Luiz Batista Neves que a limitação desta aos legitimados à propositura da ADIN, que geralmente sequer são partes no processo principal, faz a ação em comento parecer com a tão criticada avocatória, pois limita o debate jurisdicional nas instâncias inferiores, que é transferido para o Supremo Tribunal Federal⁵³.

A decisão em sede da arguição de descumprimento de preceito fundamental tem eficácia *erga omnes* e força vinculante.

Há, ainda, a ADIN interventiva, pressuposto para a decretação de intervenção federal ou estadual pelos Chefes do Executivo, cabendo ao Judiciário verificar se foram atendidos todos os requisitos para futura decretação de intervenção.

A legitimidade ativa para propor a ADIN interventiva federal, perante o Supremo Tribunal Federal, é exclusiva do Procurador-Geral da República. Já a legitimidade ativa para propor a ADIN interventiva estadual, perante o Tribunal de Justiça do Estado, é do Procurador-Geral de Justiça.

⁵² SARMENTO, Daniel *Apud* NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 128.

⁵³ NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 130.

4 A DECADÊNCIA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 A decadência do controle de constitucionalidade difuso no ordenamento jurídico brasileiro

Após a demonstração da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, viu-se que, aqui, este surgiu com a adoção do método norte-americano, o incidental-difuso, que possibilita o acesso dos cidadãos ao Judiciário e facilita a defesa dos interesses daqueles.

Contudo, paulatinamente, introduziu-se o sistema de controle de constitucionalidade abstrato, que vem ganhando mais espaço e força em nosso ordenamento.

Neste capítulo, iremos analisar a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro e tentaremos demonstrar que, atualmente, o método concentrado tem prevalecido sobre o difuso, estando o constitucionalismo brasileiro caminhando em direção oposta ao europeu, já que os países onde se iniciou o controle de constitucionalidade concentrado estão, aos poucos, abrindo espaço para o controle difuso e, em alguns casos, se aproximam mais do sistema difuso do que do concentrado. Marcelo Labanca e Luciano José Barros nesse sentido, afirmaram o seguinte:

Francisco Fernández Segado afirma que o modelo de controle de constitucionalidade europeu (informado pela idéia Kelseniana do legislador negativo) não confiou aos juízes o poder para exercer a jurisdição constitucional, por não enxergar representatividade nessa casta aristocrática. Ainda assim, o citado doutrinador entende que, mesmo na Europa, os ordenamentos jurídicos vêm se aproximando mais do modelo norte-americano do que do formatado por Kelsen.

Já no que diz respeito ao controle concentrado no Brasil, Gustavo Binenbojm também identifica uma aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade e identifica uma verdadeira mitigação do processo objetivo, pela via jurisprudencial do STF ⁵⁴.

⁵⁴ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BAROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários.** Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Consulta em: 07 de maio de 2010.

A caminhada para a decadência do controle difuso de constitucionalidade, em nosso ordenamento, iniciou-se com a Constituição Federal de 1934, que introduziu a representação interventiva, de legitimidade do Procurador-Geral da República, para que o STF apreciasse a constitucionalidade da lei que decretou a intervenção federal. A partir de então, o controle difuso não parou de decair, sendo a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, a mola que deu grande impulso para sua decadência, pois inovou implantando a ação direta de inconstitucionalidade. Novo e maior impulso foi dado pela nossa atual Carta Magna, que instituiu mais três ações pertencentes ao controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam: a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Essa ampliação do rol das ações diretas, que atualmente são cinco, todas dotadas de efeito *erga omnes* e vinculante, limitou a área de atividade do juiz ordinário e dos outros tribunais que não o STF, pois, com uma maior quantidade de ações diretas, ampliaram-se os objetos passíveis de controle abstrato de constitucionalidade, cujas decisões são vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário, limitando a ação dos magistrados no âmbito do controle concreto. Com a instituição da argüição de descumprimento de preceito fundamental, foram previstas hipóteses que antes não eram passíveis de controle por ADIN, como o direito municipal em face da Constituição Federal. Há, ainda, a ADECON, que pode ser comparada com a temida advocatória introduzida pela Emenda Constitucional nº 1/67, de competência do Supremo Tribunal Federal, pois seu objetivo é transferir para esse Tribunal as decisões sobre constitucionalidade de questões em trâmite nos juízes e tribunais inferiores, suspendendo o controle difuso de constitucionalidade e fazendo com que a decisão do STF seja obedecida por todos os juízes.

A respeito da ação declaratória de constitucionalidade, Oscar Vilhena Viera afirma que a referida ação pode ser utilizada como instrumento de colaboração do Supremo Tribunal Federal e o Executivo e, como nós defendemos, também pode ser utilizada como mais um instrumento que possibilitou o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, fato de extremo interesse do Executivo, que

consegue influenciar o STF em suas decisões, pois são mais “dóceis” que os juízes ordinários:

A criação da ação declaratória de constitucionalidade produziu diversas conseqüências para a definição do papel do Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro. Permite que o Supremo suspenda o controle de constitucionalidade por via difusa, por todos os demais órgãos do judiciário, o que para muitos é inconstitucional. Essa atribuição aumenta os poderes do Supremo Tribunal Federal enquanto agência governamental, pois declarada a constitucionalidade de uma norma que tem a sua legitimidade combatida nos tribunais inferiores, esta declaração serve como chancela legitimadora do ato emitida pelo Tribunal, tornando a norma imune a qualquer impugnação por parte dos cidadãos, via poder judiciário. A ação declaratória de constitucionalidade abre espaço para que se estabeleça uma cooperação entre Governo e Supremo Tribunal Federal. A perda da legitimidade política de um ato, decorrente de sua inconstitucionalidade ainda não declarada, pode ser reparada por uma ação do Supremo Tribunal Federal, emprestando a sua autoridade de órgão encarregado pela guarda da Constituição, com o objetivo de legitimar referido ato e ao mesmo tempo afastar do judiciário o seu controle por intermédio da via difusa⁵⁵.

Ora, como na maioria das vezes, nas questões de grande repercussão e polêmica, o Supremo Tribunal Federal é provocado a se manifestar, inclusive através de medida liminar, que, como sua decisão definitiva, possui efeito vinculante, os juízes ordinários ficam de mãos atadas, pois suas sentenças devem obedecer às já prolatadas pelo STF, restando uma pequena área de atuação sobre a qual pode incidir o controle difuso.

Faz-se importante ressaltar que, como ficou explícito no capítulo anterior, a instituição das novas ações diretas de constitucionalidade ocorreram em períodos em que se tentava limitar o Judiciário, sendo a ADIN genérica um grande exemplo, pois foi prevista pela primeira vez na Emenda Constitucional n° 16/65, no seio da ditadura militar, quando se tentava ampliar os poderes do Executivo e conter os ‘revoltos’ juízes ordinários.

A ampliação da legitimidade para a propositura da ação direta de constitucionalidade, retirando-se do Procurador-Geral da República a legitimidade ativa exclusiva, também contribuiu para a decadência do controle concreto.

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 89.

Abaixo, colaciona-se o entendimento do Ministro Gilmar Mendes a respeito do enfraquecimento do controle difuso através da ampliação do rol de legitimados do controle concentrado:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz (1930) ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade⁵⁶.

As súmulas vinculantes também causaram grande impacto sobre o controle de constitucionalidade difuso, tendo sido criada com o fito de limitar o número de ações enviadas ao STF em que se questionavam a constitucionalidade de atos e leis.

No entanto, em vez de se discutirem outras fórmulas capazes de conter o cometimento de tais afrontas à Lei Fundamental, convenientemente se desviou o olhar para esse instituto concentrador de poder – e limitador do acesso dos cidadãos à tutela jurisdicional⁵⁷.

Segundo o Art. 103-A, da Constituição Federal, com a aprovação de 2/3 (dois terços) de seus membros, pode o STF, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que terá efeito vinculante para o Poder Executivo e para os demais órgãos do Judiciário. A edição de súmula deve pressupor séria divergência jurisprudencial.

Ressalte-se que as reiteradas decisões devem ocorrer no âmbito do controle difuso, pois as decisões no concentrado já possuem eficácia vinculante.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 41, nº 162, p. 158, abril/junho, 2004.

⁵⁷ NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 119.

Depois de publicada a súmula vinculante, firma-se interpretação de texto constitucional que só pode ser superada através de uma nova interpretação do STF, já que ele não está vinculado à sua súmula, ou através de alteração constitucional.

Há, ainda, o fator da falta de legitimidade das súmulas, pois as reiteradas decisões são tomadas no seara do controle difuso, mas a legitimidade para propor a aprovação, revisão ou cancelamento das súmulas são apenas das autoridades que podem propor a ADIN.

Assim, os destinatários das súmulas, que são as pessoas comuns que foram partes em processos anteriores que levaram a edição de súmula vinculante, sequer possuem a legitimidade para propor pedido de reconsideração desta.

As súmulas vinculantes, assim como o efeito vinculante das decisões em ações diretas que questionam a constitucionalidade de leis ou atos normativos, são verdadeira “camisa-de-força” para os juízes e tribunais ordinários, pois suas decisões estão limitadas, não podendo contrariar o que anteriormente foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Defendendo o efeito vinculante das decisões do STF, Carlos Augusto da Silva afirma que, se ele não fosse aplicado, nosso Tribunal Constitucional ficaria abarrotado de demandas de mesma matéria e ainda estaria desacreditado pela sociedade, pois suas decisões poderiam ser desrespeitadas por juízes de primeira instância. Veja-se o que ele afirma:

A introdução da súmula vinculante tem o condão de racionalizar o funcionamento do aparelho judicial, minorando os perversos efeitos da avalanche de causas que invadem os pretórios de todo o país. O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. A Constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é. Nesse sentido, as decisões consolidadas do Supremo acerca da interpretação de algum dispositivo constitucional merecem o devido prestígio. De nada adiantaria um juiz de primeiro grau ter a “liberdade” de conceder a interpretação a determinado dispositivo constitucional como melhor lhe aprouver, se a posição consolidada do mais alto tribunal brasileiro, a quem compete dar a derradeira palavra sobre o sentido das normas constitucionais, for diversa. Imaginemos a controvérsia sobre a (in)constitucionalidade de uma lei tributária. Poderá haver milhares de ações aforadas por todo o território nacional acerca da pendenga. Se o Supremo firmar posicionamento pela constitucionalidade do tributo, as decisões contrárias proferidas pro juízos inferiores apenas contribuirão

para o desprestígio do Poder Judiciário em relação à sociedade, gerando incerteza jurídica e dispêndio desnecessário de tempo e recurso⁵⁸.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal vem adotando a teoria da transcendência dos motivos determinantes, segundo a qual as decisões prolatadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem efeito vinculante também em seus motivos que determinam a decisão e não apenas em seu dispositivo. Tal teoria tende impedir a violação à essência da decisão.

Assim, se o STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei por um fundamento que pode ser utilizado em outra norma que esteja tendo sua constitucionalidade avaliada perante outro órgão do Judiciário, este último terá sua decisão vinculada aos fundamentos da ação direta anteriormente prolatada. Vejamos acórdão do Excelso Pretório nesse sentido:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.** 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de

⁵⁸ SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 149.

seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente⁵⁹ (grifo nosso).

A referida teoria também vem caminhando para atribuir efeito vinculante aos fundamentos da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo STF, sendo Gilmar Ferreira Mendes, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, um de seus grandes defensores.

Com a ampliação do efeito vinculante às decisões do STF em seara de controle difuso, dar-se-á uma falsa impressão de fortalecimento desse, já que suas decisões, que tem efeito apenas *inter partes*, passariam a ter efeito *erga omnes*. Mas, como já se adiantou, trata-se de uma falsa impressão, pois mais uma vez será limitado o âmbito de atuação dos juízes, que deverão ter suas decisões no mesmo sentido de uma já prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, resta claro que as alterações acima demonstradas levaram a um enfraquecimento do controle difuso de constitucionalidade. Assim também conclui André Augusto Salvador Bezerra:

O fortalecimento do primeiro modelo, com a promulgação da Constituição de 1988, é inegável. A ampliação da legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a criação da ação declaratória de constitucionalidade não deixam dúvidas de que, realmente, pretendeu-se tornar efetivo o controle concentrado de constitucionalidade⁶⁰.

O controle difuso de constitucionalidade é de extrema importância como meio de defesa dos interesses subjetivos dos cidadãos expressos na Carta Magna, já que é de fácil acesso, por poder ser realizado inclusive na primeira instância, e permite que o próprio cidadão se defenda, caso haja inércia dos legitimados a propor as ações constitucionais.

Além do mais, através de uma análise abstrata de uma norma, como ocorre no controle concentrado, é difícil imaginar todas as situações em que ela pode ser aplicada, bem como se é constitucional a aplicação da norma em todas essas situações. O que torna imprescindível o amplo acesso dos cidadãos ao

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 1987-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 1 de outubro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n° 97, 21 de maio de 2004.

⁶⁰ BEZERRA, André Augusto Salvador. **Controle de constitucionalidade e democracia no Brasil**: os riscos da adoção de um modelo predominantemente concentrado. Disponível em <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=6079>>. Acesso em : 04 de maio de 2010.

Judiciário e a liberdade dos juizes para apreciar o caso concreto. Ressalte-se a importância desse modelo de controle ainda no que tange à possibilidade de defesa dos direitos das pessoas que pertencem a grupos marginais, que não têm acesso aos poderes políticos, pois, nas palavras de Carlos Augusto Silva, “as minorias que não mantêm canal de acesso aos centros de decisão política devem encontrar abrigo seguro no Judiciário, no sentido de evitar o que Tocqueville chamou de *tiranía da maioria*”⁶¹.

A esse respeito, o cientista político e jurista Martin Shapiro assevera que no Judiciário, os grupos marginalizados podem obter maior êxito do que perante os centros de decisões políticas. Contudo, para que possamos trazer para nossa atual realidade, quando o doutrinador em comento se referir a “Corte” devemos entender que, no Brasil, seus comentários devem ser dirigidos aos nossos juizes ordinários, guardadas as devidas proporções, já que o nosso Pretório Excelso, como será demonstrado no próximo item, decide politicamente as questões constitucionais.

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso aos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir [...]. Enquanto, efetivamente, são essencialmente *políticos os poderes* da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os *procedimentos* da Corte, pelo contrário, são *judiciários*. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (‘adversary’) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena⁶².

Com a decadência do controle difuso, que limitou o acesso dos cidadãos ao Judiciário e o exercício da magistratura pelos juizes ordinários, atribuiu-se grande poder ao Pretório Excelso, sob a falsa fundamentação da segurança jurídica que traz a vinculação dos outros órgãos à sua decisão nas ações de aferição de constitucionalidade das normas. Nesse sentido, Janaina de Oliveira Cotta:

No Brasil, desde o advento da Constituição de 1988, em especial após a Emenda nº 3 de 1993, que criou a Ação Declaratória de

⁶¹ SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 91

⁶² SHAPIRO, Martin *apud* SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 90.

Constitucionalidade, podemos notar o esforço por parte do legislador em ampliar e fortalecer o critério de controle concentrado, exercido somente por um único tribunal constitucional – o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do critério difuso, no qual qualquer juiz ou tribunal exerce o papel de fiscalizar a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos frente à Constituição. Isto ficou muito nítido principalmente na criação das leis 9.882/99 e 9.868/99. A primeira regulamentou o mais novo instrumento de controle de constitucionalidade concentrado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e a segunda veio normatizar o procedimento e efeitos da ADIN e a Declaratória, dando a estas força vinculante⁶³.

No próximo item avaliaremos a atuação do Supremo Tribunal Federal e mostraremos os problemas em se atribuir grandes poderes a esse Tribunal.

4.2 Da politização do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal foi criado em 18 de setembro de 1828, organizado como órgão de cúpula do Judiciário através do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, mas só foi efetivamente instalado em fevereiro de 1891.

Em 1988, a Constituição Federal instituiu o Superior Tribunal de Justiça, que foi instalado em 7 de abril de 1989, atribuindo ao STF a posição de órgão de cúpula do Judiciário e a guarda e defesa da Constituição, de acordo com o Art. 102 da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, o Pretório Excelso é composto por onze ministros escolhidos e indicados pelo Presidente da República, devendo ocorrer a aprovação pelo Senado Federal, por maioria absoluta, para que haja investidura.

Quanto aos requisitos para ocupar o cargo de Ministro do STF, de acordo com o Art. 101 de nossa Carta Magna, os indicados devem ser brasileiro nato, ter mais de 35 e menos de 65 anos de idade, ser cidadão, ter notável saber jurídico e reputação ilibada. Com relação ao penúltimo requisito citado – notável saber jurídico, entende-se que o indicado deve ser jurista, ou seja, deve ter cursado a faculdade de direito.

⁶³ COTTA, Janaína de Oliveira. **Da influência política na hermenêutica constitucional**. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7604>>. Acesso em: 4 de maio de 2010.

O STF, por fazer parte do Poder Judiciário, deve ter como sua função típica o exercício da atividade jurisdicional e ser um órgão cujos membros são independentes e imparciais.

A independência dos membros do Poder Judiciário, prevista no Art. 96 da Constituição Federal, indica que eles devem estar livres das influências externas e internas quando da aplicação da lei ao caso. A garantia da independência funcional da magistratura se desdobra em sua inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade.

A independência judicial, segundo Picardi, pode ser dividida em independência da magistratura e independência do juiz, sendo a primeira a autonomia de governo e o poder disciplinar e a segunda é a supressão de influências de poderes externos e internos à própria magistratura.

A respeito das influências externas do Executivo sobre o Judiciário, assevera Eugênio Raúl Zaffaroni que

Quando em nossa região se aspira estruturar poderes judiciários democráticos, evidentemente que uma das premissas consistirá em evitar que sofram as pressões dos fortíssimos executivos que conhecemos em nossos direitos constitucionais, não apenas concebidos unipessoalmente em sentido formal, mas de seus poderosíssimos aparelhos administrativos⁶⁴.

Para o referido doutrinador, a independência interna e externa do Judiciário são essenciais à independência moral do juiz.

Com relação à imparcialidade, cujo pressuposto indispensável é a independência, pode-se dizer que o provimento jurisdicional deve ser prolatado por um juiz indiferente às partes e ao resultado final da lide, devendo julgar o caso concreto objetivamente, não se devendo cobrar do juiz que ele seja apolítico, que não tenha nenhum envolvimento com o mundo social e econômico fora dos tribunais, mas que ele siga apenas as ordens da Constituição e das normas ordinárias com ela compatíveis.

De acordo com o Art. 102, da CF/88, é competência originária do STF processar e julgar as ADIN's genéricas, interventivas e por omissão; as ADECON's e as ADPF's, e é competência julgar mediante recurso ações que tenham arguições

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.

incidentais de inconstitucionalidade, dentre outras competências previstas na referida norma.

No item 4.1, ficou claro que o controle difuso de constitucionalidade brasileiro está perdendo área de atuação para o controle concentrado, que é competência do STF. Através desse fortalecimento do controle concentrado, por via reflexa, fortaleceu-se o Supremo Tribunal Federal, detentor exclusivo da competência de julgar as ações de verificação abstrata de constitucionalidade.

Agora, abordaremos a politização do referido Tribunal e seus efeitos no âmbito do controle de constitucionalidade.

A politização da justiça, nas palavras de Eduardo Lago Castello Branco, “é a tentativa de ampliação de influência dos poderes políticos, principalmente do Poder Executivo, sobre o Judiciário; fenômeno que aponta para a expansão da lógica político-partidária no campo da justiça”⁶⁵, o que impossibilita a independência e a imparcialidade do juiz, requisitos necessários para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Zaffaroni prefere o termo “partidarização” ao invés de “politização”, afirmando que esse fenômeno ocorre quando partidos ou frações exercem pressão sobre o Judiciário. Segundo ele, não importa se o juiz chega a ser filiado a um partido, pois o que importa é a dependência que o juiz tem do partido para que tenha ascensão em sua carreira.

Quando, em uma estrutura judiciária dependente se designa qualquer obscuro advogado, por suas vinculações políticas ou profissionais, familiares, sociais etc. com o poder de turno, todos sabemos o que isso significa, e sua anterior militância ou filiação não faria mais do que confirmar o que já sabíamos. Quando o autoritarismo é tão expressivo que se lhe exige faticamente a filiação ao partido oficial, isto não passa de uma confirmação da natureza do regime político de que se trata, isto é, de sua mera franqueza⁶⁶.

Da exposição feita no capítulo 3, pode-se afirmar que o Executivo no Brasil sempre foi um poder fortalecido, sendo o abuso da utilização das medidas provisórias um grande exemplo. Contudo, a Constituinte deixou de considerar tal

⁶⁵ BRANCO, Eduardo Lago Castello. **Controle concentrado de constitucionalidade e democracia**: ação declaratória de constitucionalidade e construção jurisprudencial. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, 2006.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 98.

fato ao atribuir exclusivamente ao Chefe do Executivo federal a nomeação dos membros da mais alta Corte do país, o que fortaleceu aquele ainda mais, pois a nomeação de todos os ministros do STF pelo Presidente da República pode fazer com que os desejos políticos deste sejam determinantes da decisão daqueles, sendo fruto de um pacto de gratidão e de reciprocidade entre os ministros e o Presidente da República.

Acerca da influência da vontade política do líder do Executivo federal nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, André Augusto Salvador Bezerra assevera que

a sensibilidade política que se espera dos Ministros do Supremo Tribunal Federal poderá, portanto, confundir-se com a sensibilidade política do Presidente da República. O pluralismo que se espera da mais alta Corte do país poderá dar lugar ao monopólio da ideologia adotada pelo Executivo. O modelo inspirado por Kelsen poderá, em suma, converter-se no sistema de Schimdt⁶⁷.

O que se critica não é o teor político das decisões do STF, mas sim o seu teor puramente político, devido às pressões diretas dos membros do Executivo sobre essa Corte, que, em alguns casos, acabam influenciando muito mais do que as determinações do mundo jurídico. Assim também entende Janaina de Oliveira Cotta:

Diante desse caráter político da Constituição, muitos de nós, tantas vezes, cometemos o erro de buscar, no mundo das idéias políticas, justificativas para determinadas situações e até mesmo decisões que deveriam ter como fundamento fatores intrinsecamente jurídicos. Não que isto não poderia ocorrer, até mesmo porque as ligações entre direito e política são fortes. Mas, os conceitos políticos não podem, em momento algum, passar a definir e sobrepor ao mundo jurídico. Este hoje é um dos maiores problemas dentro da nossa realidade, principalmente no que tange à efetivação dos direitos fundamentais e interpretação dos princípios e normas constitucionais.

A confusão entre direito e política vem por causar grande discussão em torno de dois fenômenos que a doutrina contemporânea denominou de “politização do poder jurídico” e “judicialização da política”. A confusão entre o Jurídico e o político está por causar o distanciamento do cidadão aos instrumentos de controle instituídos pela própria Constituição. E o que é

⁶⁷ BEZERRA, André Augusto salvador. **Controle de constitucionalidade e democracia no Brasil**: os riscos da adoção de um modelo predominantemente concentrado. Disponível em <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=6079>>. Acesso em : 04 de maio de 2010.

pior: esta confusão gera a prevalência da conveniência, princípio essencialmente político, sobre os direitos fundamentais do cidadão⁶⁸.

Ora, o STF é fortemente inspirado na Suprema Corte Americana, sendo o modo de escolha dos membros dos dois tribunais realizados pela nomeação do Presidente da República com a sabatina do Senado. No capítulo 2, ao analisarmos o sistema constitucional estadunidense, demonstramos as fortes pressões que os partidos políticos e os membros do Executivo exercem sobre decisões da Suprema Corte, sendo um dos maiores fatores externos de influência na decisão. As críticas lá efetuadas podem ser transplantadas para o nosso sistema constitucional, assim como ocorreu com o controle constitucional difuso. Nesse sentido, José Luiz Quadros de Magalhães afirma que

[...] a história nos demonstrou o caráter político do órgão de cúpula do judiciário. A história nos demonstrou mais ainda: o método de escolha dos membros do STF em geral fortalece o executivo, como no Brasil no período Fernando Henrique onde o Executivo abafou o Judiciário e o Legislativo com o excesso de medidas Provisórias inconstitucionais. O contrário pode também ocorrer com o enfraquecimento ou mesmo comprometimento do governo se as forças políticas no Supremo forem manifestamente contrárias as forças políticas do parlamento e do executivo, como ocorreu no início do governo Roosevelt, onde ao final saiu vitorioso o executivo, em mais um exemplo do comprometimento político da Corte Suprema também nos EUA, desvio este originado justamente pela forma de escolha dos membros da Suprema Corte⁶⁹.

Assim como na Corte americana, a escolha dos ministros pelo Presidente é realizada de acordo com o partido a que pertencem, sob a influência do nepotismo, podendo-se citar o ministro Marco Aurélio, que foi nomeado por seu primo, o então Presidente da República Fernando Collor, e de acordo com o trânsito político do candidato a membro do STF diante da cúpula dos demais Poderes.

A influência do Executivo sobre o Supremo Tribunal Federal nos leva a concluir pela ilegitimidade deste último, já que não se encontra mais em uma posição imparcial perante a situação objeto de sua apreciação judicial, já que tem o rumo de sua atuação influenciado pelo governo.

⁶⁸ COTTA, Janaína de Oliveira. **Da influência política na hermenêutica constitucional**. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7604>>. Acesso em: 4 de maio de 2010.

⁶⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. **O controle de constitucionalidade e a reforma do Poder Judiciário: a necessidade de um novo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4554>. Consulta em: 24 de março de 2010.

O que vem ocorrendo no Brasil é que o Poder Executivo, já corrompido, vem tentando corromper o Judiciário através de seu poder e influência, ferindo de morte o princípio da separação e independência dos Poderes.

Para se ter noção da influência que o Executivo pode ter sobre o Judiciário, basta que se analise o quantitativo das indicações dos Ministros pelo nosso atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, pois dos 78 ministros que compõem a cúpula do judiciário brasileiro, o atual Presidente nomeou 52, com uma previsão de que sejam nomeados mais 14 ministros. No STF, dos onze ministros, sete foram nomeados pelo nosso atual Presidente da República, ou seja, a maioria dos componentes do Supremo Tribunal Federal⁷⁰. Ressaltando ainda que o Ministro Dias Toffoli, também indicado por Lula, foi assessor jurídico da Liderança do PT na Câmara dos Deputados de 1995 a 2000⁷¹ e também do atual Presidente da República⁷².

Como exemplo de julgado que não teve a técnica jurídica aplicada e foi resultado de influência política, podemos citar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 153, impetrada pela Ordem de Advogados do Brasil, que pedia uma interpretação conforme a Constituição da Lei n° 6.683/79, conhecida como Lei da Anistia, no que tange ao seu Art. 1°, para que se entendesse que os autores de crimes como homicídio, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor, praticados durante a Ditadura Militar, não fossem beneficiados com a anistia, já que não se deveria entendê-los como crimes conexos aos praticados por motivação política, ou seja, pretendia a declaração de permissão para que torturadores fossem responsabilizados.

Nos nossos países vizinhos, como Argentina, Chile e Uruguai, tem-se perseguido e punido os agentes estatais responsáveis por torturas, seqüestros e os demais crimes acima citados que ocorreram durante a Ditadura naqueles países, já que as leis de anistia aprovadas naqueles países foram revistas. Contudo, mais uma

⁷⁰ CARDOSO, Maurício. **Lula indicou 52 Ministros e pode indicar ainda mais 14**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-09/presidente-lula-indicou-51-ministros-ainda-indicar-15>>. Acessado em: 17 de maio de 2010.

⁷¹ TOFFOLI, José Antônio Dias. **Curriculum Vitae**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/CV_Dias_Toffoli28012010.pdf>. Acessado em 17 de maio de 2010.

⁷² CARDOSO, Maurício. **Lula indicou 52 Ministros e pode indicar ainda mais 14**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-09/presidente-lula-indicou-51-ministros-ainda-indicar-15>>. Acessado em: 17 de maio de 2010.

vez na contramão do que vem ocorrendo no mundo, o Brasil, por 7 votos a 2 dos ministros do STF, não revisará a Lei da Anistia, aprovada ainda durante a Ditadura, no início do processo de redemocratização, que foi controlado pelos militares e de forma mais elitizada que nos demais países, não havendo uma mobilização popular que exigisse a apuração e responsabilização pelos crimes cometidos. A referida lei foi uma “auto-anistia do estado torturador”⁷³.

Segundo Daniel Rafecas, julgador do ex-ditador argentino Raynado Bignone, “se um Estado democrático admite anistia, indulto ou uma lei que impeça a perseguição desses crimes bárbaros, o que se está fazendo é consagrar, de uma vez e para sempre, essa estratégia de impunidade arquitetada pelos ditadores”⁷⁴.

As influências externas no julgamento do processo em análise podem ser observadas em vários momentos, sendo a demora para a manifestação da Procuradoria Geral da República um desses, já que o prazo para o Procurador-Geral da República se manifestar é de cinco dias, mas foram utilizados mais de onze meses, durante os quais o processo permaneceu parado, mesmo após pedido de devolução dos autos feito pela OAB. O parecer da PGR, assim como o da AGU, foi pela improcedência da ação.

O clamor dos nossos juristas por uma decisão técnica, afastada das fortes influências políticas, começou em 2009. Hélio Bicudo, ex-integrante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pediu que o STF “se desligue da questão política e atue juridicamente, já que nesse sentido não há fundamento para essa interpretação que é contrária à própria conceituação do que seja uma anistia e do que seja uma lei da anistia”⁷⁵. No mesmo sentido, Dalmo Dallari, grande jurista e professor da USP, afirmou que “é lamentável ver todo um trabalho num sentido de impedir a punição dos torturadores”⁷⁶ e que “o que eles estão querendo fazer não é

⁷³ SEMER, Marcelo. **Não é esquecendo as atrocidades que deixaremos de repeti-las**. Disponível em <<http://www.blog-sem-juizo.blogspot.com>. Acesso em: 19 de maio de 2010.

⁷⁴ MAIA, William. Anistia a torturadores consagra estratégia de impunidade, diz juiz argentino. **Última Instância**, 28 de agos. 2009. Disponível em <http://www.http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/ANISTIA+A+TORTURADORES+CONSAGRA+ESTRATEGIA+DE+IMPUNIDADE+DIZ+JUIZ+ARGENTINO_65468.shtml>. Acesso em: 19 de maio de 2010;

⁷⁵ DOLME, Daniella. Lula não apóia punição a torturador para evitar rusga com militares, diz jurista. **Última Instância**, 13 de dez. 2009. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/LULA+NAO+APOIA+PUNICAO+A+TORTURADOR+PARA+EVITAR+RUSGA+COM+MILITARES+DIZ+JURISTA_67057.shtml>. Acesso em: 19 de maio de 2010.

⁷⁶ *Ibidem*.

aplicar o direito, é fazer uma aplicação política”⁷⁷. Fábio Konder Comparato, jurista e professor emérito da USP, asseverou que

Tudo se passou de acordo com a velha tradição brasileira: a lei tem duas faces: uma para fora e outra para dentro. Para fora, ela é uma lei civilizada, que procura anistiar os autores de delitos de opinião, tanto que a própria lei declara não estender a anistia aos autores de crimes violentos, nível terrorismo. Mas há uma face que olha para dentro: aí prevalece a dominação permanente dos donos do poder, ou seja, no caso os militares e seus cúmplices na sociedade civil, os banqueiros de São Paulo, por exemplo, e uma boa parte dos meios de comunicação de massa que apoiou o governo militar – notadamente os veículos da Rede Globo⁷⁸.

A Associação Juízes para a Democracia – AJD, com o fito de colher assinaturas para pressionar o STF a um julgamento mais ágil, lançou o manifesto “Não anistie torturadores”.

Contudo, todas essas manifestações não foram suficientes, tendo julgado o Supremo Tribunal Federal que cabe ao Legislativo rever a Lei da Anistia e não ao Judiciário apreciar sua constitucionalidade e determinar a interpretação que deve ser adotada.

Ora, a quem mais caberia a apreciação da constitucionalidade de uma lei senão ao Judiciário?

Abaixo colacionamos trecho de um texto do juiz Marcelo Semer que faz uma crítica aos votos dos ministros do STF no caso em comento, bem como demonstra que as decisões dessa Corte são profundamente influenciadas e tem sua estrutura jurídica abaladas por fatores externos:

A ministra Carmen Lúcia resumiu de forma curiosa seu voto pela improcedência da ação que buscava firmar os limites da anistia: “não vejo como reinterpretar uma lei, trinta e um anos depois”. No ano passado, todavia, o próprio STF em expressiva maioria, havia feito, em dimensão muito superior, o mesmo com a Lei de Imprensa. Entendeu-a totalmente contrária à Constituição, não trinta, mas quase quarenta anos depois de sua edição.

Os dois pesos e duas medidas são representativos do ativismo seletivo que toma conta do STF. Em certas questões, a Suprema Corte não se constrange em fazer papel de legislador – como quando decide que, a despeito da vontade expressa do constituinte que não a previu, a fidelidade partidária estaria escrita nas entrelinhas da lei. Em outros momentos, nega jurisdição. Como afirmou Eros Grau: a tarefa de rever a lei da anistia é do

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

Legislativo, não do Judiciário. Mas a tarefa de interpretar a lei é, e sempre será, do Judiciário⁷⁹.

Ainda como demonstração da politização de nosso Pretório Excelso, podemos citar a decisão da ADIN n° 223-6/DF, interposta pelo Partido Democrático Trabalhista, que requeria a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória n° 173, baixada pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello.

O referido Presidente baixou uma série de MP's de caráter econômico, administrativo e tributário conhecidas como Plano Collor I, dentre elas a MP n° 168/1990, que criou uma nova moeda e congelou os ativos financeiros acima de NCz\$ 50 mil.

Prevedo a enxurrada de ações que seriam interpostas, o Presidente baixou a MP n° 173/1990, que, em seu Art. 1°, proibia a concessão de medida liminar em mandado de segurança contra as Medias Provisórias n°s 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168. Com essa MP, a intenção do Executivo era, ainda que provisoriamente e em casos concretos, retirar do Judiciário os poderes de suspender a aplicação daquelas normas, o que frustraria a execução do plano presidencial.

Ao apreciar a ADIN n° 223-6/DF, apenas os ministros Paulo Brossard e Celso de Mello entenderam pela inconstitucionalidade da MP n° 173, os demais, acompanhando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, decidiram que cabia a cada juiz verificar se a MP, naquele caso concreto, estava ou não ferindo a Constituição Federal.

Essa decisão, embora não fosse a melhor para o governo, visto que da sua perspectiva o melhor seria a impossibilidade de se contestar as medidas governamentais, era-lhe ainda bastante interessante, pois que de um ponto de vista absolutamente racional, o número de cidadãos que buscaria o judiciário para afastar a incidência das medidas arbitrárias do governo, sempre seria menor do que a totalidade de cidadãos atingidos por uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Esta decisão se fosse tomada, simplesmente retiraria do mundo jurídico a norma declarada inconstitucional⁸⁰.

⁷⁹ SEMER, Marcelo. **Não é esquecendo as atrocidades que deixaremos de repeti-las**. Disponível em <<http://www.blog-sem-juizo.blogspot.com>. Acesso em: 19 de maio de 2010.

⁸⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 103.

O inusitado é que, em 9 de dezembro de 1993, ao julgar sobre a liminar da ADIN n° 975, interposta pela OAB com o fito de declarar a inconstitucionalidade da MP n° 375, editada pelo Presidente Itamar Franco, que apenas limitava a concessão de liminares contra o plano econômico do governo (diferentemente da MP n° 173, que proibia sua concessão), entendeu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade da referida norma, por obstaculizar a prestação jurisdicional e atentar contra a separação dos Poderes, pois, pasme-se, entenderam que ela sujeita o Judiciário ao Executivo.

Oscar Vilhena Viera utiliza como atenuante da ambigüidade do STF ao decidir sobre as duas últimas supracitadas ADIN's a alteração na composição STF nesse intervalo de três anos⁸¹. Contudo, houve alteração de apenas três ministros, o que impossibilita enquadrar a alteração da composição do STF como atenuante, já que a decisão pela procedência da ADIN n° 975 foi unânime, tendo quatro dos seis ministros que atuaram nesses julgamentos alterado seu entendimento.

Registre-se, mais uma vez, que a MP n° 375, avaliada pela ADIN n° 975 não vedava a concessão de MP, mas apenas dificultava.

Esses dois casos são alguns dos inúmeros exemplos de decisões polêmicas do STF que se furtaram da técnica jurídica e dos reclames da sociedade. Como afirmou Francisco Gerson Marques de Lima, em obra que analisou a crise por que passa o Supremo Tribunal, “a posição tomada pelo STF nas turbulências políticas tem sido, predominantemente, de “aquiescência” às deliberações governamentais”⁸².

4.3 Do problema da enorme de quantidade de processos no Judiciário

A politização do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a manipulação desse órgão pelo Executivo federal, impossibilitando a prolação de decisões contrárias aos interesses governamentais, é um dos motivos que levaram a uma evolução

⁸¹ *Ibidem*

⁸² LIMA, Francisco Gerson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal: na crise institucional brasileira**. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 167.

normativa no sentido de enfraquecer o controle difuso de constitucionalidade, pois é mais fácil controlar os ministros do STF do que os juízes ordinários e os demais tribunais.

Contudo, a atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões do Pretório Excelso e a criação das súmulas vinculantes – ou seja, o enfraquecimento do controle difuso, não pode ser descartado como tentativa de limitar a quantidade de processos a serem interpostos no Judiciário.

Embora não seja a principal razão para o enfraquecimento do difuso, já que, como demonstrado, é a fácil manipulação do STF pelo Executivo, a enorme quantidade de processos no STF e em todas as instâncias do Judiciário nacional influenciou nesse processo de decadência do difuso.

Como será demonstrado, o Supremo Tribunal Federal não tem condições estruturais de analisar o grande número de processos que diariamente a ele são submetidos, por vezes de matéria repetida, nem os juízos das demais instâncias tem condições de atender a demanda.

Como ilustração, abaixo colacionamos estatística divulgada pelo próprio STF na internet da quantidade de processos recebidos, distribuídos e julgados:

Tabela 1: Movimento processual do STF entre os anos de 1999 e 2009.

Movimentação STF	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Proc. Protocolados	68.399	105.307	110.771	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	119.324	100.781	84.369
Proc. Distribuídos	54.437	90.839	89.574	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938	66.873	42.729
Julgamentos	56.307	86.138	109.692	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	159.522	130.747	121.316
Acórdãos publicados	16.117	10.770	11.407	11.685	10.840	10.674	14.173	11.421	22.257	19.377	17.704

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF⁸³

Acerca da estatística do STF referente ao ano de 1999, o professor e Doutor Gérson Marques apresenta o seguinte panorama:

[...] no total, o STF realizou 160 (cento e sessenta) sessões, julgando colegiadamente ao todo (Pleno+Turmas) 12.617 feitos (Tabela 02), do que resulta uma média de 78,85 processos por sessão (Tabela 03). Considerando que, em geral, as sessões têm duração de 04 (quatro) horas (das 13:30h às 17:30h – art. 123 RI-STF), conclui-se ter o órgão julgado, por

⁸³ Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimento Processual](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimento%20Processual)>. Consulta realizada em 26 de maio de 2010.

cada hora, 19,7 processos; ou seja, levou 3,04 minutos para julgar cada processo. Neste total de sessões foram incluídas as 04 de natureza meramente administrativa, por fidelidade a tabela do BNDPJ, apesar de nelas não se julgar matéria judicial. E, na contagem destes poucos minutos, não se mensurou o tempo das sustentações na tribuna pelo advogados, eventuais atrasos e incidentes naturais dos órgãos colegiados, as discussões que ensejam determinados pronunciamentos, etc. computando-se estas intempéries, por certo o pequeno período para o julgamento de cada processo ficará reduzido a quase nada⁸⁴.

Assim como o nosso Pretório Excelso, todo o nosso Judiciário encontra-se abarrotado de processos, sendo o fortalecimento do STF através da atribuição do efeito vinculante às suas decisões uma solução para facilitar e acelerar o julgamento dos processos nas demais instâncias, já que estas se limitariam a reproduzir o entendimento já firmado de nosso Supremo Tribunal que se encontra no ápice de nossa pirâmide hierárquica judicial, não tendo nada de anormal fazer com que a decisão desse órgão seja respeitada pelos demais que lhe são hierarquicamente inferiores.

Não podemos deixar de lado o princípio constitucional expresso da razoável duração do processo, que vem sendo considerado uma mera utopia por causa das pilhas de processos que, empoeirados, se acumulam nas secretarias do nosso Judiciário, já que a condição atual impossibilita a prestação de uma efetiva tutela jurisdicional, fazendo com que o retardamento na apreciação das demandas seja considerado um elemento processual essencial.

Não estamos defendendo uma grande mitigação do princípio do acesso à tutela jurisdicional, através da decadência do controle difuso, em favor do princípio da razoável duração do processo, mas que haja uma ponderação para que os dois princípios sejam efetivados, como determina a boa hermenêutica.

⁸⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal: na crise institucional brasileira**. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 60.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise realizada do controle de constitucionalidade brasileiro, podemos concluir que ele é misto, sendo resultado da aplicação e acumulação, por vezes desordenada, do controle de constitucionalidade difuso e do controle de constitucionalidade concentrado.

Originariamente, o exame de constitucionalidade das normas brasileiras ocorria através do sistema difuso. Contudo, paulatinamente, foi-se atribuindo maior área de atuação ao controle concentrado, podendo-se afirmar que, atualmente, este prevalece sobre aquele.

Conforme demonstrado no capítulo 3, referente à evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, as alterações que fortaleceram o método concentrado foram implantadas com o intuito escuso de limitar a atuação dos juízes ordinários, que não eram tão “dóceis” quanto os ministros do Supremo Tribunal Federal, corte que se encontra no ápice de nosso Judiciário.

Apesar de entendermos que o controle difuso exerce um papel de grande relevância na defesa e efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois muitas vezes uma análise meramente abstrata da norma não nos permite prever hipótese em que esta poderia ser inconstitucional, bem como é através desse método que o cidadão pode defender ativamente seus direitos, não vemos com maus olhos a fortificação do controle concentrado, pois limita o número de processos interpostos, já que o Judiciário encontra-se em seu ponto de saturação operacional, bem como faz com que os cidadãos sejam tratados com isonomia, pois uma lei será declarada constitucional ou não para todos, evitando um descompasso da jurisprudência nacional com o efeito *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Além do mais, nada mais natural do que criar instrumentos que possibilitem que decisões de um tribunal hierarquicamente superior sejam respeitadas.

A decadência do controle difuso e a conseqüente fortificação do controle concentrado levaram a uma ampliação da competência e da área de atuação do

Pretório Excelso. O problema na decadência do controle difuso e na conseqüente ampliação de poderes do STF está na manipulação deste pelo Executivo federal.

Essa atribuição de amplos poderes ao Pretório Excelso em detrimento dos juízes da primeira instância ocorreu, como exposto no capítulo 3, pela fácil manobra dos membros do STF pelo Executivo, já que o Presidente da República, sozinho, apenas necessitando de um aval do Senado, é quem nomeia todos os ministros

A manipulação do Pretório Excelso pelo Executivo federal, ou seja, a politização do STF, fez com que aquele ficasse em descrédito, fez com que perdesse sua legitimidade, já que vem desapontando a sociedade quando se manifesta em decisões polêmicas e de relevância.

O Supremo Tribunal Federal encontra-se maculado pelos vícios que já dominam o Executivo e esse afinamento do STF com outros Poderes fazem com que suas decisões sejam contrárias à técnica jurídica e a favor de medidas governamentais, mesmo que estas sejam inconstitucionais, antipáticas, como nos dois casos apresentados.

Pode-se concluir que o STF está em plena crise, que se deve, entre outros fatores, ao grande número de processos de sua competência, como demonstrado no item 4.3, ao pacto de gratidão existente entre os ministros e quem os nomeia, à ilegitimidade do órgão, que, ao agir em desconformidade com os interesses da população e com os ditames constitucionais, encontra-se em descrédito, e à falta de independência dos ministros perante o Executivo.

Concordamos com Zaffaroni, como demonstrado no capítulo 2, que é essencial que, no controle de constitucionalidade concentrado, a nomeação dos membros do órgão competente para esse controle não seja concentrada, mas sim difusa, diversificada, para que se possa garantir uma maior independência dos nomeados para tão importante atribuição.

É claro que não podemos deixar de notar que também precisamos de uma reforma moral e ética dos membros de nossos tribunais superiores.

Assim, concluímos ser primordial uma alteração na maneira de ingresso dos membros do Supremo Tribunal Federal, com a participação dos cidadãos, dos magistrados, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, do

Congresso Nacional e do Presidente da República, para que haja uma maior independência dos ministros e democracia em sua escolha.

Reiterando de forma sucinta nossa conclusão, entendemos que o controle difuso de constitucionalidade encontra-se em decadência e que, apesar de importante para a defesa dos direitos fundamentais das pessoas comuns, não vemos com maus olhos esse declínio, que limita o número de processos em trâmite no Judiciário e que gera a ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal, se esse órgão se tornar uma corte legítima e, ao apreciar os processos de sua competência, atuar de acordo com os parâmetros técnico-jurídicos e com os reclames da sociedade e não como um tribunal na defesa dos interesses governamentais, deturpando inclusive as interpretações das normas para atender aos interesses do Executivo.

Essa alteração na formação e na atuação dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal pode ser alcançada com a modificação no seu método de escolha, que se encontra nas mãos do Presidente da República.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BAROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários**. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf>. Consulta em: 07 de maio de 2010.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**; tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Edições Almedina.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1985.

BEZERRA, André Augusto Salvador. **Controle de constitucionalidade e democracia no Brasil**: os riscos da adoção de um modelo predominantemente concentrado. Disponível em <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=6079>>. Acesso em: 04 de maio de 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Ato institucional nº 5**. Brasília: 1968, art. 10. Disponível em <http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.htm>. Consulta em: 01 de maio de 2010.

_____. Constituição (1824). **Constituição política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: 1824.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1937.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1946, redação após a alteração realizada pelo Ato Institucional nº 2.

_____. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1969, redação após a alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 7.

_____. **Lei nº 6683**. Brasília: 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Consulta realizada em 04 de junho de 2010.

BRANCO, Eduardo Lago Castello. **Controle concentrado de constitucionalidade e democracia**: ação declaratória de constitucionalidade e construção jurisprudencial. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984.

CARDOSO, Maurício. **Lula indicou 52 ministros e pode indicar ainda mais 14**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-09/presidente-lula-indicou-51-ministros-ainda-indicar-15>>. Acessado em: 17 de maio de 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1999.

COTTA, Janaína de Oliveira. **Da influência política na hermenêutica constitucional**. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7604>>. Acesso em: 4 de maio de 2010.

DOLME, Daniella. Lula não apóia punição a torturador para evitar rusga com militares, diz jurista. **Última instância**, 13 de dez. 2009. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/LULA+NAO+APOIA+PUNICAO+A+TORTURADOR+PARA+EVITAR+RUSGA+COM+MILITARES+DIZ+JURISTA_67057.shtml>. Acesso em: 19 de maio de 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

GODINHO, Marcello; DUARTE, Fernanda. **Notas sobre a Suprema Corte norte-americana**. Disponível em <http://www.ajuferjes.org.br/PDF/010artigo_02.pdf>.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal: na crise institucional brasileira**. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O controle de constitucionalidade e a reforma do Poder Judiciário: a necessidade de um novo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4554>. Consulta em: 24 de março de 2010.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: *Rechtsstaat* como referência semântica na memória de Weimar**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2007.

MAIA, William. Anistia a torturadores consagra estratégia de impunidade, diz juiz argentino. **Última instância**, 28 de agos. 2009. Disponível em <http://www.ultimainstancia.uol.com.br/noticia/ANISTIA+A+TORTURADORES+CONSAGRA+ESTRATEGIA+DE+IMPUNIDADE+DIZ+JUIZ+ARGENTINO_65468.shtml>. Acesso em: 19 de maio de 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n° 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 41, n° 162, abril/junho, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao controle de constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceito, sistemas e efeitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte**: um estudo comparado. Disponível em <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Pinto_n30.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2010.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (org). **Estudos de direito constitucional e urbanístico**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

SEMER, Marcelo. **Não é esquecendo as atrocidades que deixaremos de repetilas**. Disponível em <<http://www.blog-sem-juizo.blogspot.com>>. Acesso em: 19 de maio de 2010.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Acesso em: 10 de maio de 2010.

TOFFOLI, José Antônio Dias. **Curriculum Vitae**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/CV_Dias_Toffoli28012010.pdf> . Acessado em 17 de maio de 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.