



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**AMIR BARROSO KHODR**

**O NOVO CENÁRIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS  
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO:**

**PREVALÊNCIA DOS PRECEDENTES, CONTROLE DE SENTENÇAS E ATOS  
NORMATIVOS E A OBSOLESCÊNCIA DA ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL**

**BRASÍLIA-DF**

**2015**

**AMIR BARROSO KHODR**

**O NOVO CENÁRIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS  
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO:**

**PREVALÊNCIA DOS PRECEDENTES, CONTROLE DE SENTENÇAS E ATOS  
NORMATIVOS E A OBSOLSCÊNCIA DA ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

**BRASÍLIA-DF**

**2015**

Khodr, Amir Barroso.

O Novo Cenário do Controle Difuso de Constitucionalidade das Normas do Direito Brasileiro: Prevalência dos Precedentes, Controle de Sentenças e Atos Normativos e a Obsolescência da Atuação do Senado Federal/ Amir Barroso Khodr – Brasília, 2015.

117 Folhas.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

1. Direito Constitucional. 2. Controle Constitucionalidade Norte-Americano. 3. *Stare Decisis*. 4. Constituição de 1891. 5. Controle Incidental de Constitucionalidade. 6. Recurso Extraordinário. 7. Constituição de 1934. 8. Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade. 9. Mutação Constitucional da atuação do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade. 10. Reclamação Constitucional n.º 4.335/AC.

CDU- XXX.XX

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, sem permissão expressa do autor. (Artigo 184 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.635, de 16-03-1993).

**AMIR BARROSO KHODR**

**O NOVO CENÁRIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS  
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO:**

**PREVALÊNCIA DOS PRECEDENTES, CONTROLE DE SENTENÇAS E ATOS  
NORMATIVOS E A OBSOLESCÊNCIA DA ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL**

Aprovada pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção\_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora:**

---

**Examinador:**

---

**Examinador:**

*Ao amor da minha vida, Isabela Klin, por todo amor, carinho e paciência demonstrados durante minha trajetória acadêmica e profissional. Sem você jamais teria alcançado meus objetivos. Te amo muito.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço aos meus queridos pais, Hassan e Gladis, por terem sempre estimulado a minha busca pelo aperfeiçoamento acadêmico e profissional, não poupando esforços para que eu atingisse tais objetivos.

Agradeço à minha namorada Isabela Klin por sempre me estimular a ser uma pessoa melhor. Antes de te conhecer jamais imaginaria poder chegar em patamares tão altos. Obrigado por tudo, Amor!

Agradeço, também, à minha querida sogra, Nena Lentini, por toda a ajuda durante a confecção deste trabalho. Sem as suas revisões esta monografia jamais teria sido realizada da maneira do qual imaginei.

Um grande agradecimento aos meus avós – da família Khodr, Barroso e Klin – por sempre acreditarem em meu potencial e por servirem de inspiração para o desenvolvimento de meu caráter. Vocês são partes essenciais em minha vida.

Por fim, agradeço aos meus animais/filhos Bianca, Amy, Carol, Eddie e Preta, por compreenderem as minhas ausências em inúmeros sábados dedicados às aulas do curso de pós-graduação.

## RESUMO

O controle incidental de constitucionalidade brasileiro, introduzido pela Constituição de 1891, foi a sistemática encontrada pelo direito brasileiro para se conferir ao Poder Judiciário a competência de analisar a lei eivada de inconstitucionalidade. O controle incidental obteve influências diretas do direito norte-americano, no entanto, olvidou-se de conferir eficácia geral aos julgados oriundos das Cortes Superiores – conforme a doutrina consuetudinária do *stare decisis*. Apenas com a o advento da Constituição de 1934 é que tal problemática pareceu solucionada, através da introdução de dispositivo constitucional que previa a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal, após a declaração em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar da fórmula de 1934 ser inicialmente considerada como a expressão do *stare decisis* no Brasil, tal mecanismo conferiu papel subjetivo à atuação do Senado Federal, gerando-se uma das maiores discussões relativas ao direito constitucional brasileiro. Em virtude da complexidade do mecanismo da suspensão da execução, parte minoritária da doutrina a sustentava a alteração do papel do Senado Federal, tornando sua atuação para o caráter objetivo com intuito de dar mera publicidade aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente uma corrente minoritária que encontrava inúmeras críticas, tal entendimento voltou a possuir extrema relevância após a proposição da Reclamação n.º 4.335/AC. Atualmente, a tal corrente ganha força, propondo a releitura da atuação do Senado Federal através mutação constitucional.

Palavras-Chave: 1. Direito Constitucional. 2. Controle Constitucionalidade Norte-Americano. 3. *Stare Decisis*. 4. Constituição de 1891. 5. Controle Incidental de Constitucionalidade. 6. Recurso Extraordinário. 7. Constituição de 1934. 8. Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade. 9. Mutação Constitucional da atuação do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade. 9. Reclamação Constitucional n.º 4.335/AC.

## **ABSTRACT**

The Brazilian judicial review, introduced by the Constitution of 1891, was the system designed by Brazilian law to confer the Judiciary the competence to analyze the unconstitutional law. The Brazilian judicial review had direct influences from the North-American law, however, it failed to grant general effects to the rulings of the higher courts of justice – accordingly to the customary doctrine of the *stare decisis*. Only with the advent of the 1934 Constitution, that this problem seemed solved, by introducing a constitutional provision that administered competence to the Senate to suspend the execution of the unconstitutional law, definitively ruled by the Supreme Court. Initially considered the Brazilian expression of the *stare decisis*, the 1934 formula conferred a subjective roll to the Senate, generating one the major discussions related to the Brazilian constitutional law. Due to the complexity of the suspension mechanism, a minor part of Brazilian scholars defended altering the Senate's roll, making it objective, in order to grant simple publicity to the precedents of the Supreme Court. Initially, a minor a doctrine that encountered several critiques, such understanding became extremely relevant after the proposition of the *Reclamação n.º 4.335/AC*. Currently, this doctrine was strengthened, by proposing a new reading of the Senate's roll through a constitutional mutation.

Keywords: 1. Constitutional Law. 2. North-American Judicial Review. 3. Stare Decisis. 4. Constitution of 1891. 5. Brazilian Judicial Review. 5. Brazilian Writ of Error. 6. Constitution of 1934. 7. The Senate's roll on the Judicial Review. 8. Constitutional Mutation of the Senate's Roll. 9. *Reclamação Constitucional n.º 4.335/AC*.



## SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 O Controle de Constitucionalidade no Direito Norte-Americano – <i>Judicial Review</i> e a Doutrina do <i>Stare decisis</i> .....	12
1.1 Doutrina de Edward Coke e o Caso Bonham .....	12
1.2 Revolução Gloriosa e o Princípio <i>Supremacy of the English Parliament</i> .....	13
1.3 O Controle dos Atos das Colônias e o Direito Inglês.....	14
1.4 O Caso <i>Marbury v. Madison</i> e o <i>Judicial Review</i> .....	16
1.4.1 Histórico do caso <i>Marbury v. Madison</i> .....	16
1.4.2 Decisão da Suprema Corte e o Surgimento Do <i>Judicial Review</i> .....	21
1.4.3 O <i>Judicial Review</i> e a Doutrina de John Marshall.....	23
1.5 Legitimidade para o Controle de Constitucionalidade Segundo a Doutrina Marshall	23
1.6 Efeito Vinculante do Precedente – A Doutrina do <i>Stare Decisis</i> .....	25
1.6.1 Origem Histórica do <i>Stare Decisis</i> .....	25
1.6.2 O Sistema do <i>Stare Decisis</i> .....	28
1.6.3 Parâmetros Objetivos do <i>Stare Secisis</i> .....	29
1.6.4 O Precedente.....	32
1.6.5 <i>Overruling</i> – A Revogação de um Precedente .....	35
2 O Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro .....	37
2.1 Origem do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro .....	37
2.2 Considerações Gerais do Controle Difuso de Constitucionalidade Brasileiro .....	42
2.3 Pressupostos de Admissibilidade do Controle Difuso de Constitucionalidade Brasileiro .....	44
2.3.1 Pressupostos Subjetivos.....	44
2.3.2 Pressupostos Objetivos .....	46
2.4 Fundamentos Constitucionais do Controle Difuso de Constitucionalidade .....	53

2.5	O Recurso Extraordinário e o Controle Difuso de Constitucionalidade Brasileiro ...	56
2.5.1	Objeto do Recurso Extraordinário .....	61
2.5.2	Hipóteses de Cabimento do Recurso Extraordinário.....	63
2.6	Efeitos da Decisão no Controle Difuso de Constitucionalidade.....	70
3	O Novo Cenário do Controle Difuso de Constitucionalidade nas Normas do Direito Brasileiro: Prevalência dos Precedentes, Controle de Sentenças e Atos Normativos e a Obsolescência da Atuação do Senado Federal .....	74
3.1	O Evolucionismo da Suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal .....	74
3.2	O Papel do Senado Federal no Controle Incidental de Constitucionalidade Brasileiro	79
3.3	A Suspensão pelo Senado Federal da Execução de Lei Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Constituição de 1988 .....	84
3.4	A Dispensabilidade da Cláusula de Reserva de Plenário frente à Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal .....	89
3.5	A Impossibilidade de Equiparação Entre Súmula de Caráter Vinculante e o Precedente sob a Ótica do <i>Stare Decisis</i> Norte-Americano.....	93
3.6	A Mutação Constitucional do Artigo 52, Inciso X da Constituição Federal e o Novo Papel do Senado Federal no Controle Incidental de Constitucionalidade Brasileiro .....	96
	Conclusão .....	108
	Bibliografia.....	112

## INTRODUÇÃO

O controle incidental de constitucionalidade das leis e atos normativos, desde a sua primeira inserção no direito brasileiro em 1891, até os tempos atuais, tem sido de alvo inúmeros questionamentos inerentes ao seu papel na jurisdição constitucional brasileira.

Tal problemática surgiu em razão da não previsão pelas diversas Constituições brasileiras de um mecanismo que conferisse eficácia vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade – através parâmetros estabelecidos no instituto do *stare decisis* originário do *judicial review* do direito norte-americano.

Com o advento da Constituição Federal de 1934, foi introduzido um dispositivo constitucional que conferia ao Senado Federal a competência para suspender a execução de atos normativos declarados inconstitucionais no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal.

Tal dispositivo – atualmente previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição – foi uma tentativa do constituinte brasileiro de adotar um sistema que conferisse eficácia vinculante aos precedentes proferidos pelo Supremo Tribunal. Esse dispositivo levou a crer que, finalmente, seria introduzido um mecanismo que equipararia o controle de constitucionalidade brasileiro ao controle de constitucionalidade estadunidense.

No entanto, em razão da complexidade introduzida ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, através da previsão da atuação do Senado Federal, afastou-se a crença de que tal instituto seria uma espécie de *stare decisis* brasileiro. Dessa forma, inúmeros casos foram ao Supremo Tribunal Federal, com o intuito de se estabelecer a real atuação desta Casa Legislativa no controle incidental de constitucionalidade – sobretudo no caso da Reclamação 4.335/AC.

Ademais, com a ampliação dos legitimados à propositura das ações relativas ao controle abstrato de constitucionalidade por meio da Constituição Federal de 1988, o controle de constitucionalidade incidental passou a ser tratado como um instituto quase obsoleto para o direito brasileiro.

No entanto, em discussões mais recentes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, passou-se a propor uma novel sistemática que visa uma nova atuação para o controle incidental

de constitucionalidade, reacendendo, dessa forma, a incidência deste modelo de controle para o direito brasileiro.

Portanto, a presente discussão representa a própria sobrevivência do controle difuso de constitucionalidade e os efeitos que dele devem ser retirados. Por isso, o artigo 52, inciso X, da Constituição, assume maior importância do que a que lhe foi atribuída até o momento e necessita de estudo aprofundado acerca da sua atuação na jurisdição constitucional brasileira.

O presente trabalho será dividido em três partes que abordaram a sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil e no direito comparado. Para tanto, em primeiro momento, será desenvolvida a trajetória do *judicial review* no direito norte-americano – fonte direta do controle incidental de constitucionalidade brasileiro.

Posteriormente, será realizado estudo acerca da origem, processamento e feitos preliminares do controle incidental de constitucionalidade, tal qual praticado no direito brasileiro.

Por fim, serão analisadas as novas tendências inerentes ao controle de incidental constitucionalidade brasileiro, conforme os novos entendimentos sedimentados na doutrina, na jurisprudência e no âmbito do Poder Legislativo.

# 1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO NORTE-AMERICANO – *JUDICIAL REVIEW* E A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*

## 1.1 DOCTRINA DE EDWARD COKE E O CASO BONHAM

O controle dos atos estatais, inclusive daqueles emanados do Poder Legislativo, já era conhecido – muito antes das formas modernas de controle de constitucionalidade -, pelos países de tradições de *common law*. Tais mecanismos serviram de base para que no caso *Marbury v. Madison* fosse estabelecido o que hoje se denomina *judicial review of legislation*.<sup>1</sup>

No final da primeira metade do século XVII, durante o célebre caso Bonham, o magistrado Edward Coke declarou que as leis e atos do parlamento estão submetidas a um direito superior, isto é, ao *common law*. Nesse sentido, quando tais diplomas que desrespeitarem a noção de direito comum, estes serão considerados nulos e destituídos de eficácia. Segundo essa doutrina, o *common law* controlará os atos do parlamento e, algumas vezes, os julgará absolutamente nulos. Isso porque, quando um ato do parlamento for contrário a um direito ou razão comum, ou impossível de ser aplicado, o *common law* irá controlá-los e julgá-los nulos.<sup>2</sup>

Dessa forma, é cabível imputar:

O *common law* irá controlar os atos do Parlamento, e as vezes os julgará absolutamente nulos: pois quando um ato do Parlamento vai contra a razão ou direito comum, ou repugnante, ou impossível de ser aplicado, o *common law* irá controlá-lo e julgá-lo nulo.<sup>3</sup>

Portanto, durante a decisão do caso Bonham, criou-se, de forma embrionária, o parâmetro para a fundamentação do controle de constitucionalidade das leis, extraíndo-se daí a

---

<sup>1</sup> TREANOR, William Michael. *Judicial review before Marbury*. Stanford Law Review, 2005. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/articles/treanor.pdf>>. Acesso em: 06/01/2014.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 793.

<sup>3</sup> The *common law* will control acts of the Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void. (GROTE, Rainer. *Rule of law, etat de droit and Rechtsstaat – the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em: [www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html](http://www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html)>. Acesso em: 13/01/2014.

noção de que o poder judicial no *common law* primitivo era exercido mediante uma lógica semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais.<sup>4</sup>

## 1.2 REVOLUÇÃO GLORIOSA E O PRINCÍPIO *SUPREMACY OF THE ENGLISH PARLIAMENT*

Na Revolução Gloriosa de 1688, os legisladores e juízes da Inglaterra, uniram-se contra o poder do monarca em prol dos direitos do povo, com o intuito de criar limitações ao seu poder máximo.<sup>5</sup> Com a advento da Revolução Gloriosa, a doutrina estabelecida por Edward Coke foi substituída pelo princípio da *supremacy of the English parliament*.<sup>6</sup>

Ainda nessa vertente, é cabível destacar:

Tal doutrina [a de Coke] foi abandonada na Inglaterra com a revolução gloriosa de 1688, quando então foi proclamada a doutrina contrária – ainda hoje respeitada naquele país –, da supremacia do parlamento. Porém, da doutrina Coke restaram os frutos, ao menos Estados Unidos, e estou me referindo como é óbvio, aos frutos que hoje são chamados de *judicial review* e *supremacy of the judiciary*.<sup>7</sup>

Contudo, apesar da doutrina Coke ter sido de fato superada, a Revolução de 1688 não fez desaparecer a noção de que o parlamento e as leis são submetidas ao *common law*. Ademais, não é adequado sustentar que o juiz, a partir desse momento, passou a estar submetido ao Legislativo, nem, muito menos, que o direito das colônias passou a dever respeito unicamente à produção do parlamento.<sup>8</sup>

Dessa forma, os atos estatais, inclusive os atos judiciários, continuaram a ter como plano de fundo o *common law*. Portanto, toda norma elaborada pelo Legislativo teria de estar inserida no *common law*.

---

<sup>4</sup> HALL, Kermit. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford Press University, 1999. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=nO093wNz1PoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=nO093wNz1PoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 06/01/2014.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 794.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 38.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> SARLET, Op. Cit., p. 795.

Vale acrescentar que a Revolução não teve a finalidade de elevar as leis a uma posição suprema, ou a intenção de dotar o parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito. Na realidade, deu-se ênfase ao *common law* para que houvesse uma contenção do poder real.<sup>9</sup>

De igual forma, não se pode imputar que o princípio da supremacia do parlamento inglês submetia o poder real ao Legislativo. Na realidade a submissão do rei é ao direito inglês como um todo. Tal submissão visava a contenção dos excessos por parte do monarca, além do que determinava o conteúdo da produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme ao direito consuetudinário.

O princípio do *supremacy of the English parliament* não teve intenção de submeter o juiz ao parlamento ou mesmo a finalidade de impedir o juiz de aplicar o *common law* contra a própria lei. Dessa forma, tal princípio teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito sobre o monarca, e não o propósito de significar a onipotência da lei ou absolutismo do parlamento.<sup>10</sup>

### 1.3 O CONTROLE DOS ATOS DAS COLÔNIAS E O DIREITO INGLÊS

As colônias da coroa inglesa, regidas por Cartas, eram impossibilitadas de editar normas e atos legislativos que contrariassem o direito inglês. Por conseguinte, a supremacia do parlamento inglês se impunha e se exercia através de tais Cartas, posto que não se permitia a aplicação judicial das leis coloniais contrastantes.<sup>11</sup>

Com a independência das colônias, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições e, como ocorria preteritamente, os juízes possuíam a consciência e a prática de decretar a nulidade de leis que violassem as Cartas expedidas pelo reino inglês. Logo, tornou-se natural que houvesse controle sobre leis que contrariassem as Constituições dos Estados que acabavam de obter independência.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 796.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> WOOD, Gordon. *The creation of the American republic, 1776-1787*. University of North Carolina Press: 1998. p. 268.

<sup>12</sup> SARLET, Op. Cit., p. 797.

Ainda segundo esse entendimento é importante destacar:

Tais Cartas podem ser consideradas as primeiras constituições das colônias, seja porque eram vinculantes para a legislação colonial, seja porque regulavam as suas estruturas jurídicas fundamentais. Tais Constituições frequentemente estabeleciam a possibilidade de as colônias aprovarem as suas próprias leis, porém sob a condição de serem “razoáveis” e “não contrárias às leis do Reino inglês”, e, assim, não destoantes da vontade suprema do parlamento. Exatamente em virtude da ideia de supremacia da lei – em unísono com a doutrina da *Supremacy of the English Parliament* – que, em diversos casos (alguns tornados célebres), o *Privy Council* do Rei decidiu que as leis deveriam ser aplicadas pelos juízes da colônia apenas se não estivessem em contradição com as leis do Reino. [...] Com efeito, quando em 1776 as colônias inglesas da América proclamaram a sua independência da Inglaterra, um dos primeiros atos de independência foi o de substituir as velhas ‘Cartas’ pelas novas Constituições, entendidas como *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes. E como, no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juízes as leis contrárias às ‘Cartas’ coloniais e às ‘leis do reino’, assim não é correto admirar-se de que a mesma nulidade e não aplicabilidade devesse, depois de ser afirmada, e com bem maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas Constitucionais dos Estados independentes.<sup>13</sup>

Assim, seguindo esse entendimento, afirma-se que o princípio da *Supremacy of the English Parliament*, ao realizar a sobreposição do direito inglês à produção legislativa nas colônias, fez surgir, no direito norte-americano, um fenômeno peculiar e oposto ao que era realizado no período colonial, isto é, criou-se o princípio do *Supremacy of the Judiciary*. Nessa vertente, o princípio da superioridade do parlamento inglês teria colaborado para o surgimento do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. Tal princípio, ao fundamentar o controle dos atos das colônias, constituiu o plano primário para o controle de constitucionalidade das leis.<sup>14</sup>

Ademais, é cabível demonstrar que a legislação das colônias não era verdadeiramente submetida à lei inglesa; na realidade aquela era apenas vinculada a esta. Assim, o controle da legitimidade das leis coloniais ocorria a partir do *common law* – posto que o Parlamento estava submetido, quanto a sua atuação, a um metadireito denominado de *common law*.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 39-62.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 796.

<sup>15</sup> WOOD, Gordon. *The creation of the American republic, 1776-1787*. University of North Carolina Press: 1998. p. 465.



Vale acrescentar que, com a Revolução Americana, os juízes não sofreram limitações do princípio da separação dos poderes como ocorreu na França pós-revolução. Os magistrados americanos, além de contarem com a confiança do povo, não estavam submetidos às pressões de um poder investido no parlamento e, que tinha unicamente o instrumento de construção do novo regime.

#### **1.4 O CASO *MARBURY V. MADISON* E O *JUDICIAL REVIEW***

O *judicial review* é um dos mecanismos mais poderosos das cortes federais nos Estados Unidos. Conforme já evidenciado ao longo da história, os constituintes – ou *framers* – possuíam um *animus* implícito de que os tribunais obtivessem o poder do *judicial review*. Contudo tal técnica de controle de constitucionalidade não foi efetivamente mencionado na Constituição norte-americana.

Apesar de ter a previsão apenas implícita, essa técnica de controle de constitucionalidade foi aplicada diversas vezes no direito americano, tornando-se, portanto, uma das formas mais emblemáticas de se controlar a constitucionalidade no direito contemporâneo.

Como será posteriormente abordado, a primeira vez em que um ato do Poder Legislativo encontrou sua inconstitucionalidade foi no caso *Marbury v. Madison*. Contudo, antes do caso supracitado, existiram dois precedentes na própria jurisprudência norte-americana, nos quais as ideias iniciais do controle de constitucionalidade foram suscitadas: o *Hayburn's case* e o *Case Hylton v. United States*. Vale acrescentar que em ambos os casos as cortes foram arguidas acerca de uma suposta inconstitucionalidade. No entanto, não houve a efetiva declaração de inconstitucionalidade – como ocorreu no caso *Marbury v. Madison*.<sup>16</sup>

##### **1.4.1 HISTÓRICO DO CASO *MARBURY V. MADISON***

Em 1800, o cenário político do governo norte-americano passava por uma série de mudanças. O partido Federalistas, antes detentor da maioria dos cargos no Parlamento e na

---

<sup>16</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. Método: 2013. p. 242.

Presidência, perdeu para o partido Republicano as eleições presidenciais.<sup>17</sup> Com efeito, ao final de 1800, o então presidente John Adams estava prestes a ser substituído pelo republicano Thomas Jefferson.

Com o intuito de permanecer com parcela do poder político, no início de 1801 o Congresso norte-americano, cuja maioria então era federalista, aprovou uma lei autorizando a nomeação de 42 juizes de paz para os Distritos de Columbia e Alexandria. Vale acrescentar que todos os nomeados aos cargos eram filiados e membros do partido Federalista. Essas nomeações receberam a denominação de *midnight appointments*, posto que eram realizadas muitas vezes de um dia para o outro.

No dia três de março de 1801 – um dia antes da posse do novo presidente e membro do partido Republicano, Thomas Jefferson – o Senado confirmou as nomeações dos 42 juizes. Assim, em seu último dia de governo o presidente Adams assinou os atos de investidura que deveriam ser entregues aos novos juizes pelo então Secretário de Estado John Marshall.<sup>18</sup>

Vale colacionar que John Marshall já havia sido indicado pelo presidente John Adams para presidir a Suprema Corte, tendo prestado compromisso em 4 de fevereiro de 1801. Contudo, Marshall permaneceu ocupando o cargo de Secretário de Estado por solicitação expressa do Presidente Adams. Por fim, John Marshall apenas tomou posse no cargo de Presidente da Suprema Corte após o efetivo término do mandato presidencial de Adams. Apesar da rapidez na nomeação e aprovação dos novos magistrados, Marshall não teve tempo suficiente para entregar os atos de investidura a todos os juizes de paz. Dentre tais juizes estava William Marbury.<sup>19</sup>

Com o início do mandato presidencial do Presidente Thomas Jefferson, o cargo de Secretário de Estado passou a ser ocupado por James Madison. Tendo em vista que o novo detentor do cargo de Secretário de Estado era membro do partido Republicano, este, sabendo do planejamento arquitetado pelo partido rival, negou-se a entregar os atos de investidura aos novos juizes de paz nomeados durante o governo do presidente John Adams.<sup>20</sup>

Nessa vertente, William Marbury que havia sido cabalmente prejudicado pela decisão do atual Secretário de Estado, ao final do ano de 1801, propôs um *writ of mandamus*

---

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 810.

<sup>18</sup> NOWAK, John. *Principles of constitutional law*. 4 ed. Concise Hornbook, 2010. p. 2.

<sup>19</sup> SARLET, Op. Cit., p. 810.

<sup>20</sup> NOWAK. Op. Cit., p. 3.

perante a Suprema Corte, requerendo a ordem para que Madison lhe entregasse o ato de investidura. É importante acrescentar que a ação foi proposta com base no parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789.<sup>21</sup>

O caso veio a julgamento pela Suprema Corte no ano de 1803. O *Chief Justice* John Marshall – utilizando suas concepções estabelecidas pela militância no partido Federalista –, entendeu que Marbury possui o direito à investidura no cargo. Para tanto, Marshall tomou como base o ato do Congresso que autorizou a nomeação dos juízes de paz. Nesse sentido, afirmou que a investidura constituía um *vested legal right*, isto é, um direito a ele inerente, não podendo ser dele retirado.<sup>22</sup>

Seguindo essa vertente, Marshall entendeu que, diante do caso concreto, deveria ser introduzido um instrumento processual para que pudesse haver a tutela de tal direito. Marshall raciocinou nos termos de que todo direito deve ter à sua disposição um instrumento processual para protegê-lo. Assim, defendeu que tal problemática não teria ocorrido se a questão tivesse cunho político ou fosse submetida à discricionariedade do Poder Executivo. Portanto, na análise do *writ of mandamus*, restou consignado que o ato processual constitui ordem para uma autoridade praticar ação específica. Nesse sentido, Marshall indagou se ele poderia ser utilizado contra autoridades que fizessem parte do executivo. Assim, foi constatado que existem dois atos do Poder Executivo que não são passíveis do *judicial review*: aqueles que, em sua essência, tem natureza política e os que a Constituição ou as leis colocam em completa discricionariedade ao Poder Executivo. Todavia, situação diversa existiria na hipótese em que a Constituição ou a lei lhe impõe determinado dever. Neste caso, afigurando-se legítima a atuação do Judiciário em face de ilegalidade específica, não haveria intromissão no Poder.<sup>23</sup>

Ao analisar o “poder”, isto é a competência da Suprema Corte para apreciar o caso concreto, pronunciar-se e conceder o *mandamus*, Marbury observou a inerência de um conflito entre o parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789 e o artigo 3º da Constituição. Dessa forma, o parágrafo 13 da Lei de 1789 alterou a competência originária da Suprema Corte, atribuindo-lhe o poder para apreciar e julgar outras ações originárias, como a proposta por William Marbury. Com efeito, John Marshall interpretou o artigo 3º da Constituição como norma que fixou e

---

<sup>21</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em 13/01/2013.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 811.

<sup>23</sup> NOWAK, John. *Principles of constitutional law*. 4 ed. Concise Hornbook, 2010. p. 2-3.

limitou a competência originária da Suprema Corte, concluindo que o Congresso poderia alterar apenas a competência recursal.<sup>24</sup>

Diante do latente conflito entre o parágrafo 13 da Lei de 1789 e o artigo 3º da Constituição, Marshall chegou a questão cuja solução outorgaria imprevisível valor ao precedente: o problema passou a ser se a lei que conflita com a Constituição é válida e a Suprema Corte tem o poder para invalidá-la ou, ao menos, deixar de aplicá-la. Nessa vereda, destaca-se:

A opinião concluiu que o Congresso pode possuir o poder para alterar a competência da Suprema Corte, porém o artigo 3º possui o intuito de consertar a competência original. Dessa forma, existiu um claro conflito entre a competência original do Estatuto e a da Constituição, levando Marshall a questão essencial: se o direito que estava em conflito com a Constituição é válido e se a Suprema Corte possui a competência para invalidar, ou, ao menos, deixar de aplicá-la. (Tradução livre)<sup>25</sup>

Por conseguinte, Marshall encontrou-se em uma problemática que possui duas alternativas: ou a Constituição é a lei suprema, incapaz de ser modificada mediante meios ordinário, ou a Constituição está no mesmo nível das leis ordinárias – sendo assim, poderá ser livremente modificada pelo implemento de atos emanados pelo legislador ordinário. Caso Marshall optasse pela segunda posição, poderia se imputar que as Constituições escritas não passariam de uma simples forma de tentar limitar o Poder Legislativo.<sup>26</sup>

Assim, Marshall optou pelo entendimento de que a Constituição é na realidade a lei suprema. Por conseguinte, tal diploma é incapaz de ser modificado mediante meios ordinários de produção legislativa, e, dessa forma, a lei que lhe é contrária não é um ato legislativo válido – posto que se encontra eivado de uma real inconstitucionalidade. Logo, ao se fixar que a Constituição é a lei fundamental e suprema da nação, a conclusão só pode ser que o ato legislativo que contraria a Constituição é nulo.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 811.

<sup>25</sup> The opinion concluded that Congress might have the power to alter the appellate jurisdiction of the Court, but article III intended to fix the original jurisdiction. Thus, there was a clear conflict between the original jurisdiction statute and the Constitution, leading Marshall to the essential question: whether a law that was in conflict with the Constitution is valid and the Supreme Court has the power to invalidate or, at least, disregard such law. (NOWAK. John. *Principles of constitutional law*. 4 ed. Concise Hornbook, 2010. p. 4)

<sup>26</sup> SARLET, Op. Cit., p. 812.

<sup>27</sup> Idem.

Assim, é possível expor:

Marshall afirmou que a questão de saber se uma lei federal contrária a um dispositivo constitucional poderia ser considerada a lei nacional "não era de uma complexidade proporcional ao seu interesse". Marshall acreditava que o povo da nação tinha o direito de estabelecer princípios vinculantes e executáveis para o governo da sociedade. Enquanto as pessoas poderiam ter ratificado a Constituição que criaria um governo de poderes gerais, optaram por uma constituição que criou governo com poderes definidos e limitados. Não poderia haver, na visão de Marshall, um meio termo entre esses tipos de governo. Isso deixou à Corte a escolha entre declarar a Constituição como a lei superior e de ligação, ou permitir que o Poder Legislativo possa ser uma entidade de poderes ilimitados. O fato de que as pessoas escolheram uma constituição escrita com princípios fundamentais para vincular o governo no futuro foi uma evidência de que a Constituição deve ser a lei de ligação superior. Se a constituição é a lei superior, em seguida, um ato conflitante deve ser inválido. (Tradução livre)<sup>28</sup>

Por fim, como já havia sido determinado que a lei que contraria a Constituição é nula, restava saber se o Poder Judiciário possuiria competência para tanto. Dessa forma, como a Constituição é a lei fundamental e suprema, incumbe ao Poder Judiciário interpretar as leis para julgar os casos, cabendo-lhe, quando a lei afronta a Constituição, deixar de aplicar o caso concreto. Assim, admitiu-se que o Judiciário é o intérprete último da Constituição.

Nesse sentido, para corroborar o entendimento acima exposto, é possível destacar:

Restava a questão inerente à necessidade de os tribunais serem obrigados a seguir os atos emanados do Poder Legislativo, apesar da posição do juiz quanto à incompatibilidade da lei com a Constituição. Marshall, com sua declaração, expõe que é de competência do Poder Judiciário a interpretação final de questões de cunho constitucional. Este conceito de que a Constituição é lei máxima e de que o Poder Judiciário é a instituição com a responsabilidade final para interpretar tal diploma é o norte do *Judicial Review* moderno. (Tradução livre)<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Marshall claimed that the question of whether a federal statute contrary to constitutional provisions could be the law of the land was 'not of an intricacy proportioned to its interest'. Marshall believed that the people of the nation had the right to establish binding, enforceable principles for the governing of society. While the people might have ratified a Constitution that created a government of general powers, they chose instead a constitution that created one of defined and limited powers. There could be, in Marshall's view, no middle ground between these types of government. That left the Court the choice either to declare the Constitution to be the superior and binding law, or to allow the legislature to be an entity of unlimited powers. The fact that the people chose a written constitution with fundamental principles to bind the government in the future was evidence that the Constitution should be the superior binding law. If the constitution was the superior law, then an act repugnant to it must be invalid. (NOWAK, John. *Principles of constitutional law*. 4 ed. Concise Hornbook, 2010. p. 4)

<sup>29</sup> There remained the question of whether the courts were obliged to follow the act of the legislature despite judge's view as to the statute's incompatibility with the Constitution. Marshall, with his statement, lays claim to the judiciary's final authority on matters of constitutional interpretation. It is this concept of the Constitution as

No caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte, pela primeira vez, afirmou o seu poder de controlar a constitucionalidade das leis, consagrando o controle difuso de constitucionalidade. Portanto, em 1803 foi desenvolvido o raciocínio que deu origem à tese de que todo juiz tem o poder e o dever de negar a validade à lei, mostrando-se indispensável para a solução do litígio, afrontar a Constituição. Tal entendimento tornou-se conhecido também como a Doutrina Marshall.<sup>30</sup>

#### **1.4.2 DECISÃO DA SUPREMA CORTE E O SURGIMENTO DO *JUDICIAL REVIEW***

O controle de constitucionalidade das leis e atos do parlamento já era um instituto bastante utilizado e conhecido nas colônias norte-americanas no período anterior à Revolução de 1776.

Como foi demonstrado, antes do implemento da Constituição em 1787, o controle dos atos advindos do Poder Legislativo era realizado através da doutrina estabelecida por Edward Coke no caso *Bonham* e, posteriormente, através do princípio do *Supremacy of the English Parliament*.

Com a Revolução de 1776 e o conseqüente desmembramento das colônias da Inglaterra, os novos Estados passaram a ser regidos por Constituições Estaduais. Uma vez mais, através das influências do direito inglês, o controle de constitucionalidade continuou a ser exercido durante o período pós-revolução. Contudo, a constitucionalidade das leis passou a ser averiguadas por intermédio das Constituições Estaduais, e não mais pelas Cartas da coroa inglesa.

Com o advento da Constituição Federal norte-americana de 1787, as tradições inerentes ao exercício do controle de constitucionalidade permaneceram incrustadas nos efetivos aplicadores do direito. No entanto, não se havia firmado uma conclusão que levasse a imputar que o controle das leis em face da Constituição seria de fato possível, e se o Poder Judiciário efetivamente poderia realizá-lo.

---

law, and the judiciary as the institution with the final responsibility to interpret that law is the cornerstone of judicial review today. (NOWAK, John. *Principles of constitutional law*. 4 ed. Concise Hornbook, 2010. p. 4)

<sup>30</sup> STONE, Geoffrey. *Constitutional law*. 7 ed. New York: 2013. p. 38.

Nesse sentido, alguns doutrinadores da época começaram a debater se existia a possibilidade de se realizar o controle das leis quando estas se encontrassem em desacordo com o texto previsto na Constituição. Dessa forma, uma parcela considerável destes teóricos tendia ao pensamento de que a realização do controle de constitucionalidade poderia efetivamente ser realizada e que o Poder Judiciário deveria ser o ente competente para realizar tal técnica. Essa corrente teórica foi fomentada por alguns dos grandes autores da época, através dos chamados *Federalist Papers*, tendo como alguns de seus maiores ícones Alexander Hamilton e James Madison. Assim, é importante destacar:

A completa independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Por Constituição limitada, entendo como aquela que contém certas exceções específicas para a autoridade legislativa [...]. Limitações desse tipo não podem ser preservadas na prática por nenhuma outra forma se não pelas cortes de justiça, cujo dever é de declarar a nulidade de todos os atos contrários à Constituição. Sem isso, todas as reservas de direitos ou privilégios tornam-se nada. (Tradução livre)<sup>31</sup>

Portanto, antes da existência do instituto do *judicial review of legislation*, tal instituo já encontrava embasamento teórico, mesmo que de forma embrionária, para ser realizado em um caso concreto que trouxesse um conflito entre um ato ordinário advindo do parlamento e a Constituição. De fato, antes do caso *Marbury v. Madison*, como foi relatado, a Suprema Corte foi instada, em duas ocasiões, a realizar julgamento acerca da constitucionalidade de ato advindo do Parlamento. Todavia, apesar da utilização da admissão do instituto, o ato legislativo não encontrou a sua nulidade, como ocorreria, posteriormente, em 1803.<sup>32</sup>

Dessa forma, o caso *Marbury v. Madison*, foi de fato, o grande marco histórico do *Judicial Review of Legislation*. Isso porque, esse caso concreto representou a primeira vez em que a Suprema Corte afirmou o seu poder de controlar a constitucionalidade das leis, consagrando o controle difuso de constitucionalidade. Dessa forma, é inegável que o precedente

---

<sup>31</sup> The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one, which contains certain specified exceptions to the legislative authority [...]. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing. (HAMILTON, Alexander. *Federalist papers no. 78*. Disponível em: < <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm> >. Acesso em: 06/01/2014)

<sup>32</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. Método: 2013. p. 242.

devido a Marshall teve o grande mérito de demonstrar a supremacia da Constituição sobre as leis, atribuindo-lhe o caráter de rigidez.<sup>33</sup>

Assim, através dessa noção de Constituição rígida, foi-se despertado o sistema contemporâneo do controle de constitucionalidade das leis, com base nos preceitos traçados pelo *judicial review of legislation* do direito norte-americano.<sup>34</sup>

### **1.4.3 O JUDICIAL REVIEW E A DOUTRINA DE JOHN MARSHALL**

Como foi observado, o caso *Marbury v. Madison* serviu como base para que a Suprema Corte norte-americana confirmasse a sua competência para controlar a constitucionalidade das leis e atos advindos do Poder Legislativo. Nesse sentido, o instituto para realizar tal técnica foi denominado de *Judicial Review of Legislation* – conforme foi amplamente demonstrado nos capítulos passados. Portanto, a decisão realizada pela Suprema Corte em 1803 tornou-se um marco histórico para o estudo da jurisdição constitucional e para o controle de constitucionalidade das leis.<sup>35</sup>

No entanto, embora o do foco do caso supracitado seja o advento do controle difuso de constitucionalidade, outro princípio essencial para a presente matéria foi traçado durante o curso do presente precedente. Dessa forma, foi criada a chamada Doutrina Marshall, onde se delimitou a legitimidade para a realização da técnica do controle de constitucionalidade dos atos legislativos.

### **1.5 LEGITIMIDADE PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO A DOUTRINA MARSHALL**

A denominada Doutrina Marshall, evidenciada durante a decisão do célebre caso de 1803, consiste no raciocínio de que todos os juízes detêm o poder e o dever de negar a

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 813.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> Idem.



validade de atos advindos do Poder Legislativo que, demonstrando-se indispensáveis para a solução do litígio, afrontem o texto da Constituição.<sup>36</sup> Nesse sentido, pode-se destacar:

Juízes devem apenas seguir leis que “deem andamento à Constituição”. Assim, Marshall argumentou que a lei suprema do país deve ser a Constituição, e os juízes devem segui-la ao invés de aplicar legislações federais que sejam inconsistentes com a Constituição. (Tradução livre)<sup>37</sup>

Por conseguinte, de acordo com a utilização da doutrina estabelecida por Marshall, o controle de constitucionalidade das leis em face da constituição pode ser exercido não só pela Suprema Corte, como também por Tribunais e juízes de primeiro grau. Para tanto, o magistrado deve encontrar-se frente à existência de um conflito entre normas de cunho originário e a Constituição.

Portanto, a legitimidade para exercer o *judicial review* difere de outras técnicas de controle de constitucionalidade. Isso porque, nesses outros mecanismos, sobretudo naqueles de tradição germânica delimitados inicialmente por Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade é exercido por uma corte constitucional, de forma que as matérias de cunho constitucional são encaminhadas aos seus magistrados, que proporcionaram uma decisão final. Seguindo esse entendimento, destaca-se:

A anulação não deve se aplicar necessariamente à lei inteira ou ao regulamento inteiro, mas também pode se limitar a algumas das suas disposições, supondo-se, naturalmente, que as outras permanecerão, apesar de tudo aplicáveis, ou ainda não tenham seu sentido modificado de modo inesperado. Caberá ao tribunal constitucional anular a lei ou regulamentos inteiros, ou simplesmente algumas de suas disposições.<sup>38</sup>

Assim, o direito norte-americano, através da doutrina estabelecida no caso de 1803, presencia uma experiência constitucional diferente dos países que seguem as tradições do controle de constitucionalidade do direito austríaco. Esse entendimento é cabível não pela noção de que é o Poder Judiciário o efetivo legitimado para declaração e interpretação de

---

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 810.

<sup>37</sup> Judges should only follow laws that “in pursuance of the constitution”. Thus, he reasoned, the supreme law of the land must be the constitution, and the justices must follow it rather than any provisions of federal legislation that inconsistent with the constitution. (NOWAK. John. *Principles of constitutional law*. 4 ed. Concise Hornbook, 2010. p. 5)

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 173.

matérias constitucionais, mas também a de que todos os membros do poder judiciário detêm legitimidade para exercer este controle com base no *judicial review of legislation*.<sup>39</sup>

## **1.6 EFEITO VINCULANTE DO PRECEDENTE – A DOUTRINA DO STARE DECISIS**

### **1.6.1 ORIGEM HISTÓRICA DO STARE DECISIS**

No Século XVIII e começo do Século XIX, as Cortes inglesas começaram a desenvolver uma obrigação qualificada para que seus membros respeitassem decisões passadas. No começo do Século XVIII, William Blackstone pontificou que tal doutrina devia ser uma regra estabelecida, conferindo efeito vinculante aos precedentes passados<sup>40</sup>

Com efeito, Blackstone delineou que a existência de um sistema embasado em precedentes iria aumentar a credibilidade das Cortes, e que a utilização de tais precedentes tornaria este sistema mais estável – levando em consideração que o entendimento por parte dos membros de tais Cortes não se convolaria com intensa rapidez.<sup>41</sup>

Ao final do Século XVIII, o direito inglês – bem como a doutrina inglesa -, estabeleceram o princípio do *Stare Decisis* como doutrina efetiva. Nesse sentido, os magistrados seguiriam precedentes passados promulgados por Cortes Superiores ou pela Corte de Apelações. Ademais, tal princípio, em regra, era também utilizado nas decisões advindas da Câmara dos Lordes, condicionando seus membros a atender ao efeito vinculante de suas decisões passadas.<sup>42</sup>

De acordo com o direito inglês o princípio do *stare decisis* possuía a seguintes limitações:

---

<sup>39</sup> NOWAK, John. *Principles of constitutional law*. 4 ed. Concise Hornbook, 2010. p. 5.

<sup>40</sup> BARHART, Robert. *Principled Pragmatic Stare Decisis in Constitutional Cases*. Notre Dame Law Review 1911 (2005). Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss5/6>>. Acesso em: 09/01/2015.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Idem.

(1) a regra não seria seguida se fosse “plenamente injusta”; (2) Cortes de igual autoridade desenvolvessem decisões conflitantes; (3) a força vinculante da decisão fosse o próprio princípio necessário para fundamentar o precedente, e não os argumentos ou as razões usadas para alcançar tal julgamento. (Tradução livre)<sup>43</sup>

No sistema norte-americano, o princípio do *stare decisis* não foi expressamente consagrado na Constituição dos Estados Unidos ou em leis federais. A utilização de tal princípio se deu através de uma construção jurisprudencial derivada da própria *common law*, a qual se baseava nas decisões judiciais já proferidas anteriormente, com sentido, coerência e estabilidade nos julgamentos posteriores. Portanto, o constituinte norte-americano expressou um entendimento similar àquele empregado no direito inglês no que tange à utilização do precedente.<sup>44</sup>

Apesar de ser uma doutrina intrínseca ao constitucionalismo norte-americano, o *stare decisis* foi evidenciado pela primeira vez como doutrina efetiva pela Suprema Corte em 1870, no primeiro *Legal Tender Case*, mais especificamente no caso *Hepburn v. Griswold*.<sup>45</sup>

Em tal oportunidade, arguia-se a constitucionalidade do *Legal Tender Act* de 1862. Tal legislação previa uma solução à crise econômica gerada durante o período da Guerra Civil norte-americana. Dessa forma, a presente lei possibilitava que o Governo Federal emitisse papel moeda – não restituível por ouro ou prata – o que, até aquele momento, era considerado inviável.<sup>46</sup>

Com efeito, através da promulgação do *Legal Tender Act* de 1862, tornou-se plenamente possível que um devedor pagasse suas dívidas ao seu credor com ouro, prata ou papel moeda.

Considerado o primeiro *Legal Tender Case*, o caso *Hepburn v. Griswold* foi o veículo pelo qual se resgatou o precedente do caso *Mcculloch v. Maryland*, tornando-o um

---

<sup>43</sup>There were three limits on the doctrine: (1) the rule would not be followed if it were "plainly unreasonable" or (2) courts of equal authority developed conflicting decisions, and (3) the binding force of the decision was the actual "principle or principles necessary for the decision," not the words or reasoning used to reach the decision. (BARHART, Robert. *Principled Pragmatic Stare Decisis in Constitutional Cases*. Notre Dame Law Review 1911 (2005). Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss5/6>>. Acesso em: 09/01/2015).

<sup>44</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57.

<sup>45</sup> DIETZ, James. *Personal policy and judicial reasoning: Salmon P. Chase and Hepburn v. Griswold*. Northern Kentucky Law Review (1993). Disponível em: <[https://chaselaw.nku.edu/content/dam/chaselaw/docs/academics/lawreview/v21/nklr\\_v21n1.pdf](https://chaselaw.nku.edu/content/dam/chaselaw/docs/academics/lawreview/v21/nklr_v21n1.pdf)> Acesso em: 19/01/2015.

<sup>46</sup> Idem.

alicerce constitucional. Dessa forma, através desse entendimento, os *Justices* da Suprema Corte deram o primeiro passo em direção à integração do princípio da reconstrução de precedentes passados.<sup>47</sup>

Em tal oportunidade, a Suprema Corte norte-americana era presidida pelo *Chief Justice* Salmon P. Chase. Conduzido o julgamento do caso *Hepburn v. Griswold*, Chase resgatou o conceito de poderes implícitos – *implied powers* – inaugurado no caso *Mcculloch v. Maryland*. Nesse sentido, destaca-se:

Chase entendeu que mesmo não tendo a Constituição previsto expressamente os poderes para que o Congresso criasse lei tornando o papel moeda um meio legítimo de pagamento de dívidas existentes vincendas, o Congresso apenas poderia ter realizado tal procedimento através de um poder implícito exercido de acordo com a Cláusula Própria e Necessária contida na Constituição. Citando entendimento pretérito do *Chief Justice* Marshall, *Chief Justice* Chase enfatizou que qualquer poder implícito deve ser apropriado, plenamente adaptável para fins constitucionais e de legitimação, bem como deve ser consistente com o texto e o espírito da Constituição. (Tradução livre)<sup>48</sup>

Por conseguinte, tal entendimento – fundamentando-se no precedente do caso *Mcculloch v. Maryland* – fixou-se no sentido de que um determinado poder implícito deve adequar-se ao espírito da Constituição. Destarte, a Suprema Corte julgou ser necessário um escrutínio do poder implícito, com o intuito de aferir se tal direito era de fato condizente com a Constituição.<sup>49</sup>

Por fim, a Suprema Corte finalizou sua análise do caso estabelecendo que o *Legal Tender Act* de 1862 não se enquadrava com a doutrina dos poderes implícitos estabelecida no caso *Mcculloch v. Maryland*, posto que o seu texto era inconsistente com o denominado espírito

---

<sup>47</sup> MAGLIOCCA, Gerard. *A new approach to congressional power: revisiting the legal tender cases*. Georgetown Law Journal (2006). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=593484](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=593484)>. Acesso em: 19/01/2015.

<sup>48</sup> He found that since the Constitution contained no express grant of power for Congress to make paper money a legal tender for existing debts, then Congress could have done so only through an implied power through the Necessary and Proper Clause.<sup>67</sup> Quoting from former Chief Justice Marshall's "rule" for what constitutes a legitimate implied power, Chief Justice Chase emphasized that any implied power must be "appropriate, plainly adapted to constitutional and legitimate ends," as well as "consistent with the letter and spirit of the Constitution. (DIETZ, James. *Personal policy and judicial reasoning: Salmon P. Chase and Hepburn v. Griswold*. Northern Kentucky Law Review (1993). Disponível em: <[https://chaselaw.nku.edu/content/dam/chaselaw/docs/academics/lawreview/v21/nklr\\_v21n1.pdf](https://chaselaw.nku.edu/content/dam/chaselaw/docs/academics/lawreview/v21/nklr_v21n1.pdf)> Acesso em: 19/01/2015.)

<sup>49</sup> MAGLIOCCA, Op. Cit.

da Constituição. Portanto, tal legislação foi declarada inconstitucional pelo colegiado da Suprema Corte.<sup>50</sup>

O caso *Hepburn v. Griswold* é considerado um dos casos mais controversos da história constitucional dos Estados Unidos. Isso porque, subsequente a esse caso, o *Legal Tender Act* de 1862 teve sua constitucionalidade aferida em três outros casos: *Knox v. Lee*, *Parker v. Davis* e *Juilliard v. Davis*<sup>51</sup>. No entanto, o que se deve levar em conta é que, através do caso *Hepburn v. Griswold* é, passou-se a considerar a força vinculante de precedentes passados – culminando no atual *stare decisis*.

### 1.6.2 O SISTEMA DO STARE DECISIS

Conforme mencionado preteritamente, a doutrina do *stare decisis* não foi expressamente consagrada na Constituição dos Estados Unidos ou em leis federais. A utilização de tal princípio se deu através de uma construção jurisprudencial, derivada da própria *common law*, a qual se baseava nas decisões judiciais já proferidas anteriormente, com sentido, coerência e estabilidade nos julgamentos posteriores. Dessa forma, um juiz poderia até discordar da decisão anterior, firmada no precedente e, ainda assim, ter que aderir ao que fora decidido no passado.<sup>52</sup>

Ainda nesse sentido, o real significado do *stare decisis* está em parte do direito ter sido fixado por intermédio de uma decisão de um Tribunal competente, tal modo que tal decisão não mais estará aberta para análise do mesmo Tribunal ou a Cortes a ele vinculadas. Portanto, quando uma decisão é deliberadamente adotada por um Tribunal, seu teor não pode ser alterado. Tal afirmativa, no entanto, é excepcionada no caso do precedente ser submetido a um Tribunal de cunho superior em sede de recurso. Assim, jamais um precedente será revisto por um Tribunal ou Corte de competência igual ou inferior àquele que prolatou a decisão.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup>MAGLIOCCA, Gerard. *A new approach to congressional power: revisiting the legal tender cases*. Georgetown Law Journal (2006). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=593484](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=593484)>. Acesso em: 19/01/2015.

<sup>51</sup>BARHART, Robert. *Principled Pragmatic Stare Decisis in Constitutional Cases*. Notre Dame Law Review 1911 (2005). p. 1912-1914. Disponível em:<<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol180/iss5/6>>. Acesso em: 09/01/2015

<sup>52</sup>APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57.

<sup>53</sup>BLACK, Henry Campbell. *The principles of stare decisis*. American Law Register (1886). Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol34/iss12/1](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol34/iss12/1)> Acesso em: 20/01/2015.

Com efeito, nos casos de vinculação vertical, a adesão é irrestrita e obrigatória. Todavia, nos casos vinculação horizontal, os juízes estão vinculados aos precedentes de seus antecessores e somente podem deixar de aplicar estes precedentes caso optem por revoga-los de forma expressa – culminando no denominado *overruling*.<sup>54</sup>

O *overruling* garante maior estabilidade e coerência interna no Tribunal, pois, para que haja revogação do precedente, a nova composição da Corte deverá demonstrar que o precedente anterior retratou um erro judiciário que, por conseguinte, deve ser corrigido.<sup>55</sup>

Trata-se de um sistema que busca a coerência e a previsibilidade. Por óbvio que as instâncias superiores não estão vinculadas às decisões proferidas pelas cortes inferiores, muito embora estejam necessariamente vinculadas às próprias decisões.

Ademais, o sistema baseia-se na observância das decisões proferidas pelos Tribunais superiores. Nessa vertente, não existindo corte superior à Suprema Corte, tal órgão assume a responsabilidade política de ser o intérprete final da Constituição.

Portanto, o *stare decisis* configura-se como uma doutrina que libera os juízes e membros do Poder Judiciário da obrigação institucional de analisar e reconsiderar toda e qualquer litigância como se está fosse intentada pela primeira vez.<sup>56</sup>

Por fim, cumpre salientar que, atualmente, a academia norte-americana encontra-se pacífica em afirmar que o *stare decisis* possui a natureza jurídica de doutrina – diferindo do que era inicialmente proposto em 1870, onde o *stare decisis* era mencionado como uma *policy*.<sup>57</sup>

### 1.6.3 PARÂMETROS OBJETIVOS DO STARE DECISIS

Existem quatro instrumentos de extrema importância para a compreensão do *stare decisis*, quais sejam: *Ratio Decidendi* ou  *Holding*; *Obter Dictum*; *Distinguishing*; *Overruling*.

---

<sup>54</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> FALLON, Richard. *Stare decisis and the constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review (2001). Disponível em: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-76-2-Fallon.pdf>>. Acesso em: 20/01/2015.

<sup>57</sup> Idem.

*Ratio decidendi* conceitua-se como a razão determinante para o julgado, isto é, o motivo da decisão judicial. Através de tal preceito determina-se que os precedentes são fontes formais e materiais de direito. Assim, é a *ratio decidendi* que se torna vinculante para os demais juízes e partes.<sup>58</sup>

Seguindo essa vertente, caso o magistrado não encontre através do *distinguishing* e *overruling* precedente pretérito, tal ente passa a gozar de uma importante margem liberdade para extrair, do ordenamento jurídico como um todo, o princípio a partir do qual irá decidir o caso concreto – trata-se de um poder de criação. Logo, esta *ratio* passa ser o motivo determinante da decisão e se torna abstrata a ponto de permitir sua aplicação por outros juízes no futuro.<sup>59</sup>

No que tange à denominada *Obter Dictum* – fundamentos de fato e de direito – tais preceitos não vinculam os demais juízes, na medida em que são apenas elementos acessórios em favor de uma determinada solução. Ressalta-se que somente as decisões publicadas podem ser consideradas precedentes e os juízes podem negar-se a publicá-las, visando ampliar a sua liberdade futura<sup>60</sup>.

Ainda nessa vertente, destaca-se:

A máxima *stare decisis* contempla apenas os argumentos devidamente envolvidos e determinados em um caso concreto, e não aquilo que é estipulado pela Corte ou juiz fora do contexto jurisdicional. Logo, tais expressões, tidas como *obter dictum*, não se tornam precedentes. No entanto, mesmo que determinado fato não tenha sido devidamente debatido pelo Tribunal, a decisão da Corte não pode ser considerada *obter dictum*, caso a questão tenha sido diretamente determinante para a prolação do direito. (Tradução Livre)<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 59.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> The maxim *stare decisis* contemplates only such points as are actually involved and determined in a case, and not what is said by the court or judge outside of the record, or on points not necessarily involved therein. Such expressions, being *obiter dicta*, do not become precedents. [...] But this limitation is itself to be taken with a limitation. Thus, although a point may not" have been fully argued, yet the decision of the court upon it cannot be considered *obiter dictum*, when the question was directly involved in the issues of law raised by demurrer, and the mind of the court was directly drawn to and distinctly expressed upon the subject. (BLACK, Henry Campbell. *The principles of stare decisis*. American Law Register (1886). Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol34/iss12/1](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol34/iss12/1)> Acesso em: 20/01/2015.)

O método do *distinguishing* é aplicado pelos juízes de maneira a buscar similaridade entre os fatos que compuseram o caso concreto anterior e os fatos que compõem o atual. Não havendo semelhança substancial entre os fatos dos casos anteriores e os do caso atual, o juiz da causa deverá rejeitar a aplicação do precedente invocado. Em contrapartida, caso o juiz verifique a inerência de similaridade entre o caso anterior e o atual, será possível aplicar o precedente pretérito.<sup>62</sup>

Por fim, o *overruling* permite a evolução da jurisprudência. Seguindo tal afirmativa, destaca-se:

Caso uma decisão tenha sido expressamente revogada, tanto pelo mesmo Tribunal quando por outro Tribunal em sede recursal, tal decisão não mais poderá ser citada como precedente. A última elocução da Corte, de qualquer ponto determinado do direito, constitui a autoridade que não deverá ser revogada sem justa causa. Mas, para que haja devida revogação do precedente, deverá ser demonstrado efetivamente que o precedente era necessariamente inconsistente em um estado de fatos substancialmente idênticos. Uma exceção, no entanto, poderia ser realizada no caso de uma decisão singular, provavelmente errônea, que deveria revogar uma série de precedentes que estabelecem bases jurisprudenciais para o direito estatuído.<sup>63</sup>

Tradicionalmente, existem cinco critérios para o devido exercício do *overruling*: respeito às expectativas legítimas; um precedente interpretativo não deve ser revogado; deve-se evitar a produção de consequências imprevisíveis; não se deve utilizar o *overruling* para produzir amplas reformas; precedente anterior não pode ser revogado pelo simples fato de que a Corte atual o considera equivocado.<sup>64</sup>

Por fim, salienta-se que o *overruling* não pode ser invocado por uma Corte ou juízo inferior com a finalidade de revogar uma decisão de uma Corte Superior, e que os precedentes

---

<sup>62</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 60.

<sup>63</sup> If a decision has been expressly overruled, either by the same court which rendered it, or by a court exercising appellate jurisdiction, it can of course no longer be cited as a precedent. The latest utterance of the court, on any given point of law, constitutes the authority, which is not to be departed from without cause. And the same is true of decisions overruled by necessary implication in a subsequent case. But here it would be necessary to show beyond reasonable cavil, that the two authorities were really and necessarily inconsistent rulings on a state of facts substantially identical. An exception, however, would probably be made in the case of a single decision, probably erroneous, which should overrule a series of previous authorities or unsettle the established principles of commercial or statutory law. (BLACK, Henry Campbell. *The principles of stare decisis*. American Law Register (1886). Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol34/iss12/1/](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol34/iss12/1/)> Acesso em: 20/01/2015.)

<sup>64</sup> APPIO. Op. Cit., p. 60.



da Suprema Corte – atuando como órgão máximo do Poder Judiciário -, somente podem ser revogados pela própria Suprema Corte ou pelo Poder Legislativo, através do processo legislativo.<sup>65</sup>

#### 1.6.4 O PRECEDENTE

Na doutrina norte-americana, a determinação do precedente vem com extrema importância. Isso porque, através de tal caracterização, é possível distinguir aquilo que é ou não um efetivo precedente que virá a gerar efeitos vinculantes. Nesse sentido, destaca-se: “Uma decisão singular sobre determinada parte do Direito não pode ser resguardada como precedente no mesmo nível que uma série de decisões sobre a mesma parte do Direito. (Tradução Livre)”<sup>66</sup>

Por conseguinte, em regra, não se pode afirmar que uma única decisão sobre determinado caso constitucional possa ser considerada como um precedente efetivo que virá a gerar os efeitos inerentes ao *stare decisis*. Para tanto, a doutrina americana imputa ser necessário que o Tribunal ou Corte tenha se pronunciado diversas vezes em um único sentido para determinado caso concreto.

Destarte, um precedente terá tanto mais força quanto mais a interpretação através dele executada se mostre plausível, esteja absorvida pela cultura jurídica local e não represente uma surpresa para os litigantes, bem como próxima do texto constitucional e, finalmente, que alcance o maior número de votos possível.<sup>67</sup> Assim, os verdadeiros precedentes possuem uma força vinculante atrativa dos direitos a serem concretizados nas novas decisões.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 60.

<sup>66</sup> A single decision upon any given point of law is not regarded as conclusive as a precedent in the same degree that a series of decisions upon that point would be. (BLACK, Henry Campbell. *The principles of stare decisis*. American Law Register (1886). Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol34/iss12/1](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol34/iss12/1)> Acesso em: 20/01/2015.)

<sup>67</sup> APPIO. Op. Cit., p. 64.

<sup>68</sup> GERHARDT, Michael. *The limited path dependency of precedent*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law (2005). Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1916&context=facpubs>>. Acesso em: 21/01/2015.

Os membros da Suprema Corte norte-americana estão vinculados aos próprios precedentes, por força expressa do artigo III, seção 1 da Constituição<sup>69</sup>, da mesma forma que os demais ramos do governo devem respeitar e executar as decisões judiciais.

Ademais, é cabível sustentar que, mesmo que um membro da Suprema Corte considere um precedente como equivocado ou injusto, ainda assim estará por ele vinculado, a menos que demonstre que se trata de um caso novo que transcende a força dos precedentes.<sup>70</sup>

Cumpre salientar que existe uma importante diferença entre a revogação de um precedente – *overruling* – em sede de interpretação constitucional e no âmbito da interpretação das leis infraconstitucionais. Nesse sentido, a doutrina norte-americana posiciona-se da seguinte forma:

Nos casos constitucionais, diferentemente do direito consuetudinário, as cortes estão supostamente interpretando ao invés de legislando. Partindo do pressuposto que tais entes estão interpretando leis que já existem, então realizar uma decisão unicamente prospectiva é menos justificável. [...] Em casos constitucionais, se um juízo de primeiro grau cometer um erro, devemos nos perguntar quem é institucionalmente responsável por remediar tal erro. O Poder Legislativo não pode simplesmente editar uma lei para dismantelar o precedente. Também é difícil emendar a Constituição. Assim, se uma decisão constitucional estiver efetivamente errada, a corte será o ente em melhor posição de corrigir tal precedente. [...] Aqui também, a barreira para o *stare decisis* é amenizada; é mais fácil revogar o precedente em tais casos. [...] É menos provável e menos apropriado para cortes revogarem decisões pretéritas, porque se uma corte comete um erro aqui, o Poder Legislativo poderá agir. Ademais, perpetua-se o entendimento que uma decisão inerente a interpretação do direito infraconstitucional torna-se parte da legislação, portanto revogar a opinião proferida no primeiro grau é quase como repelir e reescrever a legislação, o que é algo que apenas o Poder Legislativo deve realizar. Uma coisa é a corte revogar um precedente inerente ao direito consuetudinário; precedentes de leis infraconstitucionais apenas são revogados quando considerados inconstitucionais. Portanto, o entendimento convencional é no seguinte sentido: *stare decisis* forte para casos relativos a leis infraconstitucionais; *stare decisis* mitigado para direito consuetudinário e casos constitucionais. (Tradução livre)<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. Constitution*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/articleiii>>. Acesso em: 21/01/2014.

<sup>70</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

<sup>71</sup> In constitutional cases, unlike in the common-law, the courts are supposedly interpreting rather than making law. If they are finding the law that already exists, then making a prospective-only decision is less justifiable. [...] In a constitutional case, if an earlier court has made a mistake, we have to ask who is institutionally able to fix that mistake. The legislature cannot simply pass a law to undo that precedent. It is also difficult to amend the

Por fim, a doutrina norte americana aponta que o fato de o Congresso silenciar-se em relação à interpretação de uma lei infraconstitucional, conferida pela Suprema Corte, em virtude de um precedente anterior, não significa que tal casa legislativa estaria se manifestando pelo manutenção de tal precedente. Logo, o sistema de precedentes, no presente caso, se impõe em observância da separação entre Poderes e a prerrogativa do Poder Legislativo.<sup>72</sup> Seguindo a presente afirmativa, pontifica-se:

O silêncio do Poder Legislativo pode indicar apatia; pode indicar o não entendimento do precedente judicial; pode justificar realidades ou escolhas políticas; ou pode indicar aquiescência ou consentimento com a decisão prévia. Tal silêncio pode significar inúmeras coisas, sem constituir aceitação do precedente. O Poder Judiciário não deve interpretar o silêncio do Poder Legislativo como aquiescência e, em consequência não revogar a legislação. Por vezes, o Poder Judiciário esquece que o Poder Legislativo não detém uma pauta de julgamentos no qual litigâncias aparecem e devem ser resolvidas; às vezes, o Poder Legislativo se abstém de atuar, e isso não significa absolutamente nada. (Tradução livre)<sup>73</sup>

---

Constitution. So, if a constitutional decision truly is wrong, the court is the institutional actor in the best position to fix it. [...] There too, then, the barrier for stare decisis is lowered; it is easier to overturn cases. [...] The traditional view takes a very different approach when looking at statutory interpretation; there, there is a "super-strong" weight attached to precedent and statutory interpretation.<sup>7</sup> It is less likely and less appropriate for courts to overturn previous decisions, because if the court makes a mistake here, the legislature can act, too. Also, there is a sense that a decision of statutory interpretation becomes part of the fabric of the statute, and so overruling the earlier opinion is almost like repealing and rewriting the statute, which is something that only the legislature is supposed to do. It is one thing if a court overrules a common-law precedent; statutes are only supposed to be overruled if they are unconstitutional. So that is the conventional understanding: strong stare decisis for statutory cases; weaker for common-law and constitutional cases. (KALT, Brian. *Three levels of stare decisis: distinguishing common-law, constitutional, and statutory cases*. Texas Review of Law and Politics (2004). Disponível em: < <http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1461&context=facpubs>> Acesso em: 22/01/2015.

<sup>72</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65-66.

<sup>73</sup> Silence from the legislature might indicate apathy; it might indicate misunderstanding of the judicial precedent; it might represent political realities or choices; or it might indicate acquiescence or consent to the earlier opinion. It could mean all of those things without meaning acceptance of the precedent. A court does not have to read legislative silence as acquiescence and as a reason not to overturn the statute. Sometimes courts forget that legislatures do not have dockets in which issues come up and must be addressed; sometimes legislatures do not address things and it means nothing at all. KALT, Brian. *Three levels of stare decisis: distinguishing common-law, constitutional, and statutory cases*. Texas Review of Law and Politics (2004). Disponível em: < <http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1461&context=facpubs>> Acesso em: 22/01/2015.

### 1.6.5 OVERRULING – A REVOGAÇÃO DE UM PRECEDENTE

A simples alteração da composição dos membros da Suprema Corte norte-americana não significa uma profunda revisão de seus precedentes. Os novos membros que passam a fazer parte da Corte estão vinculados aos precedentes de uma forma mais intensa do que em relação à legislação infraconstitucional federal.<sup>74</sup>

A alteração abrupta e irregular dos precedentes é compreendida pela doutrina norte-americana como um indício de irracionalidade e, não de progresso. Nesse sentido, gera-se uma latente diferença entre revogar um precedente anterior e interpretá-lo para um novo caso.<sup>75</sup>

No que tange à revogação do precedente, o membro da Suprema Corte deve demonstrar o motivo pelo qual a decisão anterior era considerada equivocada. Por conseguinte, não basta a simples menção de que o precedente anterior deve ser revogado. Assim, a simples revogação, sem a devida motivação, seria considerada como um ato de desrespeito à Corte. Seguindo essa premissa, destaca-se: “para que haja devida revogação do precedente, deverá ser demonstrado efetivamente que o precedente era necessariamente inconsistente em um estado de fatos substancialmente idênticos”. (Tradução Livre)<sup>76</sup>

Em detrimento de tal afirmativa, o *distinguishing method* estabelecido entre o precedente da Suprema Corte e o caso concreto levam a interpretação judicial ao seu limite, com intuito de preservar o precedente, evitando, dessa forma, sua desnecessária revogação.<sup>77</sup>

Ademais, a questão da retroatividade dos julgamentos proferidos em controle difuso de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte norte-americana também assume grande importância. Isso porque, ao revogar um precedente, a nova decisão, em regra, retroagiria de modo a regular as situações até então regidas pelo *leading case* anterior. Dessa forma, destaca-se:

---

<sup>74</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 67.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>76</sup> But here it would be necessary to show beyond reasonable cavil, that the two authorities were really and necessarily inconsistent rulings on a state of facts substantially identical. (BLACK, Henry Campbell. *The principles of stare decisis*. American Law Register (1886). Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol34/iss12/1](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol34/iss12/1)> Acesso em: 20/01/2015.)

<sup>77</sup> APPIO. Op. Cit., p. 68.

O problema da retroatividade pode surgir em relação à própria lei ou em relação à decisão da Suprema Corte. No primeiro caso, muito embora a regra seja a não-retroatividade, a própria Suprema Corte distingue entre os casos de retroatividade primária da lei e retroatividade secundária. A retroatividade primária da lei altera os efeitos legais de uma conduta passada, enquanto que a secundária atinge somente os futuros efeitos legais de uma conduta passada.<sup>78</sup>

Por fim, cita-se que o caso mais conhecido de revogação de um precedente pretérito é o *leading case* *Brown v. Board of Education*. Em tal oportunidade, a Suprema Corte revogou o seu precedente passado estabelecido no caso *Plessy v. Ferguson*. Este caso constitui um enorme ganho histórico e sociológico para a comunidade norte-americana<sup>79</sup> e demonstra que o *stare decisis*, apesar de ser uma doutrina rígida, é passível de reformas que visem melhorar o funcionamento jurisdicional, político e sociológico de uma determinada sociedade.

---

<sup>78</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 68.

<sup>79</sup> BARTHART, Robert. *Principled Pragmatic Stare Decisis in Constitutional Cases*. *Notre Dame Law Review* 1911 (2005). Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss5/6>>. Acesso em: 09/01/2015.

## 2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

### 2.1 ORIGEM DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No dia 15 de novembro de 1889, o Decreto n.º 1 proclamou a República Federativa, passando o país a ser dirigido por um governo provisório, liderado por Deodoro da Fonseca. A partir de 15 de novembro de 1890, um congresso constituinte atuou no que fora o Palácio Imperial, até 24 de fevereiro de 1891, oportunidade em que a primeira Constituição republicana foi promulgada, erigida sobre o propósito de consolidar o regime republicano e modo de ser federal do Estado.<sup>80</sup>

A primeira Constituição brasileira de 1824 foi omissa acerca da possibilidade de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis, o que não impediu, todavia, a previsão da existência desse mecanismo no Decreto n.º 848/1890<sup>81</sup>. Nesses termos, a partir de tal ato legislativo, o controle de constitucionalidade foi introduzido no direito brasileiro.<sup>82</sup>

Ainda no âmbito do Decreto n.º 848/1890, destaca-se a exposição de motivos da presente legislação:

A magistratura que agora se instala no país, graças ao régimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si ela lhe parecer conforme ou contraria à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se não extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo. A função do liberalismo no passado [...] foi opor um limite ao poder violento dos reis: o dever do

---

<sup>80</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99.

<sup>81</sup> **Art. 3º do Decreto n.º 848/1890:** Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte.

<sup>82</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 36-37.

liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao poder judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.<sup>83</sup>

Seguindo as premissas delineadas pelo Decreto n.º 848/1890, é possível depreender a preocupação com a função a ser exercida pelo Poder Judiciário na República. Observe-se que o Decreto n.º 25/1889 já apontava para um novo perfil a ser assumido pelo Poder Judiciário. Embora suprimisse os títulos de Majestade e Senhor – formas de tratamento atribuídas aos tribunais superiores por força do Alvará n.º 20/1769 -, dispôs o Decreto que as cartas de sentença e outros atos e documentos judiciários seriam passados pelos juízes e tribunais competentes em seu nome e com autoridade que lhes conferia a lei, sem dependência ou invocação de poder estranho à magistratura judicial.<sup>84</sup>

Ademais, o Decreto n.º 210/890, utilizando os princípios garantidores da independência do Poder Judiciário, determinou que o presidente do Supremo Tribunal de Justiça e, dessa forma, o Ministro das Relações Exteriores fossem dali por diante eleitos dentre os membros do respectivo tribunal e por votação de seus pares, em caso algum a nomeação poderia recair na pessoa do Procurador da Fazenda Nacional ou do Promotor de Justiça.<sup>85</sup>

Encampando os institutos jurídicos introduzidos nos Decretos em comento, Constituição provisória de 1890 trouxe, de forma embrionária, a previsão para a implantação de um controle incidental de constitucionalidade com base no *judicial review* norte-americano.<sup>86</sup>

A Constituição de 1891 manteve a previsão da Justiça Federal, ao lado da Estadual, situando o Supremo Tribunal Federal no ápice do Poder Judiciário. Dessa forma, competia ao Supremo Tribunal Federal, além de competências originárias, julgar recursos de decisões de juízes e tribunais federais, e recursos contra decisões da justiça estadual que questionassem a

---

<sup>83</sup> BRASIL. *Decreto n.º 848/1890 – exposição de motivos*. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/18/20>>. Acesso em: 27/01/2014.

<sup>84</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 499-500.

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> **Art. 58, §1º do Decreto n.º 510/1890:** Das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnadas.

**Art. 59 do Decreto n.º 510/1890:** Compete aos juízes ou tribunais federais decidir: a) as causas em que alguma das partes estribar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

validade ou a aplicação de lei federal. A primeira Constituição republicana garantiu aos juízes a impossibilidade de serem suspensos por ato do Poder Executivo, bem como assegurou-lhes a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos.<sup>87</sup>

O texto constitucional de 1891 também reservou uma zona de 14.400 km<sup>2</sup>, no Planalto Central, para a fixação da futura Capital da República. As antigas províncias passaram a ser denominados Estados-membros, tendo-lhes sido reconhecida a competência para se regerem por constituições próprias, respeitados, sob pena de intervenção federal, os princípios e diretrizes da Constituição da União. Os Estados-membros eram livres para adotar o regime legislativo bicameral – fazendo com que muitos Estados-membros tivessem deputados e senadores estaduais.<sup>88</sup>

A forte influência norte-americana – sobretudo devido a Ruy Barbosa – marcou profundamente o primeiro texto constitucional republicano brasileiro, não tendo sido por acaso que o país passou a se chamar de República dos Estados Unidos do Brasil, muito embora as importantes diferenças no que tange à estrutura federativa norte-americana e brasileira.<sup>89</sup>

No que tange ao presente estudo deve ser destacado que a Constituição de 1891 efetivou a criação do Supremo Tribunal Federal, cujos magistrados eram livremente nomeados pelo Presidente da República, além de sabatinados pelo Senado Federal, somada à previsão de a implantação da figura do *judicial review* norte-americano, no sentido da possibilidade de cada juiz ou tribunal – mediante a interposição de recurso ao Supremo Tribunal Federal – não aplicar lei ou ato normativo contrário à Constituição. Por conseguinte, provocou-se o rompimento definitivo com a tradição de um controle político exercido pelo próprio Poder Legislativo.<sup>90</sup>

Portanto, adotou-se de início o controle difuso ou incidental de declaração de inconstitucionalidade. Tal tendência consolidou-se supervenientemente nos artigos 59, parágrafo 1º, alíneas “a” e “b”; e 60 da Constituição de 1891.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99-100.

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 239 – 243.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> **Art. 59 da Constituição de 1891:** 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.



Destarte, o controle incidental de constitucionalidade caracterizava-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal para realizar, mediante um caso concreto, análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição.<sup>92</sup>

A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção se erigiu em dogma do regime republicano. Nesse sentido, cumpre destacar a doutrina defendida por Ruy Barbosa:

A inconstitucionalidade, portanto, não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsidio á justifica a ação do direito, cuja reivindicação se discute. O advogado não podia aventurar a afirmação de um direito, sem lhe sobpor a base.<sup>93</sup>

Por conseguinte, somente com a Constituição de 1891 a tese republicana ganha forma e estrutura, a partir da designação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário que seria encarregado de realizar esse controle. Logo, é possível afirmar que a teoria constitucional brasileira nasce com a República e a Constituição de 1891.<sup>94</sup>

A fundamentação clássica da Constituição de 1891 fundamenta-se na obra de Rui Barbosa, utilizando-se da doutrina que analisa a problemática política a partir do direito, considerando que da existência de uma Constituição liberal democrática dependeriam a legitimidade e a estabilidade das instituições. A racionalidade garantida pelo direito e a existência de uma Constituição garantida pelo Poder Judiciário, fiador do poder de Estado e do acesso às demandas individuais, caracterizaria mais um qualificativo de sua democracia racional, espécie de democracia “juridicista”.<sup>95</sup>

No entanto, mesmo com o advento da Constituição de 1891, grandes inovações na organização da justiça não foram introduzidas ao direito brasileiro, cujos traços principais já haviam sido delineados no Decreto n.º 848/1890. A Constituição estabeleceu o sistema de

---

**Art. 60 da Constituição de 1891:** Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

<sup>92</sup> MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 243.

<sup>93</sup> BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893. p. 105-106.

<sup>94</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 500.

<sup>95</sup> SEVERO, Leonel. *A democracia em Rui Barbosa*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDwQFjAE&url=http%3A%2F%2Fdiagonalnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4818101.pdf&ei=hrnHVJbQDMylNtvagwg&usg=AFQjCNHsGWN8ur8Iu0G91mQBzpaEERSeHQ&sig2=N0Qs6tFSyi3CeZdfgOw4LA&bvm=bv.84349003,d.eXY>>. Acesso em: 27/01/2014.

jurisdição única, fato que deixou clara a vinculação do modelo brasileiro ao *rule of law* e ao *judicial control* da Federação norte-americana. Em contrapartida, estipulou-se que o sistema republicano-federal, em essência dualista, obrigava a coexistência de uma dupla justiça: a federal e a dos Estados-membros.<sup>96</sup>

O Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição de 1891, fixou o entendimento de que o texto constitucional de 1891 não lhe outorgara um *judicial control* pleno, mas, apenas um *judicial control* restrito à apreciação de inconstitucionalidades de leis estaduais.

Em virtude disso, chegou-se a pensar que o *judicial control* restrito – denominado por alguns doutrinadores de “anomalia” constitucional – somente teria sido corrigido com a promulgação da Lei n.º 221/1894, na medida em que a competência outorgada ao Supremo Tribunal Federal, assim como aos juízes, de apreciar a constitucionalidade de leis estaduais e federais, já estava expressa no preâmbulo do Decreto n.º 848/1890, que criou a Justiça Federal. Portanto, mesmo antes do Supremo Tribunal Federal ter sido criado, tal prerrogativa já existia, baseada no caso *Marbury v. Madison*.<sup>97</sup>

Outra problemática surgida com a promulgação da Constituição de 1891 foi inerente ao efeito *erga omnes* e à vinculação dos precedentes advindos dos Tribunais Superiores. Rui Barbosa sustentou, com lógica e profundidade teórica, a razão pela qual o *judicial review* deveria se impor no cenário brasileiro, bem com a necessidade da adoção de precedentes vinculantes, pelo menos no que diz respeito às decisões de inconstitucionalidade emanadas do Supremo Tribunal Federal. Todavia, apesar da defesa de tal sistemática por Rui Barbosa, a doutrina do *stare decisis* foi renegada no desenvolvimento do direito brasileiro.<sup>98</sup> Nessa esteira, pontifica-se:

Ante a sentença nulificativa o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, “a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre que versa”. Nem a legislação tentará contrariá-lo, porquanto a regra do *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata*, e enquanto a Constituição não sofrer nenhuma reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe. O papel dessa autoridade é de suprema vantagem para a ordem

---

<sup>96</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 502.

<sup>97</sup> Idem.

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 827.

constitucional. Que ruinosas e destruidoras consequências não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os vários poderes julgam e decidem cada qual independentemente a extensão da competência que a Constituição lhes atribuiu.<sup>99</sup>

Com a promulgação da Constituição de 1934 surgiram como novidades o quórum para a declaração de inconstitucionalidade – a denominada cláusula de reserva de plenário – e a outorga de competência ao Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário<sup>100</sup>.

Tal dispositivo constitucional objetivou estender o efeito vinculante aos precedentes inerentes à declaração de inconstitucionalidade proferidos em sede de controle difuso de constitucionalidade – tentando implantar uma espécie de *stare decisis* ao direito constitucional brasileiro.<sup>101</sup>

A competência do Senado Federal para suspender as declarações de inconstitucionalidade advindas do controle difuso de constitucionalidade foi reproduzida nas diversas constituições brasileiras chegando até a Constituição de 1988, em seu artigo 52, inciso X. Contudo, diferentemente do que intentou o constituinte brasileiro, não se equipararam a presente sistemática à doutrina do *stare decisis*, figurando o presente instituto constitucional como uma tentativa frustrada de se corrigir uma problemática surgida com a Constituição 1891, e que se estende até os dias presentes.

## 2.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O controle difuso de constitucionalidade – também denominado de *incidenter tantum* – é exercido por via de exceção, com base no sistema norte-americano. Tal sistemática,

---

<sup>99</sup> BARBOSA, Ruy. *Comentários à constituição brasileira [de 1891] (coligidos e ordenados por Homero Pires)*. São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>100</sup> **Art. 91 da Constituição de 1934:** Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

**Art. 96 da Constituição de 1934:** Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

<sup>101</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 36-37.

conforme já evidenciado, integra a tradição constitucional brasileira desde o início da República, tornando-se efetiva parte do direito constitucional moderno com o advento da Constituição Republicana de 1891.<sup>102</sup>

Com a expansão do controle concentrado de constitucionalidade por via de ação direta, o controle incidental de constitucionalidade passou a figurar de forma coadjuvante no constitucionalismo brasileiro. No entanto, apesar da extrema importância do controle concentrado de constitucionalidade, o controle difuso ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

Por conseguinte, o controle incidental de constitucionalidade é exercido através do desempenho natural da função jurisdicional, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução dos litígios. Assim, pressupõe a existência de um processo, uma ação judicial, ou um conflito de interesse no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que reveria reger a disputa. Se o magistrado ou tribunal, realizando o escrutínio da questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação no caso concreto.<sup>103</sup>

Em outras palavras, a controvérsia sobre a validade da lei manifesta-se diante de uma lide, podendo surgir logo com o ajuizamento da ação, com a resposta do réu ou em outro momento posterior. Nessa esteira, é imprescindível que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva, surgindo a dúvida quanto à constitucionalidade da lei que deve regê-la.<sup>104</sup>

No Brasil, admitia-se, inicialmente, a alegação de constitucionalidade exclusivamente como fundamento de defesa. Logo, o interessado deveria adotar um comportamento passivo, aguardando o início do processo judicial para poder arguir a inconstitucionalidade como fundamento de sua resposta. Posteriormente, passou-se a admitir a discussão na petição inicial – como fundamento jurídico do pedido. Hodiernamente, a discussão pode ocorrer, inclusive, por intermédio de remédio constitucional específico para tal fim, interposto perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113

<sup>103</sup> Idem.

<sup>104</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 71.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 72.

Portanto, o controle concreto ou incidental de constitucionalidade das leis, tal como desenvolvido no direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial no curso de processo de sua competência. A decisão que não é realizada sobre o objeto principal da lide, mas sobre a questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, tem o intuito de afastar a incidência de norma eivada de vício de inconstitucionalidade.<sup>106</sup>

## **2.3 PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

### **2.3.1 PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS**

A arguição incidental de constitucionalidade – também denominada via de defesa ou de exceção - era originalmente reconhecida como argumento a ser deduzido pelo réu. Destarte, a parte, em lugar de atacar o ato diretamente, aguardava que a autoridade postulasse judicialmente sua aplicação, pedindo então ao juiz que não aplicasse a lei reputada inconstitucional. Tal limitação a uma tese de defesa já não subsiste. O réu, todavia, continua a poder utilizar o argumento em sua resposta.<sup>107</sup>

Atualmente, a questão da constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes, terceiros intervenientes (assistentes, oponentes etc.) ou pelo Ministério Público, quer atue como parte ou como *custos legis*. Ademais, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida pelo juiz ou tribunal *ex officio*.<sup>108</sup>

Ainda nesse sentido, é característica marcante do controle incidental o fato de que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é objeto da causa, ou seja, não é a providência postulada. Com efeito, o que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito, que, todavia, é afetado pela norma cuja validade se questiona. Portanto, a arguição de

---

<sup>106</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 725.

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113-114.

<sup>108</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73.

inconstitucionalidade deve ser elencada como uma questão prejudicial – posto que precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário à solução do problema principal.<sup>109</sup>

Cumpra mencionar que no direito brasileiro, apenas o Poder Judiciário detém competência constitucional para reconhecer a invalidade de lei perante a Constituição Federal. Com efeito, o órgão competente para declarar a constitucionalidade será aquele devidamente autorizado pela Constituição Federal ou pela legislação processual civil a processar e julgar a causa.<sup>110</sup>

Na instância ordinária, tanto em primeiro grau quanto em segundo grau de jurisdição, pode o órgão judicial suscitar a inconstitucionalidade de norma aplicável à hipótese, não se operando os efeitos da preclusão. Em sede de recurso extraordinário, contudo, não tendo sido evidenciado o prequestionamento da matéria constitucional, a regra de que a inconstitucionalidade deve ser declarada de ofício deve ser recebida com temperamento.<sup>111</sup>

No âmbito dos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do plenário ou órgão especial. Tal regra é denominada cláusula de reserva de plenário e foi introduzida pela Constituição de 1934, tendo sido reproduzida nas constituições brasileiras subsequentes. Com o advento de tal sistemática, surgiu a polêmica acerca da possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade. Prevaleceu, no entanto, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional.<sup>112</sup>

Em suma, em qualquer situação é imprescindível que a declaração de inconstitucionalidade ocorra nos autos do processo jurisdicional, ou seja, diante de uma situação concreta, e não abstrata.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

<sup>110</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 73.

<sup>111</sup> BARROSO. Op. Cit., p. 114-115.

<sup>112</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 726.

<sup>113</sup> PIMENTA. Op. Cit., p. 73.

### 2.3.2 PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

A arguição de inconstitucionalidade pode se dar, em regra, através da ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, inclusive, dentre estas, a ação popular<sup>114</sup> e a ação civil pública<sup>115, 116</sup>.

No que tange aos órgãos jurisdicionais de primeiro grau de jurisdição não há procedimento previsto na legislação processual civil para a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei. Nessa vertente, basta a arguição da questão constitucional pelo autor, pelo réu, pelo Ministério Público, ou a pronúncia de ofício pelo Juiz para que o controle difuso seja exercitado.<sup>117</sup>

Em relação aos tribunais, o Código de Processo Civil introduziu, através dos artigos 480 a 482, breve disciplina do controle difuso de constitucionalidade exercido por órgãos fracionários dos tribunais.

Portanto, a arguição de inconstitucionalidade poderá ocorrer em qualquer recurso, causa de competência originária do órgão fracionário ou remessa necessária. Dessa forma, tal

---

<sup>114</sup> A competência originária do Supremo Tribunal Federal é de ser reconhecida, em face do disposto no art. 102, I, "n", da Constituição Federal, pois a Ação é proposta contra todos os Juízes do Estado do Acre, inclusive os Desembargadores do Tribunal de Justiça. A Ação Popular é cabível, já que objetiva a suspensão definitiva do pagamento da Gratificação de Nível Superior e a consequente condenação dos beneficiários à devolução de todas as quantias recebidas, devidamente corrigidas. Com efeito, a Ação Popular, como regulada pela Lei nº 4.717, de 29.06.1965, visa à declaração de nulidade ou à anulação de atos administrativos, quando lesivos ao patrimônio público, como dispõem seus artigos 1º, 2º e 4º. Mas não é preciso esperar que os atos lesivos ocorram e produzam todos os seus efeitos, para que, só então, ela seja proposta. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Ordinária n.º 506/AC*. Autor Hidelbrando Pascoal Nogueira Neto, Réus Estado do Acre e Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Relator Ministro Sidney Sanches. Julgado em 06/05/1998. Publicado em 04/12/1998. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28506.NUME.+OU+506.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/popqz8o>> Acesso em: 31/01/2015).

<sup>115</sup> Houve intensa discussão acerca da possibilidade de se exercer o controle difuso de constitucionalidade por intermédio da ação civil pública. Todavia, prevaleceu o entendimento de ser ele cabível também em ação civil pública. Nesse sentido destaca-se o enxerto do Informativo n.º 571 advindo do Supremo Tribunal Federal: O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 411156/SP*. Recorrente Adauto Aparecido Scardorelli, Recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 19/11/2009. Publicado em 03/12/2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+411156.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bhbdd37>> Acesso em: 31/01/2015).

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114-115.

<sup>117</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 75.

arguição poderá ser manifestada em qualquer das fases do processo ou, até mesmo, em sede de sustentação oral na sessão de julgamento, tendo como limite temporal o encerramento da votação. Quanto à arguição de inconstitucionalidade, deverá o Ministério público necessariamente se manifestar – salvo se a arguição for realizada pelo próprio *parquet* no curso do processo ou através de parecer sobre o recurso.<sup>118</sup>

Por conseguinte, arguida a questão a qualquer tempo, o relator deverá submetê-la à turma ou câmara competente para julgar o processo, após a audiência do Ministério Público<sup>119</sup>. Rejeitada a questão terá prosseguimento o feito; acolhida, deverá ser lavrado o acórdão a fim de ser submetida a matéria ao Tribunal Especial ou ao Tribunal Pleno<sup>120, 121</sup>.

Ademais, a arguição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada no órgão fracionário por revelar-se inadmissível ou improcedente, seguindo a seguinte sistemática:

a) a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza ou não seja oriundo do Poder Público; b) a questão de inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se “inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa”; c) a arguição será improcedente se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional.<sup>122</sup>

Seguindo essa vertente, salienta-se que o pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento de arguição de inconstitucionalidade é irrecorrível. Rejeitada a arguição pelo órgão fracionário, prosseguirá o julgamento. Em contrapartida, acolhida a arguição, que poderá ser por maioria simples, será lavrado o acórdão com intuito de que a

---

<sup>118</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76.

<sup>119</sup> **Art. 480 do CPC:** Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

<sup>120</sup> **Art. 481 do CPC:** Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

**Parágrafo único:** Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

<sup>121</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 727.

<sup>122</sup> Idem.



matéria seja submetida ao plenário ou órgão especial – conforme estipula o artigo 481, *caput* do Código de Processo Civil e o artigo 97, inciso XI da Constituição Federal.<sup>123</sup>

Porquanto, trata-se da “cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o plenário, decidir na espécie”.<sup>124</sup>

Destarte, ao órgão fracionário submeter-se-á ao regramento processual dos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil. Nesses termos, destaca-se:

Ocorre julgamento *per saltum*: a competência fica cindida, segundo critério funcional, entre o órgão julgador do recurso ou da causa e o órgão a que vai caber o exame da questão suscitada como premissa da decisão. Em última análise, será julgado por dois órgãos distintos o recurso ou a causa, pronunciando-se cada qual sobre um aspecto da matéria. A decisão final resultará da integração de ambos os pronunciamentos: exemplo típico de decisão subjetivamente complexa.<sup>125</sup>

Quanto à decisão prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Plenário ou pelo órgão especial, cumpre observar, em primeiro lugar, que tais órgãos não estão submetidos ao regramento da lei processual civil, bastando a observância dos preceitos insertos no artigo 97 da Constituição Federal<sup>126</sup>. Dessa maneira, a questão constitucional poderá ser conhecida e decidida por esse órgão em qualquer momento em que exerça sua atividade de cognição, sem restrições de ordem procedimental.<sup>127</sup>

Logo, o Plenário apenas poderá pronunciar-se sobre o que foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre questão julgada inadmissível ou rejeitada pela turma ou câmara. Assim, a inconstitucionalidade será acolhida caso consiga obter maioria

---

<sup>123</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 727.

<sup>124</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil volume v. 1*. ed eletrônica rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 32. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/3033730/codigo-de-processo-civil-comentado---jose-carlos-barbosa-moreira>>. Acesso em: 31/01/2015.

<sup>125</sup> Idem.

<sup>126</sup> **Art. 97 da CF:** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>127</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 75-76.

absoluta dos votos. Caso contrário, independentemente do resultado da votação, as consequências são as mesmas.<sup>128</sup>

Salvo os embargos de declaração, nenhum outro recurso poderá ser interposto à decisão do Plenário ou órgão especial, a qual poderá ser impugnada tão somente por intermédio de recurso a ser interposto contra acórdão do órgão fracionário que concluir o julgamento da causa, complementando-o.<sup>129</sup>

Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o órgão fracionário. Ademais, em virtude do implemento constitucional introduzido pelo artigo 97 da Constituição Federal, torna-se necessário que se proceda à juntada do acórdão proferido pelo Plenário ou pelo órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de, no caso de interposição de recurso extraordinário, entender o Supremo Tribunal Federal que não pode conhecer tal recurso por ausência de peça essencial para o julgamento.<sup>130</sup>

Para tanto, conforme sustenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é suficiente a transcrição do decidido pelo órgão especial ou pelo Plenário, ou a juntada do voto do condutor. Portanto, é no acórdão do Plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida com respeito à arguição de inconstitucionalidade.<sup>131</sup>

Nessa esteira, a competência para decidir pela constitucionalidade de lei é inerente à turma ou câmara. Ressalta-se, conforme entendimento sedimentado nas experiências jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, que a declaração de inconstitucionalidade tanto poderá se dar de forma explícita como de forma implícita.<sup>132</sup>

Para melhor elucidar a presente matéria, destaca-se:

---

<sup>128</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 728.

<sup>129</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76-78.

<sup>130</sup> MENDES. Op. Cit., p. 728.

<sup>131</sup> Em processos cujo julgamento caiba a órgãos parciais do tribunal, suscitada a arguição de inconstitucionalidade da norma incidente, dá-se repartição de competência por objetivo do juízo, devolvendo-se ao plenário a decisão da questão prejudicial de constitucionalidade. 2. desse modo, e no acórdão plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida, com respeito a arguição de inconstitucionalidade, sendo indiferente o que a propósito do mérito dela, contra ou a favor, se diga no acórdão da turma. 3. jurisprudência reafirmada pelo plenário, quando se decidiu também que não supre a ausência do inteiro teor do acórdão plenário a juntada do seu voto condutor. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 164569/CE*. Recorrente Banco do Brasil S/A, Recorrido Abrahão Otoch. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 19/10/1993. Publicado em 04/02/1994. Disponível

em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+164569.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+164569.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p7z5q9s>>

Acesso em: 31/01/2015).

<sup>132</sup> MENDES. Op. Cit., p. 729.

Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quórum qualificado (Constituição, art. 99): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências. Controle de constitucionalidade; reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.<sup>133</sup>

Destarte, nesses casos, a questão refere-se à validade ou não provimento de inconstitucionalidade, sendo comuns decisões que dão provimento ao Recurso Extraordinário, para que haja anulação do julgamento e que seja determinado que outro se profira pelo órgão competente.<sup>134</sup>

O Plenário – ou órgão especial -, portanto, apenas será competente para decidir a inconstitucionalidade nos limites em que tiver sido acolhida pelo órgão fracionário. Cumpre salientar, no entanto, que a atividade cognitiva do Plenário não está limitada pelos fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade invocada.<sup>135</sup>

Outro importante entendimento firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal, com fundamento na hermenêutica do artigo 97 da Constituição Federal, tem por base a necessidade, ou não, de se provocar o Plenário ou órgão especial toda vez que se renovar, em outro caso, discussão acerca da inconstitucionalidade de lei que já teve sua legitimidade discutida no âmbito do Tribunal.<sup>136</sup> Nesses termos, a Corte tem se posicionado da seguinte forma:

Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a

---

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 240096/RJ*. Recorrente Instituto Nacional de Seguro Nacional - INSS, Recorrida Nelina de Sousa Calil. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 30/03/1999. Publicado em 21/05/1999. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+240096.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+240096.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ljol9r7>> Acesso em: 31/01/2015.

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 729.

<sup>135</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 77.

<sup>136</sup> MENDES. Op. Cit., p. 729.

racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo.<sup>137</sup>

Portanto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, uma vez fixada a orientação do Plenário ou órgão especial, em caso qualquer, poderá o órgão decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão sobre a questão constitucional. Logo, um novo procedimento embasado na forma do artigo 97 da Constituição Federal somente seria necessário em caso de mudança de orientação por parte do próprio tribunal.<sup>138</sup>

Outro entendimento importante relativo à atuação do Plenário ou órgão especial, firmado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, versa sobre a dispensabilidade de se encaminhar a tais órgãos o tema constitucional quando o Supremo Tribunal Federal já tiver se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei discutida. Acerca da presente matéria o Pretório Excelso posiciona-se da seguinte forma: “O acórdão recorrido deu aplicação ao decidido pelo S.T.F. [...]. Desnecessidade de a questão ser submetida ao Plenário do Tribunal.”<sup>139</sup>

Quanto à pronúncia de inconstitucionalidade, cumpre salientar que deverá ser evidenciado a obtenção de quórum qualificado da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Caso tal quórum não seja devidamente alcançado, ainda que haja entendimento majoritário para ela inconstitucionalidade, a matéria não poderá ser declarada como tal.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 190728/RS*. Recorrente Leônidas Januário Pires, Recorrida Walner Barbosa de Azevedo. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 26/06/1995. Publicado em 04/08/1995. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000108114&base=baseAcordaos>> Acesso em: 31/01/2015.

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 729.

<sup>139</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 167444/PR*. Agravante União Federal, Agravado Irmãos Muffato e CIA LTDA. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 30/05/1995. Publicado em 15/09/1995. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000118012&base=baseAcordaos>> Acesso em: 31/01/2015.

<sup>140</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 78.

Em todo caso, qualquer que seja o teor da decisão proferida pelo Plenário ou órgão especial, tal entendimento vinculará o órgão fracionário no julgamento do caso concreto. Seguindo tal premissa, destaca-se:

Eficácia da decisão do Plenário ou do "Órgão Especial" - A decisão do plenário (ou do "órgão especial"), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável. *Ex vi* do art. 481, parágrafo único, o pronunciamento dispensa os órgãos fracionários de novamente submeter a questão, em futuro processo, ao plenário (ou ao "órgão especial").<sup>141</sup>

No que tange ao processamento perante o Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade não seguirá a sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil. Assim, a declaração de inconstitucionalidade será delimitada no âmbito do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, a arguição de inconstitucionalidade de processo e tramitação perante a Turma será por esta apreciada, e pode ou não ser considerada relevante. Em caso de acolhimento da arguição, independentemente da lavratura do acórdão, o feito será submetido à apreciação do Plenário, depois de devidamente ouvido o Ministério Público<sup>142</sup>. Por fim, o Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa<sup>143</sup>. Isto significa que não haverá devolução do processo para que a Turma prossiga com o julgamento, ao contrário do que ocorre com o procedimento regulado na lei processual civil.<sup>144</sup>

Ressalta-se que, após o exame de constitucionalidade da norma pelo Plenário, não mais se espera qualquer modificação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, após tal decisão é efetivada a comunicação ao Senado Federal – seguindo o artigo 52, inciso X da Constituição Federal<sup>145</sup> -, bem como inicia-se a aplicação do preceito

---

<sup>141</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil volume v. 1.* ed eletrônica rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37. Disponível em:< <https://www.passeidireto.com/arquivo/3033730/codigo-de-processo-civil-comentado---jose-carlos-barbosa-moreira>>. Acesso em: 31/01/2015.

<sup>142</sup> **Art. 176, § 1º do RISTF:** Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

<sup>143</sup> **Art. 177 do RISTF:** O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa.

<sup>144</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais.* 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 78.

<sup>145</sup> **Art. 52 da CF:** Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

inserto no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil<sup>146</sup>, figurando uma forma *terrae brasilis* de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal.<sup>147</sup>

Por fim, cumpre mencionar que a fixação da tese pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, no sentido da constitucionalidade, ou não, de determinada norma legal, antecipa o efeito jurídico de seus julgados em sede de controle difuso de inconstitucionalidade.<sup>148</sup>

## 2.4 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade fundamenta-se em diversos dispositivos constitucionais que garantem a atuação. Tais fundamentos encontram-se expostos de forma explícita e implícita ao longo do texto constitucional.

O primeiro fundamento para o controle difuso de constitucionalidade é encontrado no âmbito do texto constitucional no inciso XXXV do artigo 5º, onde é consagrado o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Nesses termos, a Constituição assevera que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com efeito, como o dano ou a iminência de sua ocorrência poderão advir da conduta inconstitucional dos agentes públicos, em tais situações o controle atuará sem qualquer tipo de restrição. Dessa forma, o texto constitucional consagrou de forma explícita o mais amplo controle jurisdicional sobre qualquer tipo de lide, independentemente dos sujeitos que nela figurem, do seu objeto e os respectivos fundamentos.<sup>149</sup>

Ainda no rol do artigo 5º da Constituição Federal, destaca-se, como fundamento ao controle difuso de constitucionalidade, o inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou

---

<sup>146</sup> **Art. 557 do CPC:** O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

<sup>147</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 731-732.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 733.

<sup>149</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 80.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Seguindo a sistemática desenvolvido pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, é possível imputar que às partes litigantes é cabível alegar qualquer tipo de argumento, inclusive a arguição de inconstitucionalidade da lei, como questão incidental.<sup>150</sup>

Outro importante dispositivo constitucional inerente ao controle incidental de constitucionalidade refere-se ao inciso X do artigo 52 da Carta Política da República. Nesse sentido destaca-se: “Compete privativamente ao Senado Federal [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

Quanto a tal dispositivo, deve-se delimitar que a suspensão proferida pelo Senado Federal apenas alcance o controle de constitucionalidade realizado de forma difuso. Isso porque, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiros, a declaração de inconstitucionalidade realizada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por expressa disposição constitucional, já possui a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.<sup>151</sup>

Dessa forma, a atuação do Senado Federal para suspender a execução das leis declaradas em inconstitucionais pelo Supremo Tribunal apenas ocorre em sede de controle difuso de inconstitucionalidade.

Seguindo a trilha do texto constitucional, elenca-se o artigo 102, inciso III da Constituição Federal. Em tal dispositivo constitucional é introduzida a figura do recurso extraordinário ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Atualmente, o recurso extraordinário é a principal forma pelo qual o cidadão pode alcançar a jurisdição constitucional no Brasil. Trata-se, também, do recurso mais distribuído no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Com base em dados estatísticos disponibilizados no sítio do Supremo Tribunal Federal, é possível observar a importância do presente recurso à jurisdição constitucional brasileira.<sup>152</sup>

De acordo com os dados atualizados em 1º de fevereiro de 2015, os Agravos de Instrumento, Agravos de Instrumento em Recurso Extraordinário e Recursos Extraordinários

---

<sup>150</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 80.

<sup>151</sup> Idem.

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 741.

correspondem a 77,31% dos processos e recursos distribuídos no Supremo Tribunal Federal. Os outros processos respondem apenas por 22,69% dos processos distribuídos na Corte. Ademais, dos 77,31% de processos distribuídos, 31,40% dos processos correspondem a Recurso Extraordinário, 64,41% a Agravo em Recurso Extraordinário e, por fim, 2,19% a Agravos de Instrumento.<sup>153</sup>

Tais dados estatísticos corroboram a importância que foi conferida ao recurso extraordinário por parte do legislador constituinte. No entanto, em virtude da grande abrangência que o texto constitucional conferiu para o recorrente alcançar a jurisdição constitucional, muitos recursos extraordinários eram interpostos com o intuito de protelar a atuação do Poder Judiciário brasileiro, o que gerou um grande acúmulo de processos adentrando a competência do Supremo Tribunal Federal<sup>154</sup>.

Com vistas a solucionar tal problemática, o legislador constituinte derivado reformador propôs, dentro da Emenda Constitucional n.º 45/2004, um instituto que criaria uma forma de seleção dos recursos que seriam conhecidos e julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Tal instituto é consagrado no artigo 102, parágrafo 3º da Constituição Federal, e consagra a denominada repercussão geral.<sup>155</sup> Nesses termos, a Carta Política da República assevera:

**Art. 102, §3º da CF:** No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Por conseguinte, por intermédio do dispositivo constitucional supratranscrito, o ato normativo terá por objeto a matéria constitucional, tendo como um dos pressupostos para a sua elaboração a existência de controvérsia atual entre órgãos jurisdicionais sobre a validade, interpretação e eficácia das normas.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 02/02/2015.

<sup>154</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 741.

<sup>155</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 80.

<sup>156</sup> Idem.



Portanto, o controle difuso de constitucionalidade das leis – ao lado do controle concentrado ou abstrato – foi devidamente adotado na Constituição Federal de 1988, em toda a sua plenitude, e não pode, dessa forma, ser limitado pelo legislador ou pela interpretação do texto constitucional.<sup>157</sup>

## **2.5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

O recurso extraordinário é um dos instrumentos mais importantes da jurisdição constitucional brasileira, tem como finalidade assegurar: a inteireza positiva; a validade; a autoridade, e a uniformidade de interpretação da Constituição Federal.<sup>158</sup>

Em nosso ordenamento jurídico, o recurso extraordinário ingressou com a proclamação da República, tendo sido previsto, inicialmente, no Decreto n.º 848/1890, sendo posteriormente acolhido pela Constituição de 1891. Com o advento do primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tal instituto adquiriu a efetiva denominação de recurso extraordinário, denominação essa que foi incorporada à legislação processual posterior.<sup>159</sup>

O recurso extraordinário foi introduzido no contexto da Constituição de 1891, destinado a ser um instrumento processual-constitucional apto a assegurar a verificação de afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância.<sup>160</sup>

Esse remédio excepcional foi desenvolvido segundo o modelo norte-americano do *writ of error*, e foi introduzido na ordem constitucional brasileira por intermédio da Constituição de 1891. Em tal período, o recurso extraordinário podia ser interposto apenas pela parte vencida ou terceiro prejudicado, nos casos de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 81.

<sup>158</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 739.

<sup>159</sup> PIMENTA, Op. Cit., p. 81-82.

<sup>160</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1382.

<sup>161</sup> Idem.

Destarte, no Brasil, o apelo foi concebido como recuso tendente a possibilitar a revisão extraordinária de julgados de segunda instância, desde que haja o devido exaurimento das vias ordinárias.<sup>162</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, cuja finalidade é a uniformização do direito federal infraconstitucional. Tal inovação ao ordenamento jurídico brasileiro impactou o recurso extraordinário, posto que, a partir de então, o referido meio de impugnação das decisões judiciais passou a ser cabível apenas para reapreciação da matéria constitucional.

Portanto, com o advento da Constituição de 1988, o recurso extraordinário ganhou um perfil diferente, ficando restrito apenas à apreciação de questões constitucionais, enquanto as demais restaram entregues ao âmbito de cabimento do Recurso Especial endereçado ao Superior Tribunal de Justiça.<sup>163</sup>

Atualmente, o recurso extraordinário encontra disciplinado no artigo 102, inciso III da Constituição Federal. Tal dispositivo presta-se a delimitar a competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, bem como a estipular as competências da Corte no âmbito do remédio excepcional. Nesse sentido, destaca-se:

**Art. 102 da CF:** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
III - Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:  
a) contrariar dispositivo desta Constituição;  
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;  
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.  
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Ademais, é necessário expor que os agravos de instrumento e os recursos extraordinários têm a mesma finalidade, qual seja, acionar a jurisdição difusa de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Logo, o agravo de instrumento opera contra a inadmissibilidade de recurso extraordinário, isto é, trata-se de uma insurgência contra

---

<sup>162</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 739.

<sup>163</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 82.

a decisão do tribunal de origem que nega o processamento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>164</sup>

Um dos objetivos pretendido pelo legislador constituinte com a Constituição de 1988 ao criar o Superior Tribunal de Justiça foi dar mais feição à Corte Constitucional brasileira, concedendo-lhe semelhança às cortes europeias.<sup>165</sup>

Por conseguinte, quando era cabível o recurso extraordinário por violação à Constituição e por desrespeito às leis federais, além do Supremo Tribunal Federal ocupar a função revisional, o volume de processos era tão grande que comprometia a eficiência da prestação jurisdicional. Com efeito, o legislador constituinte notou a necessidade de restringir a competência do Supremo Tribunal Federal a matérias de cunho constitucional, transferindo o controle das leis federais ao Superior Tribunal de Justiça.<sup>166</sup>

Cumprido observar, no entanto, que sob a Constituição de 1988 agravou-se a crise numérica que incidia sobre o recurso extraordinário. Embora seja correta a afirmativa de que o sistema direto passou a ter precedência ou primazia, é verdade também que, após 1988, acentua-se o problema quantitativo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tal crise manifesta-se de forma radical no sistema difuso de constitucionalidade, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários e agravos de instrumentos interpostos contra decisões indeferitórias de tais recursos.<sup>167</sup>

O acúmulo de processos perante o Supremo Tribunal Federal obrigou a corte a adotar uma série de posicionamentos formalistas, definidos na doutrina brasileira como “jurisprudência defensiva”. Tal atitude tem como intuito barrar o processamento de recursos extraordinários e agravos de instrumentos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>164</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 740.

<sup>165</sup> Idem.

<sup>166</sup> Idem.

<sup>167</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1382.

Como exemplo, citam-se as súmulas n.º 280, 281, 282, 283, 284, 291 e 400<sup>168</sup>, todas do Supremo Tribunal Federal.<sup>169</sup>

Com o advento da Lei n.º 8.038/90, foi possibilitado ao relator a não admissão do recurso caso a matéria já estivesse pacificada pelo Tribunal. Dessa forma, levada à literalidade do artigo 38<sup>170</sup> da lei em comento, é cabível imputar que tal legislação conferia um efeito vinculante aos enunciados de súmulas advindos do Supremo Tribunal Federal. Em suma, se a matéria objeto do recurso extraordinário conflitasse com a súmula, tal recurso já não deveria ser admitido.<sup>171</sup>

O mecanismo processual introduzido pela Lei n.º 8.038/90, no entanto, não se mostrou suficiente para sanar a crise quantitativa evidenciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Seguindo essa vertente, posteriormente, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, foi instituída no direito brasileiro a repercussão geral como forma de resgate da feição do recurso extraordinário como elemento de uniformização, bem como para contornar o problema da crise numérica.<sup>172</sup>

No que tange ao instituto da repercussão geral, cumpre mencionar que tal sistemática encontra fundamentos no *writ of certiorari* do modelo norte-americano. O *writ of certiorari* confere certo poder discricionário em relação às matérias a serem apreciadas pela Suprema Corte, excluindo-se assuntos atingidos pelos conceitos de *mootness* e de *ripeness*, ou

---

<sup>168</sup> **Súmula 280 do STF:** Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

**Súmula 281 do STF:** É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

**Súmula 282 do STF:** É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

**Súmula 283 do STF:** É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

**Súmula 284 do STF:** É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

**Súmula 291 do STF:** No recurso extraordinário pela letra "d" do art. 101, iii, da constituição, a prova do dissídio jurisprudencial far-se-á por certidão, ou mediante indicação do "diário da justiça" ou de repertório de jurisprudência autorizado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

**Súmula 400 do STF:** Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 101, iii, da constituição federal.

<sup>169</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 741.

<sup>170</sup> **Art. 38 da Lei n.º 8.038/90:** O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

<sup>171</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1382.

<sup>172</sup> MENDES. Op. Cit., p. 740.

seja, problemas abstratos – no primeiro caso – ou mesmo que não contêm necessário amadurecimento para a arguição perante a Suprema Corte – segundo caso. Dessa forma, é requisito da Corte que o problema trazido qualifique um juízo de *justiciability* (justiciabilidade), o que significa que a matéria deve estar madura para que seja apreciada. Evita-se, assim, o julgamento hipotético do argumento teórico, da circunstância não evidenciada na vida real.<sup>173</sup>

A disciplina normativa da repercussão geral ocorreu com a promulgação da Lei n.º 11.418/06. Tal legislação dispõe que o Supremo Tribunal Federal apenas conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer repercussão geral, isto é, quando discutir questões relevantes sob a ótica econômica, política, social ou jurídica, ultrapassando-se os interesses subjetivos da causa.<sup>174</sup>

Ademais, a repercussão geral deverá ser demonstrada como preliminar no recurso extraordinário, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Tal regra explícita que será reconhecida a repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à sumula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, mas ainda nesses casos deve ser apresentada a preliminar como requisito de admissibilidade do recurso.<sup>175</sup>

A análise da repercussão geral, atualmente, ocorre através da sistemática do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>176</sup>, que criou o Plenário Virtual. Trata-se de um sistema eletrônico por meio do qual o Ministro Relator ou Ministro Presidente insere um tema e submete-o à votação em sessão eletrônica, manifestando-se pelo reconhecimento ou pela rejeição da repercussão geral.

A repercussão geral trouxe, de fato, uma diminuição substancial ao número de recursos extraordinários e agravos de instrumentos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal. Todavia, apesar da ampla operabilidade de tal instituto, é notório que o controle difuso

---

<sup>173</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1383.

<sup>174</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 742.

<sup>175</sup> Idem.

<sup>176</sup> **Art. 323 do RISTF:** Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

de constitucionalidade realizado através do recurso extraordinário ainda sofre consideravelmente com o número de matérias submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Tal afirmativa traz à tona a discussão acerca da necessidade de se incorporar técnicas processuais que visem otimizar o trabalho realizado pelo Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a introdução do sistema do *stare decisis* no direito brasileiro.

Portanto, o recurso extraordinário não pode se transformar em um instrumento para incentivar a multiplicidade de demandas e de respostas, tornando a hermenêutica do Supremo Tribunal Federal um instrumento da principal característica do positivismo contemporâneo: a multifacetação das repostas das diversas instâncias jurisdicionais.<sup>177</sup>

### 2.5.1 OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário não serve para criar um terceiro grau de jurisdição, no qual possa haver rediscussão de fatos e reexame de provas. Cuida-se de instituto que preza pela reapreciação de questões de direito constitucional que hajam sido discutidas e apreciadas na instância de origem – significado que obtiveram o devido prequestionamento.<sup>178</sup>

Dessa forma, a questão constitucional deverá figurar na decisão recorrida, ainda que não tenha ocorrido menção expressa aos dispositivos constitucionais pertinentes. Assim, a ofensa à Constituição, em regra, deverá ter sido direta e frontal, e não indireta e reflexa, coo ocorre nos casos em que um determinado ato normativo viole antes a lei.<sup>179</sup>

Nesse sentido, destaca-se: “recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração. A oposição de embargos declaratórios visando à solução de matéria antes suscitada basta ao prequestionamento, ainda quando o Tribunal *a quo* persista na omissão a respeito”.<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1383.

<sup>178</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 132.

<sup>179</sup> Idem.

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 399035/RJ*. Recorrente Darrow Laboratórios S/A, Recorrido Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 26/04/2005. Publicado em 13/05/2005. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000011536&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

Cumpra mencionar que no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem-se admitido que, verificada a inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deve o Tribunal emitir um juízo quanto à validade da norma, ainda que essa se mostre dispensável à solução da controvérsia.<sup>181</sup>

Dessa forma, admite-se o recurso extraordinário, embora seja possível caracterizar uma violação primária ao ordenamento infraconstitucional e apenas indireta à Constituição Federal.<sup>182</sup> Utilizando o presente entendimento, pontifica-se:

A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta Política da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.<sup>183</sup>

Portanto, através desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal abandonou a doutrina clássica da teoria norte-americana do controle difuso de constitucionalidade ao interpretar que uma questão deveria ser apreciada em detrimento da tarefa institucional de guardião da Constituição.<sup>184</sup>

Na prática, a delimitação do que seja ofensa indireta muitas vezes acaba sendo dificultosa. Destarte, torna-se inevitável traçar uma linha divisória entre as questões cuja solução deve permanecer no plano legal e aquelas em que o argumento constitucional ganha destaque.<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 737.

<sup>182</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 132.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 242064/SC*. Recorrente Caixa Econômica Federal, Recorrida União Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 14/11/2000. Publicado em 24/08/2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000101224&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

<sup>184</sup> MENDES. Op. Cit., p. 737.

<sup>185</sup> BARROSO. Op. Cit., 133-134.

Em todo o caso, o recurso extraordinário serve para dar uniformidade ao controle difuso de constitucionalidade. Assim, no plano do controle difuso de constitucionalidade, o recurso extraordinário será o corolário dos princípios da coerência e da integridade do direito.<sup>186</sup>

## 2.5.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Segundo o artigo 102, inciso III da Constituição Federal, nas causas decididas em única ou última instância, caberá o recurso extraordinário em quatro hipóteses, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.<sup>187</sup>

O presente dispositivo constitucional deixa claro que a decisão acerca da questão constitucional, proferida na forma difusa em processo destinado ao exame de caso conflitivo concreto, assim como a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade de competência do Tribunal de Justiça, podem chegar ao Supremo Tribunal Federal mediante a interposição do recurso extraordinário.<sup>188</sup>

Cumprido salientar que a admissibilidade do recurso extraordinário está subordinada ao “esgotamento de instância”. Isto significa que o recurso extraordinário apenas é cabível quando não existe outro recurso para impugnar a decisão perante o tribunal.<sup>189</sup>

Nesses termos, o primeiro caso de cabimento desta espécie recursal ocorre quando uma decisão de qualquer tribunal afronta dispositivo da Constituição Federal. Assim, o recurso extraordinário afigura-se como remédio adequado para manter a unidade e a força normativa do ordenamento constitucional brasileiro.<sup>190</sup>

Ainda do artigo 102, inciso III alínea “a” da Constituição Federal, nota-se que a jurisdição constitucional ocupa o polo central do recurso extraordinário, ao passo do Supremo

---

<sup>186</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1383.

<sup>187</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127-128.

<sup>188</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 916-917.

<sup>189</sup> Idem.

<sup>190</sup> CANOTILHO. Op. Cit., 1384.



Tribunal Federal ter definido que é possível dar-se provimento ao recurso extraordinário quando a tese constitucional é tratada na peça recursal, ainda que não haja indicação expressa do dispositivo constitucional violado.

Em virtude desse preceito, fundamenta-se a tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal ao afirmar que a causa de pedir no recurso extraordinário é aberta, possibilitando o Tribunal conhecer de outros fundamentos constitucionais que não aqueles que foram suscitados no recurso. Para melhor análise da matéria, destaca-se:

Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. [...] Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário.<sup>191</sup>

Em relação ao artigo 102, inciso III alínea “b” da Constituição Federal, observa-se que o recurso extraordinário devolve integralmente ao Supremo Tribunal Federal a questão da constitucionalidade de tratado ou lei federal negada na decisão recorrida, podendo o recurso ser decidido com fundamento em parâmetro constitucional diverso do invocado nas razões do recorrente. Corroborando, por conseguinte, a tese da causa de pedir aberta defendida pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>192</sup>

Destarte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assenta-se no sentido do não cabimento do recurso extraordinário, com fundamento na alínea “b”, contra acórdão que

---

<sup>191</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 358468/SP*. Recorrente Município de São Paulo, Recorrida Neide Anusiewicz. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 06/08/2003. Publicado em 24/10/2003. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096446&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

<sup>192</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1386.

decide pela não recepção de lei em face da Constituição em vigor, posto que esta espécie de decisão não declara em sentido estrito a inconstitucionalidade da lei arguida.<sup>193</sup>

Para elucidar a afirmativa supracitada, segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O acórdão decidiu pela não-recepção do art. 56 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela CF/88. É inadmissível o RE pela alínea b do inciso III do art. 102, C.F.: incoerência de declaração de inconstitucionalidade, dado que as normas anteriores à Constituição e com esta incompatíveis são consideradas não recebidas, assim revogadas pela Constituição nova.<sup>194</sup>

No que tange ao artigo 102, inciso III alínea “c” da Constituição Federal, salienta-se que nem sempre a discussão de validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal se resolve em uma questão constitucional de invasão de competência, sendo permitido reduzir-se a interpretação da lei federal e da lei ou ato local para saber de sua recíproca compatibilidade.<sup>195</sup>

Nessa esteira, se entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal a decisão seja pela aplicação desta última por entender que a norma central regulou a matéria de competência local, é evidente que terá o Tribunal considerado inconstitucional a lei federal, sendo cabível, nessa hipótese, a interposição do recurso extraordinário com fulcro no artigo 102, inciso III alínea “b” da Constituição Federal.<sup>196</sup> Partilhando desse entendimento, destaca-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário (Const., art. 102, III, b) e recurso especial (art. 105, III, b): distinção. II - Estado Federal: repartição horizontal e repartição vertical de competência (Raul Machado Horta): consequências processuais na distinção entre hipóteses similares, mas distintas, de recurso extraordinário e do recurso especial (CF, arts. 102, III, b e 105, III, b). Questão de ordem: competência para julgar RE, admitido pelas letras b e c, do art. 119, III, Const. 1969, porque o acórdão recorrido aplicou lei municipal, de validade

---

<sup>193</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo Saraiva, 2013. p. 1386-1387.

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 402287/SP*. Recorrente Estado de São Paulo, Recorrida Pilar Candame Lado. Relator Carlos Velloso. Julgado em 09/03/2004. Publicado em 26/03/2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013512&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

<sup>195</sup> CANOTILHO. Op. Cit., p. 1387.

<sup>196</sup> Idem.

contestada em face de lei federal, que a mesma decisão julgou inconstitucional. Nem sempre a discussão de validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal se resolve numa questão constitucional de invasão de competência, podendo reduzir-se à interpretação da lei federal e da lei ou ato local para saber de sua recíproca compatibilidade. Se, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra b do art. 102, III, da Constituição. Ao recurso especial (art. 105, III, b), coerentemente com a sua destinação, tocará a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade material com ela, a lei federal, de norma abstrata ou do ato concreto estadual ou municipal. Questão de ordem que se resolve pela competência exclusiva do STF para apreciar o recurso, dado que se afastou a aplicação da lei federal por inconstitucionalidade.<sup>197</sup>

Portanto, através da análise das três primeiras alíneas do artigo 102, inciso III da Constituição Federal, é possível notar que a matéria constitucional já se encontra sedimentada no Direito brasileiro. A alínea “d” introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, todavia, merece um comentário adicional.<sup>198</sup>

Até a introdução da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a competência para o julgamento do recurso de decisão que julgasse válida a lei local em face de lei federal era do Superior Tribunal de Justiça, através da interposição do recurso especial. Nesses termos, a presente Emenda à Constituição veio com intuito de corrigir uma anomalia constitucional, posto que, para estes casos, sempre se estará diante de uma discussão de cunho constitucional e não de cunho infraconstitucional, competindo, por conseguinte, ao Supremo Tribunal Federal julgar tal recurso.<sup>199</sup>

Com efeito, o dispositivo em comento transferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência que até então era concedida ao Superior Tribunal de Justiça, através da interposição do recurso especial.<sup>200</sup>

Cumprido mencionar que, antes mesmo da mudança trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, já havia percepção, por parte do Supremo Tribunal Federal, de que

---

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 117809/PR*. Recorrente SANEPAR, Recorrido Prefeito Municipal de Maringá. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 14/06/1989. Publicado em 04/08/1989. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000112726&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

<sup>199</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1387.

<sup>200</sup> BARROSO. Op. Cit., p. 128.

o conflito entre lei local e lei federal muitas vezes envolvia questão constitucional inerente à divisão constitucional de competências legislativas entre entes da Federação. Logo, o julgamento de tais questões pelo Superior Tribunal de Justiça não seria coerente com a divisão de atribuições entre este Tribunal e o Supremo Tribunal Federal, tal como promovida pela Constituição de 1988.<sup>201</sup>

Ainda nessa vertente, observa-se que quando é discutida a validade de lei local em face de lei federal, estar-se-á em face de um conflito relacionado a competência cuja matéria estará relacionada à Constituição Federal. Logo, a análise do recurso extraordinário interposto pela presente alínea depende da configuração nos autos de conflito de competência legislativa entre entes da Federação, não sendo, contudo, cabível quando há mera pretensão da revisão da interpretação dada à norma infraconstitucional.<sup>202</sup>

Talvez não seja possível conferir caráter constitucional a todos os conflitos entre a lei local e lei federal. Nos casos de competências legislativas concorrentes, o choque pode decorrer, não de uma invasão efetiva de competências, mas de mera incompatibilidade entre determinado regramento específico e as normas gerais pertinentes.<sup>203</sup>

Assim, a consequência será a invalidade da norma local, mas não será possível vislumbrar uma ofensa direta ao texto constitucional. É justamente nesse sentido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posiciona, conforme foi evidenciado no acórdão do Recurso Extraordinário n.º 117.809/PR de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.<sup>204</sup>

Portanto o alcance da alínea “d” não é outro senão submeter ao Supremo Tribunal Federal a competência legiferante, isto é: apenas quando em discussão – na Corte de origem e formalizado o acórdão impugnado por intermédio do recurso extraordinário -, em termos de competência, se cabe ao Poder Legislativo local ou federal disciplinar a matéria, é que se abre a porta para a competência do Supremo Tribunal Federal. Fora de tal situação, a Corte ficará inviabilizada de admitir qualquer conflito entre lei local e federal.<sup>205</sup>

---

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

<sup>202</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1387.

<sup>203</sup> BARROSO. Op. Cit., p. 128-129.

<sup>204</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 117809/PR*. Recorrente SANEPAR, Recorrido Prefeito Municipal de Maringá. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 14/06/1989. Publicado em 04/08/1989. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000112726&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

<sup>205</sup> CANOTILHO. Op. Cit., p. 1387.

Apesar disso, a doutrina aponta que o constituinte reformador não estabeleceu qualquer distinção entre as duas situações, levando à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal é competente em todos os casos que girem em torno do referido conflito. Nessa ótica, destaca-se:

Se a lei federal tiver ultrapassado o terreno das normas gerais, haverá inconstitucionalidade e não simples incompatibilidade entre os regramentos geral e especial. Ou seja, mesmo que a decisão acabe afirmando a existência de um conflito no plano da legalidade, o itinerário lógico dos julgadores terá envolvido uma análise eminentemente constitucional. No mínimo, é preciso reconhecer que não seria boa técnica processual antecipar tal juízo, profundamente ligado ao mérito, trazendo-o para a fase de conhecimento do recurso.<sup>206</sup>

Passadas as hipóteses elencadas pelo artigo 102, inciso III, cumpre observar que o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ocorre em dois momentos.

No primeiro momento, ocorre no órgão jurisdicional de origem, sendo exercido pelo presidente do tribunal recorrido, que poderá delegar tal competência ao vice-presidente do órgão. Tal exame preliminar deve limitar-se a verificar a presença de algumas hipóteses constitucionais de cabimento, bem como o devido atendimento dos requisitos formais.<sup>207</sup>

Caso o exame preliminar ultrapasse tais hipóteses, será evidenciado usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, em virtude de ter sido antecipado o eventual julgamento de mérito por instância ilegítima.<sup>208</sup>

Da decisão que negar o seguimento do recurso extraordinário, caberá agravo para o próprio Supremo Tribunal Federal – conforme definição do *caput* do artigo 544 do Código de Processo Civil<sup>209</sup> -, ao qual competirá realizar o juízo definitivo sobre a admissibilidade, podendo negar o seguimento do recurso aceito pelo órgão jurisdicional *a quo*.

Ademais, uma leitura literal do artigo 102, inciso III da Constituição, poderia transmitir a impressão de que o recurso extraordinário apenas seria cabível para impugnar

---

<sup>206</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129-130.

<sup>207</sup> Idem.

<sup>208</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil volume v. 1*. ed eletrônica rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/3033730/codigo-de-processo-civil-comentado---jose-carlos-barbosa-moreira> >. Acesso em: 31/01/2015.

<sup>209</sup> **Art. 544 do CPC:** Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

decisões finais. Não obstante tal interpretação, há de se reconhecer que tal recurso presta-se para a impugnação de qualquer decisão judicial definitiva – ainda que terminativa ou interlocutória.<sup>210</sup>

Dessa forma, no caso de recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória, a sistemática processual dita que tal recurso fique retido nos autos. Com efeito, para que seja apreciado o recurso, o recorrente deverá reiterar seu interesse no momento em que for impugnar a decisão final ou oferecer contrarrazões ao recurso interposto pela parte adversa. Trata-se da sistemática introduzida pela Lei n.º 9.756/98 que introduziu o parágrafo 3º do artigo 542 ao Código de Processo Civil.<sup>211</sup>

Não obstante a disciplina processual não abrir exceções à retenção, existem casos em que será conveniente o julgamento imediato do recurso extraordinário, pela relevância da matéria posta ou para afastar desde logo vícios que, reconhecidos ao final, poderiam determinar a anulação de todo o processo. É justamente nesse sentido que se posiciona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ver:

De sua vez, o art. 542, § 3º, C.Pr.Civ., há de ser aplicado *cum grano salis*. Assim, no caso, seria desastroso para as partes, que - só quando já decidida a causa nas instâncias ordinárias - se viesse a julgar o RE, com provável afirmação da incompetência da Justiça estadual. Defiro a liminar, ad referendum, para determinar a sustação do processo principal e o processamento imediato do recurso extraordinário, admitindo-o ou não o il.<sup>212</sup>

Por fim, exige-se, ainda, para o conhecimento do recurso extraordinário o denominado prequestionamento. Isto significa, que a questão constitucional, objeto do recurso extraordinário, já deve ter sido decidida – conforme aduz o enunciado sumular n.º 282 do Supremo Tribunal Federal<sup>213</sup>. Tal requisito encontra fundamento no artigo 102, inciso III da

---

<sup>210</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 130-131.

<sup>211</sup> **Art. 542, § 3º do CPC:** O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

<sup>212</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n.º 2260/MG*. Requerente RBR Empreendimentos e Construções LTDA, Requerido José dos Reis Teixeira. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 22/06/2001. Publicado em 28/06/2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000044014&base=basePresidencia>> Acesso em: 03/02/2015.

<sup>213</sup> **Súmula 282 do STF:** É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Constituição Federal, ao exigir que causa, para ensejar o recurso extraordinário, tenha sido decidida em grau inferior.<sup>214</sup>

Portanto, somando-se a todos os requisitos de admissibilidade impostos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal exige que a matéria tenha sido devidamente prequestionada, tendo sido expressamente abordada pela decisão recorrida.

## **2.6 EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

O controle de constitucionalidade das leis é exercido no desempenho regular da função jurisdicional. Uma vez instaurado o processo por iniciativa do autor e após a devida citação do réu, incumbe ao juiz ouvir as partes e, ao final, realizar a prestação jurisdicional. Como resultado, em regra, haverá a prolação de uma sentença de mérito, por meio da qual o órgão do judicial acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido formulado.

Em tal perspectiva, pode o juiz reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade da lei aplicável. Em tais casos, em virtude do modelo adotado pelo constitucionalismo brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo magistrado terá eficácia *inter partes*, isto é, repercutirá apenas perante as partes integrantes no processo.<sup>215</sup>

Ademais, no controle difuso a inconstitucionalidade apresenta como eficácia predominante a declaratória. Isso porque, certifica a invalidade da norma em face da Constituição.<sup>216</sup>

Com efeito, no controle incidental a constitucionalidade é discutida apenas de forma incidental (*incidenter tantum*), como questão prejudicial de mérito, devendo ser resolvida na fundamentação da decisão proferida pelo órgão jurisdicional. Portanto, no dispositivo da sentença ou do acórdão não deverá constar qualquer declaração de inconstitucionalidade da lei, mas apenas a procedência ou improcedência dos pedidos imediatos e mediatos realizados pelo

---

<sup>214</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 918.

<sup>215</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150-152.

<sup>216</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

autor, razão pela qual, ocorre inexistência de coisa julgada em relação à questão constitucional<sup>217</sup>

Ainda no âmbito dos efeitos da declaração de constitucionalidade pelo órgão judicial, salienta-se que em virtude da adoção, pelo direito brasileiro, da teoria norte-americana tecida por John Marshall em 1803, as decisões realizadas através do controle difuso de constitucionalidade geram a nulidade da norma declarada inconstitucional. Isto significa, que, em regra, será conferida eficácia retroativa (*ex tunc*) às decisões proferidas sem sede de controle difuso de constitucionalidade.<sup>218</sup>

Tal afirmativa evidencia-se através do postulado da supremacia da Constituição, onde uma norma inconstitucional não possui o condão de gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis.

Com a promulgação da Lei n.º 9.868/99, que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, conferiu-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de modular os efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade em controle abstrato – conforme prevê expressamente o artigo 27<sup>219</sup> da lei em comento.<sup>220</sup>

Inicialmente, questionava-se a possibilidade de flexibilização com a efetiva utilização de tal mecanismo no controle difuso de constitucionalidade, posto que a Lei n.º 9.868/1999 regulamentava apenas a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Com intuito de sanar a presente problemática, o Supremo Tribunal Federal tratou a matéria da seguinte forma:

A técnica de modulação da modulação temporal dos efeitos da decisão reserva-se ao controle concentrado de constitucionalidade, em face de disposição legal expressa. Não obstante, e embora em pelo menos duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal tenha aplicado a técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle

---

<sup>217</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. Método: 2013. p. 247.

<sup>218</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

<sup>219</sup> **Art. 27 da Lei n.º 9.868/99:** Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>220</sup> PIMENTA. Op. Cit., p. 95.



difuso de constitucionalidade das leis, é imperioso ter presente que a Corte o fez em situações extremas, caracterizada inequivocamente pelo risco à segurança jurídica ou ao interesse social.<sup>221</sup>

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado, por analogia, o artigo 27 da Lei n.º 9.868/1999. Assim, excepcionalmente, quando presentes razões de segurança jurídica ou interesse social, o Tribunal, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, tem admitido a modulação dos efeitos de forma a conferir à decisão efeitos a partir do seu trânsito em julgado (efeitos *ex nunc*) ou, ainda, efeitos prospectivos (efeitos *pro futuro*).<sup>222</sup>

Por fim, a Constituição de 1988, seguindo as alterações introduzidas pela Constituição de 1934, admite a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, realizadas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Trata-se da eficácia reflexiva do controle difuso de constitucionalidade, prevista no artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Através de tal dispositivo constitucional, o ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal obtém eficácia *erga omnes* através da suspensão de seus efeitos, realizado através de uma resolução editada pelo Senado Federal. Com efeito, a decisão vincula o pronunciamento dos demais tribunais sobre idêntica matéria, caracterizando uma espécie de *stare decisis* inserido no direito constitucional brasileiro.<sup>223</sup>

Ademais, por ser a resolução um ato normativo que apenas suspende a execução da norma inconstitucional – e não um ato que declara a sua inconstitucionalidade –, afirma-se que a suspensão da execução deva ocorrer, em regra, a partir da edição da resolução (efeitos *ex nunc*). No entanto, nada impede que o Senado Federal edite uma resolução com efeitos retroativos ou que seja estabelecida uma norma conferindo efeitos *ex tunc*.<sup>224</sup>

---

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 531013/RJ*. Agravante Município do Rio de Janeiro, Agravado Carlos Alberto Gomes Pereira. Relator Joaquim Barbosa. Julgado em 21/11/2006. Publicado em 16/02/2007. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2270005>> Acesso em: 03/02/2015.

<sup>222</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. Método: 2013. p. 247.

<sup>223</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

<sup>224</sup> NOVELINO. Op. Cit., 260-263

Atualmente, a suspensão da execução pelo Senado Federal é considerada um ato discricionário. Tal entendimento é adotado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Senado Federal.

Por conseguinte, caso o Senado Federal resolva editar uma resolução suspensiva, deverá se ater aos exatos limites da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo retirar do mundo jurídico normas que não tiveram sua inconstitucionalidade proclamada pelo Tribunal.

O entendimento clássico empregado à atuação do Senado Federal tem sido arduamente criticado pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em virtude da importância da matéria em relação ao controle difuso de constitucionalidade, tal debate será melhor abordado no terceiro capítulo do presente trabalho.

### 3 O NOVO CENÁRIO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NAS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO: PREVALÊNCIA DOS PRECEDENTES, CONTROLE DE SENTENÇAS E ATOS NORMATIVOS E A OBSOLESCÊNCIA DA ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL

#### 3.1 O EVOLUCIONISMO DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELO SENADO FEDERAL DO ATO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme demonstrado no capítulo anterior, o legislador constituinte de 1891 olvidou-se de inserir, um sistema uma sistemática similar ao *stare decisis* norte-americano, de maneira que fossem garantidos efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle incidental de constitucionalidade.

Com efeito, embora o controle difuso de constitucionalidade tenha sido instituído no direito brasileiro com o advento da Constituição de 1891, apenas com a Carta de 1934 é que previu-se a comunicação ao Senado Federal acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declara *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.<sup>225</sup>

Nesses termos, foram introduzidos os artigos 91, inciso IV e 96 à Constituição de 1934:

**Art. 91 da Constituição de 1934:** Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

**Art. 96 da Constituição de 1934:** Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 918.

<sup>226</sup> BRASIL. *Constituição de 1934*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10/02/2015.

Com o advento da suspensão pelo Senado Federal, pretendeu-se atribuir à decisão de inconstitucionalidade eficácia *erga omnes*, evitando-se que os efeitos de tal precedente ficassem restritos às partes do processo em que houvera sido proferida. Tal mecanismo provou-se necessário, pois anteriormente as decisões de inconstitucionalidade não tinham força obrigatória – assim, os juízes e tribunais podiam continuar realizando o controle incidental de constitucionalidade sem respeitar o que já decidirá o Supremo Tribunal Federal.<sup>227</sup>

Portanto, buscou-se instituir método adequado para que a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse efeitos extensivos a terceiros, solução encontrada pela atribuição ao Senado Federal da suspensão de leis e atos declarados inconstitucionais pelo Supremo.<sup>228</sup>

Ressalta-se que a engenhosa fórmula trouxe latentes dúvidas quanto à dimensão da eficácia do ato do Senado Federal, ponderando-se se os efeitos seriam retroativos ao ato do Senado Federal. Parte da doutrina reconhecia que os efeitos deveriam ser prospectivos à suspensão pelo Senado Federal:

A suspensão da lei corresponde à revogação da lei, devendo ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*. A suspensão não alcança atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos. O Senado Federal apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde sua Executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente.<sup>229</sup>

Não obstante a autoridade de seus adeptos, tal acepção inerente à suspensão do Senado Federal confrontava com premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. Com efeito, prevaleceu o entendimento de que a pronúncia de inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter declaratório. Logo, afigurava-se como inconcebível cogitar que situações fossem juridicamente criadas, atos se tornassem formalmente perfeitos ou que fossem gerados efeitos futuros embasados em ato normativo declarado inconstitucional. Por conseguinte, é cabível expor que a

---

<sup>227</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 918.

<sup>228</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1061.

<sup>229</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2 ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980. *Apud* 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, abr./jun. de 2004. p. 150. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

constitucionalidade da lei constitui pressuposto indispensável para o alcance do direito adquirido e o ato jurídico perfeito.<sup>230</sup>

A expressão utilizada no artigo 91 da Constituição de 1934 não é isenta de dúvidas. Inicialmente, o substitutivo da Comissão Constitucional que produziu a Carta de 1934 chegou a mencionar a “revogação ou suspensão da lei ou ato”.<sup>231</sup>

A própria essência do dispositivo não autorizava, todavia, a equiparação do ato do Senado Federal a uma declaração de ineficácia de caráter prospectivo. Destarte, preponderou, nos debates prévios ao advento da Constituição de 1934, a ideia de se outorgar ao Senado Federal o papel de coordenador dos poderes. Tal premissa justificava a competência privativa para que o Senado Federal realizasse a suspensão do ato normativo declarado inconstitucional.<sup>232</sup>

Nesse sentido, prevaleceu a tese delineada pelo Ministro Prado Kelly – conforme se destaca:

Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos [...] Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto, permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> 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, abr./jun. de 2004, p. 150-151. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>231</sup> ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 15, n. 57, jan./mar. 1978, p. 247. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182003>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>232</sup> MENDES. Op. Cit., p. 151.

<sup>233</sup> ALENCAR. Op. Cit., p. 260.

Ressalta-se que a dúvida inerente à natureza jurídica da Suspensão pelo Senado Federal foi sanada apenas em período posterior à 1934, através do Parecer n.º 154 de 1975, proferido pelo Senador Accioly Filho, onde se defendeu a seguinte orientação:

Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório. A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas consequências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas consequências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera ex nunc, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é ex tunc, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida, e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido. Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes europeias. Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o quórum qualificado. Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos erga omnes à decisão. A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão. Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade da suspensão. Consoante já se mostrou, e é tendência no direito brasileiro, só a suspensão por declaração de inconstitucionalidade opera efeito ex tunc, ao passo que a revogação tem eficácia só a partir da data de sua vigência. Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade. [...] Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3o, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (...) A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos. A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia. A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão. Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado

inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.<sup>234</sup>

Com efeito, sedimentou-se a concepção, pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>235</sup>, de que a suspensão constituía ato político que retira o ato normativo do ordenamento jurídico, de maneira definitiva e com efeitos retroativos.<sup>236</sup>

Nessa vertente, o Senado Federal, na Constituição de 1934, era descaracterizado de sua função federativa, pois lhe era atribuído o exercício da coordenação de poderes, sendo admissível certas competências senatoriais, introduzidas em 1934 – como ocorre com a previsão de ato político para suspender atos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>237</sup>

Cumprido observar que a suspensão pelo Senado Federal foi um instituto consagrado na grande maioria das Constituições brasileiras subsequentes ao período de 1934, tendo sido encampadas pelas Constituições de 1946 (artigo 64), 1967/1969 (artigo 42, inciso VII) e 1988 (artigo 52, inciso X).

Não obstante à importante concretização de conceitos fundamentais à aplicação da Suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional, tal instituto jurídico-constitucional continua gerando, em tempos atuais, substanciais dúvidas quanto à sua natureza e à função senatorial, razão pela qual tem se cogitado a reinterpretação de tal dispositivo no âmbito do direito constitucional moderno.

---

<sup>234</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer n.º 154, de 1971*. Relator: Senador Accioly Filho. In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 12, n. 48, out./dez. de 1975. p. 266-267. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180920/000355524.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>235</sup> A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo improprio o mandado de segurança. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança n.º 17976/SP*. Requerente Engenharia e Construções Otto Meinberg S/A, Requerido Fazenda do Estado de São Paulo. Relator Ministro Amaral Santos. Julgado em 13/09/1968. Publicado em 26/09/1969. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000114257&base=baseAcordaos>> Acesso em: 10/02/2015.).

<sup>236</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 150-153. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>237</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1061.

### 3.2 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas no controle incidental de constitucionalidade.

Discute-se, por conseguinte, sobre os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução de lei ou ato normativo. Ainda nessa vertente, questiona-se acerca do caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado Federal.<sup>238</sup>

Inicialmente, cumpre observar que parece predominar, ao menos nos textos doutrinários clássicos, o entendimento de que a função exercida pelo Senado Federal ao suspender a execução de lei declarada inconstitucional é de cunho discricionário, de modo que tal Casa Legislativa poderia negar-se a realizar tal ato político.

Ainda nesse prisma, sedimenta-se o entendimento de que competia ao Senado Federal, no exercício de seu papel de coordenador de poderes, apreciar os requisitos formais de admissibilidade para a decisão pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>239</sup> Nesse sentido, destaca-se:

Cabe ao Senado examinar se ocorreram os pressupostos constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade. Não nos parece merecer acolhida a alegação de se tratar de questões *interna corporis* do Supremo. Ao Senado incumbe justamente o indagar do respeito a todos os requisitos constitucionais. Trata-se, pois, de atividade vinculada, de exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou ato. O Senado não se pode furtar à suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que tenham se verificado os requisitos para tanto.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1087.

<sup>239</sup> BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 13, n. 50, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>> Acesso em: 10/02/2015.

<sup>240</sup> BASTOS, Celso Ribeiro de. *Direito Constitucional*, 1975. *Apud* BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 13, n. 50, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>> Acesso em: 10/02/2015.



Com efeito, a doutrina majoritária da época defendia que o Senado Federal exercia um papel discricionário no que tange à suspensão do ato declarado inconstitucional, podendo negar-se a realizar tal ato caso não fossem devidamente atendidos os requisitos formais de admissibilidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Em sentido diverso, outra parte da doutrina reconhece a discricionariedade do Senado Federal para realizar a suspensão do ato declarado inconstitucional. No entanto, tal corrente entende que não cabe ao Senado Federal realizar o controle de admissibilidade, mas às partes integras do processo constitucional. Seguindo tal afirmativa, menciona-se:

Quando o Judiciário enfrenta o problema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, não considera a sabedoria, conveniência, utilidade ou oportunidade da lei ou decreto em questão mas apenas a sua legitimidade, quer dizer, a sua compatibilidade ou inconciliabilidade em face da Lei Maior. Quanto aos aspectos formais do julgado, embora não seja impossível possa haver inobservância das exigências prescritas para o julgamento, presume-se a observância delas, desde que feita a comunicação do acórdão pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal ao Senado, e esse exame, embora não desprezível, seria o menos relevante no desempenho de suas obrigações constitucionais, até porque o Senado não é fiscal da Corte Suprema, nem tem por ofício cuidar da observância das regras do julgamento. As partes, não ao Senado, é reservada essa vigilância.<sup>241</sup>

No que tange à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal sedimentou importantes considerações acerca do papel do Senado Federal e da natureza jurídica da suspensão senatorial no histórico Mandado de Segurança n.º16.512/DF. Firmou-se, destarte, o entendimento pela possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou restringir o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>242</sup>

Em tal oportunidade, o Ministro Victor Nunes Leal defendeu o seguinte posicionamento:

O Senado não é um autômato na aplicação do art. 64 da Constituição. [...] Cheguei a dizer que o Senado não é mero registrador de decisões do Supremo Tribunal Federal. Ninguém atribuiu ao Senado Federal função secundária e deprimente de dizer amém para aquilo que o Supremo Tribunal diz. [...] O

---

<sup>241</sup> BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 13, n. 50, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>> Acesso em: 10/02/2015.

<sup>242</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 150-153. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

Senado pode, ao meu ver, julgar da oportunidade de suspender ou não a execução da lei que tenhamos declarado inconstitucional. E há de levar em conta, em tais circunstâncias, a possível oscilação da jurisprudência do Tribunal. [...] O Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar. [...] Por outro lado esse ato não deixa de ser normativo. Se a lei é normativa e o Senado, ao suspendê-la, retira a eficácia da lei, ele acrescenta alguma coisa à decisão, e esse acréscimo tem força normativa como a lei que é posta fora de circulação. Se a eficácia normativa, que suspende a lei, não derivasse da resolução ao Senado Federal mas do julgado do Supremo Tribunal, a intervenção do Senado seria desnecessária: a decisão seria executada, desde logo, com efeito normativo. Mas não é este o nosso sistema. Daí a necessidade de se acrescentar um *plus* à decisão judiciária, tornando-a obrigatória *erga omnes*, por ele, por natureza obrigatória somente para as partes.<sup>243</sup>

Ao final de tal julgamento, o Supremo Tribunal Federal fixou-se o entendimento conforme segue a emente do eminente Acórdão:

Resolução do senado federal, suspensiva da execução de norma legal cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo supremo tribunal federal. Inconstitucionalidade da segunda resolução daquele órgão legislativo, para interpretar a decisão judicial, modificando-lhe o sentido ou lhe restringindo os efeitos.<sup>244</sup>

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a atribuição do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, é complementar de uma decisão judicial, ampliativo dos efeitos desta. Logo, não pode o Senado, ao exercer tal atribuição, rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n.º 16512/DF*. Requerente Engenharia Souza e Barker LTDA., Requerido Senado Federal. Relator Oswaldo Trigueiro. Julgado em 25/06/1966. Publicado em 31/08/1966. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=84410&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MS%20/%2016512>> Acesso em: 10/02/2015.

<sup>244</sup> Idem.

<sup>245</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1061.

Em outras palavras, ao suspender o ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal federal, não poderia o Senado Federal revogar o ato anterior. Por conseguinte, o ato do Senado haveria de se ater à extensão do julgado do Supremo Tribunal Federal, não tendo competência para examinar o mérito da decisão, para interpretá-la, para ampliá-la, ou restringi-la.<sup>246</sup>

Ademais, ressaltava-se que a inércia do Senado Federal não afeta à relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos.<sup>247</sup>

Partilhando do entendimento sedimentado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Senador Paulo Brossard posiciona-se da seguinte forma:

Não é de hoje que entendo que a cláusula em exame não coloca o Senado em posição de “cartório do Supremo Tribunal Federal”, para repetir palavras de Pontes de Miranda no Congresso de Direito Constitucional da Bahia; e, tendo defendido esse entendimento no sei da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, veio ela a adotá-lo sem reservas e por ele tem se orientado sucessivas vezes. Com efeito, entre o sistema americano do julgamento *in casu*, e o sistema europeu do julgamento *in thesi*, o constituinte de 34, sem abandonar o sistema de inspiração norte-americana, tradicional entre nós, deu um passo no sentido de aproveitar algo da então experiência europeia; fê-lo conferindo ao Senado, órgão político, então denominado de “coordenação entre os poderes”, a faculdade de, em face de e com base em julgado definitivo do Supremo Tribunal Federal, que vincula apenas os litigantes, estender os seus efeitos, obviamente no que tange à inconstitucionalidade da norma, a quantos não foram parte do litígio, mediante a suspensão da lei ou decreto. Os efeitos dos julgados são jurídicos e particulares; os da decisão do Senado são políticos e gerais. [...] Em face da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Senado exercita o poder só a ele reservado, através de uma medida política, de um ato de natureza “quase legislativa” [...] e ao suspender a execução da norma questionada, faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4335/AC. Reclamante Defensor Público-Geral Federal, Reclamado Juiz de Direito Da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 20/03/2014. Publicação em 22/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>> Acesso em: 01/02/2015.

<sup>247</sup> Idem.

<sup>248</sup> BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 13, n. 50, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>> Acesso em: 10/02/2015.

Não obstante a tal doutrina, pretendeu-se, através da proposta de Emenda Constitucional n.º 16/1965, alterar o papel exercido pelo Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade. Nesse sentido, destaca-se:

Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto -- expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: *Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.*<sup>249</sup>

Com efeito, o texto do artigo 64 da Constituição de 1946 passaria a ter a seguinte redação: “Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.<sup>250</sup>

Entretanto, a proposta de alteração do artigo 64 da Constituição de 1946, com atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada no Congresso Nacional – perdurando a antiga redação do dispositivo em comento.

Ressalta-se que a sistemática pretendida com as alterações inerentes à proposta de Emenda Constitucional n.º 16/1965, equiparavam-se à parte minoritária da doutrina, liderada pelo jurista Lúcio Bittencourt. Por conseguinte, segundo esse posicionamento, a atuação do Senado Federal é apenas de dar publicidade a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade. Seguindo tal afirmativa, destaca-se: “o objetivo do art. 45, nº IV – a referência diz respeito à Constituição de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> BRASIL. *Constituição (1946): Emendas. Emendas à Constituição de 1946, n. 16: reforma do Poder Judiciário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1968, p. 24. Apud 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, abr./jun. de 2004. p. 150-153. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>250</sup> Idem.

<sup>251</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 140-141.

Portanto, a experiência constitucional brasileira evidenciou a inserção de uma sistemática de extrema complexidade para a jurisdição constitucional. A doutrina e a jurisprudência majoritária posicionaram-se no sentido de considerar que a Resolução proferida pelo Senado Federal é ato político, discricionário no que diz respeito à possibilidade de ser ou não expedida a suspensão da lei inconstitucional, e que tem função complementar, ampliativa dos efeitos da decisão judicial. O Senado Federal pode examinar aspectos formais, mas não tem competência para entrar no mérito da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>252</sup>

Tal posicionamento, no entanto, tem sido rechaçado pela doutrina e pela jurisprudência mais atuais, sendo sugerido uma releitura do papel do Senado Federal ao suspender a execução da lei declarada inconstitucional incidentalmente pelo Supremo Tribunal.

### **3.3 A SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DA EXECUÇÃO DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A exigência de que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo Supremo Tribunal dependa de decisão do Senado Federal, conforme relatado, foi introduzida com a Constituição de 1934, tendo sido preservada na Constituição de 1988.<sup>253</sup>

No atual ordenamento constitucional, o dispositivo encontra-se inserto no artigo 52, inciso X<sup>254</sup> da Carta da República. A razão histórica e técnica da intervenção do Senado Federal é identificável no direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo incidental, que, entre outras fórmulas, confere caráter vinculante às decisões dos tribunais. Desse modo, o juízo

---

<sup>252</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1066.

<sup>253</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1091.

<sup>254</sup> **Art. 52 da CF:** Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais.<sup>255</sup>

No caso da jurisdição constitucional brasileira, onde a tradição romano-germânica vigente não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal Federal. Criou-se – conforme relatado – a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional, conferindo a tal precedente eficácia *erga omnes* à decisão proferida no caso concreto.<sup>256</sup>

No âmbito da Constituição de 1988, todavia, com a ampliação do controle abstrato de normas, o controle incidental de constitucionalidade sofreu severo processo de obsolescência. Tal afirmativa comprova-se em virtude da amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia das leis ou atos normativos, com eficácia geral.<sup>257</sup>

Com efeito, se o Supremo Tribunal Federal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda à Constituição, por que deveria a declaração de incidental de inconstitucionalidade valer apenas para as partes insertas no caso concreto?

Nesse prisma, com a inserção do controle abstrato de constitucionalidade com a Emenda Constitucional n.º 16/1965 e a percepção de que as decisões do Supremo Tribunal Federal constituem precedentes constitucionais, que obrigatoriamente devem ser respeitados pelos demais tribunais, tornou-se imprescindível a atribuição de eficácia vinculante a decisões de cunho constitucional.<sup>258</sup>

Paradoxalmente, ao contrário do que se possa afirmar inicialmente, a concessão de eficácia vinculante obtém maior importância para o controle incidental do que para o controle concentrado, já que nesse último, ao menos a parte dispositiva da decisão possui eficácia geral. Ademais, observa-se que embora a eficácia vinculante seja indispensável a qualquer precedente

---

<sup>255</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

<sup>256</sup> Idem..

<sup>257</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1091.

<sup>258</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 967.

constitucional, a eficácia *erga omnes* é conatural ao controle objetivo e não à decisão proferida *inter partes*.<sup>259</sup>

Por conseguinte, é possível imputar que a suspensão pelo Senado Federal, na atual fase do constitucionalismo brasileiro, erige-se apenas como um instituto de razão exclusivamente histórica. Seguindo tal ótica, destaca-se:

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.<sup>260</sup>

Portanto, ao se delimitar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental de constitucionalidade, têm eficácia vinculante, é completamente desnecessário reservar ao Senado Federal o poder de atribuir efeitos *ferais* às decisões de inconstitucionalidade.<sup>261</sup>

Evidentemente, ainda que o Senado Federal tenha este poder, o fato de tal Casa Legislativa não atuar não pode conduzir à conclusão de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não produziu – ou deixou de produzir – eficácia vinculante. Logo, a omissão pelo Senado Federal não pode contrapor a eficácia vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal.<sup>262</sup>

Situação semelhante é evidenciada quando o Supremo Tribunal Federal adota interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de determinado dispositivo

---

<sup>259</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 967.

<sup>260</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 155-156. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>261</sup> SARLET. Op. Cit., p. 967.

<sup>262</sup> Idem.

inserto no regramento ordinário. Através de tal técnica, a Corte imputa que certa interpretação seja compatível com a Constituição – ao passo que as demais interpretações sejam consideradas inconstitucionais - ou que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de complemento ou restrição.<sup>263</sup>

Destarte, no caso de decisão proferida por intermédio de interpretação conforme à Constituição, em virtude de sua natureza tal precedente recebe automaticamente caráter geral, não podendo ser alvo da suspensão senatorial.<sup>264</sup>

Cumpra mencionar, também, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se delimita que determinado significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sobre qualquer alteração. Em tais circunstâncias, a suspensão pelo Senado Federal é problemática, para não dizer inviável, porquanto não se cuida de afastar a incidência de disposição de ato impugnado, mas tão somente de um de seus significados normativos.<sup>265</sup>

Ainda nessa vertente, destaca-se:

Seria pouco mais do que ilógico supor que a eficácia geral somente pode ser atribuída às decisões de inconstitucionalidade, e não às demais decisões proferidas pelo STF. A mesma razão que impõe a eficácia obrigatória, vinculante ou geral às decisões que se utilizam das técnicas de interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, assim como as que se limitam a definir a interpretação de acordo com a Constituição. Portanto, negar eficácia vinculante aos precedentes constitucionais em virtude de o Senado Federal ter poder para suspender os efeitos de lei declara inconstitucional, além de lamentável e curiosamente impedir que as decisões do STF gozem da devida autoridade, constitui equívoco fácil de ser apanhado.<sup>266</sup>

De igual forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado federal não se aplica à declaração de não recepção de lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle de constitucionalidade,

---

<sup>263</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1091.

<sup>264</sup> Idem.

<sup>265</sup> Idem.

<sup>266</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 967.



apenas no controle incidental é que a função senatorial se incumbirá de garantir a eficácia geral do julgado.<sup>267</sup>

Ademais, a técnica de modulação dos efeitos aplicada ao controle incidental de constitucionalidade tem íntima relação com a racionalidade da eficácia vinculante dos precedentes, posto que obriga aos demais tribunais a se comportarem como se a norma, apesar de inconstitucional, estivesse produzindo efeitos. Nesse aspecto, tal técnica tem levado a crer que a função antes conferida ao Senado Federal, deixa de ser necessária na atual fase da jurisdição constitucional brasileira.<sup>268</sup>

Tal aceção colida-se através da seguinte afirmativa:

É certo, outrossim, que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito ex nunc), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva. É que a “decisão de calibragem” tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal.<sup>269</sup>

Por fim, salienta-se que é plenamente possível a revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de precedente que declarava a inconstitucionalidade incidental de ato normativo, em virtude de novas interpretações conferidas a tal legislação. Assim, nada impede que haja uma espécie de *overruling* de precedentes inerentes ao controle difuso de constitucionalidade realizado âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tal afirmativa comprava-se da seguinte forma:

Dar eficácia vinculante a um precedente constitucional significa dar autoridade às decisões do STF, e não excluir uma lei do ordenamento jurídico, torna-se possível ver que, assim como as decisões de inconstitucionalidade podem ser revogadas, o mesmo pode ocorrer com as decisões de inconstitucionalidade. Ora nada impede que uma lei, declarada

---

<sup>267</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1092.

<sup>268</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 967.

<sup>269</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 155-156. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

inconstitucional em controle difuso, seja mais tarde, e a partir dos devidos pressupostos, declarada constitucional pelo STF.<sup>270</sup>

Portanto, é possível concluir que apesar do evidente mantimento do instituto da suspensão pelo Senado Federal, tal sistemática encontra-se em crescente obsolescência não havendo qualquer razão para se exigir a atuação de tal Casa Legislativa para atribuir efeito geral às decisões incidentais de inconstitucionalidade proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.<sup>271</sup>

Com efeito, todos esses fundamentos demonstram o novo significado do instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal, no contexto da Constituição de 1988 e a latente necessidade de revisão do entendimento, até o presente momento dominante, de tal instituto constitucional.<sup>272</sup>

#### **3.4 A DISPENSABILIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Importante questão tem sido evidenciada perante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da necessidade de se utilizar o instituto previsto no artigo 97 da Constituição Federal<sup>273</sup>, denominado de cláusula de reserva de plenário.

A cláusula de reserva de plenário contém comando peremptório no sentido de exigir que a declaração de inconstitucionalidade de lei somente ocorra pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal julgador. Tal dispositivo constitucional incorpora-se à regra do *full bench*, sendo erigido como uma espécie de *self restraint* ou autorrestrição dos tribunais no enfrentamento de questões constitucionais.<sup>274</sup>

---

<sup>270</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 967.

<sup>271</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1091.

<sup>272</sup> Idem.

<sup>273</sup> **Art. 97 da CF:** Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>274</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1333-1334.

Em regra, a cláusula de reserva é imputada obrigatória para o controle difuso – quando realizado no âmbito dos tribunais – e para o controle concentrado de constitucionalidade.

Existe, no entanto, uma tendência de mitigação da cláusula de reserva de plenário. Inicialmente, no âmbito da jurisprudência, tal regra foi relatada como dispensável pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 190.728/RS.

Em tal oportunidade sedimentou-se o entendimento que é dispensável o encaminhamento da questão constitucional suscitada no controle incidental de constitucionalidade desde que o Supremo Tribunal Federal já tivesse se posicionado acerca do tema. Nesse prisma, destaca-se:

Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo.<sup>275</sup>

Com efeito, fixou-se importante entendimento no que tange à atuação do Pleno ou órgão especial firmado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se, dessa forma, acerca da dispensabilidade de se encaminhar aos órgãos fracionários o tema constitucional já enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, uma vez fixada a orientação do Plenário ou órgão especial, em caso qualquer, poderá o órgão decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão sobre a questão constitucional. Logo, um novo

---

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 190728/RS*. Recorrente Leônidas Januário Pires, Recorrida Walner Barbosa de Azevedo. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 26/06/1995. Publicado em 04/08/1995. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000108114&base=baseAcordaos>> Acesso em: 31/01/2015.

procedimento embasado na forma do artigo 97 da Constituição Federal, somente seria necessário em caso de mudança de orientação por parte do próprio tribunal.<sup>276</sup>

Posteriormente, a jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento similar àquele proferido no âmbito da Primeira Turma, conforme foi evidenciado no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 168.149/RS.

Idêntico entendimento foi proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 191.898, conforme se destaca:

A decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos erga omnes, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.<sup>277</sup>

O entendimento fixado em tais precedentes demonstra a evolução na sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar os efeitos das decisões proferidas no controle concentrado e incidental.<sup>278</sup>

Por conseguinte, a decisão do Supremo Tribunal Federal antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Plenário do Tribunal a que se encontrava vinculado. Logo, decide-se autonomamente, com fulcro na decisão de inconstitucionalidade – ou constitucionalidade – do proferida *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 729.

<sup>277</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 191898/RS*. Recorrente Renovadora de Pneus Irmãos LTDA., Recorrida União Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 27/05/1997. Publicado em 22/08/1997. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1616106>> Acesso em: 10/02/2015.

<sup>278</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1093.

<sup>279</sup> Idem.

Ademais, observa-se a tendência de se conferir eficácia vinculante ao precedente decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal também se observou no âmbito legislativo com o advento da Lei n.º 9.756/1998, que inseriu o parágrafo único ao artigo 481<sup>280</sup> do Código de Processo Civil.<sup>281</sup>

Nessa vertente, é cabível expor:

Eficácia da decisão do Plenário ou do "Órgão Especial" - A decisão do plenário (ou do "órgão especial"), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável. *Ex vi* do art. 481, parágrafo único, o pronunciamento dispensa os órgãos fracionários de novamente submeter a questão, em futuro processo, ao plenário (ou ao "órgão especial").<sup>282</sup>

Assim, gera-se uma cisão funcional de competência entre o órgão fracionário do tribunal e o Supremo Tribunal Federal, com base no precedente de cunho constitucional com eficácia vinculante.<sup>283</sup>

Portanto, o que se deve observar é que existe uma latente tendência, tanto no âmbito jurisprudencial quanto no âmbito legislativo, de se dispensar a cláusula de reserva de plenário, de modo a conferir eficácia vinculante a matérias constitucionais decididas no âmbito do controle de constitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente, através de tal entendimento, não se imputa plausível que a eficácia vinculante inerente a tais precedentes seja conferida por intermédio de Resolução oriunda do Senado Federal – com base no artigo 52, inciso X da Constituição. Isso indica que, ao menos em âmbito jurisprudencial e infraconstitucional, a atuação de tal Casa Legislativa no controle incidental de constitucionalidade tem sido revisada.

---

<sup>280</sup> **Art. 481, parágrafo único do CPC:** Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

<sup>281</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 102.

<sup>282</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil volume v. 1*. ed eletrônica rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37. Disponível em:< <https://www.passeidireto.com/arquivo/3033730/codigo-de-processo-civil-comentado---jose-carlos-barbosa-moreira>>. Acesso em: 31/01/2015.

<sup>283</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 124.

### 3.5 A IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO ENTRE SÚMULA DE CARÁTER VINCULANTE E O PRECEDENTE SOB A ÓTICA DO *STARE DECISIS* NORTE-AMERICANO

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, inseriu-se o artigo 103-A<sup>284</sup> à Carta da República. Tal dispositivo constitucional introduziu ao direito constitucional brasileiro a figura da súmula de caráter vinculante.

Tal dispositivo obriga a observância direta de seu teor aos órgãos do Poderes Judiciário e Executivo. O presente mecanismo possibilita, também, a qualquer interessado fazer valer a orientação do Supremo Tribunal Federal, através da apresentação de reclamação constitucional por descumprimento de decisão judicial.<sup>285</sup>

Trata-se da inserção de uma sistemática similar à do precedente jurisprudencial com caráter vinculativo norte-americano, que se traduz pela obrigatoriedade de os tribunais e juízes adotarem a orientação do Supremo Tribunal Federal, sob pena de anulação da decisão.<sup>286</sup>

Em virtude da semelhança entre a súmula vinculante e o precedente jurisprudencial com caráter vinculativo, parte da doutrina brasileira passou a equiparar os dois mecanismos. Nesse sentido, expõe-se:

Parece lógico o raciocínio de que o Senado não está obrigado a “obedecer” a decisão do STF. Que a lei é inconstitucional, não há mais dúvida. O que o Senado faz é dar a decisão final acerca dos efeitos. [...] Assim, se o pretende – agora ou em futuros julgamentos – dar efeito vinculante ao controle difuso, deve editar súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado).<sup>287</sup>

---

<sup>284</sup> **Art. 103-A da CF:** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

<sup>285</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1426.

<sup>286</sup> Idem.

<sup>287</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 555-557.

Em sentido similar, destaca-se:

Assim, “se o Supremo Tribunal Federal pretende — agora ou em futuros julgamentos — dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades). [...] Uma decisão de inconstitucionalidade — em sede de controle dito “objetivo” (sic) — funciona como uma derrogação da lei feita pelo Poder Legislativo. O Supremo Tribunal Federal, ao declarar uma inconstitucionalidade no controle concentrado, supostamente funciona como “legislador negativo” (sic). Por isso também são bem distintos os efeitos das decisões de inconstitucionalidade em países que possuem controle difuso ou controle misto (concentrado-difuso) e aqueles que possuem apenas o controle concentrado, bastando ver, para tanto, como funcionam os tribunais constitucionais europeus em comparação com os Estados Unidos (controle difuso *stricto sensu*) ou o Brasil (controle misto). [...] Em face disso é que, em sede de controle difuso, torna-se necessário um plus eficaz à decisão do Supremo Tribunal, introduzido em 1934, com o objetivo de conceder efeito erga omnes às decisões de inconstitucionalidade (hoje o artigo 52,X).<sup>288</sup>

Todavia, mesmo sendo palpável a semelhança entre a súmula vinculante e o precedente jurisprudencial com caráter vinculativo, os dois mecanismos não podem ser confundidos, pois possuem diversas diferenças.

O precedente, tal como é praticado no direito norte-americano, possui um *holding* que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Tal premissa não está na Constituição, nem na lei, mas na tradição jurídica. Logo, a aplicação não se dá automaticamente, devendo se examinar o princípio que se pode extrair do precedente – e que posteriormente será a fundamentação da decisão ou somente um *dictum*.<sup>289</sup>

No Brasil, a súmula não se estrutura como um precedente. Nesse contexto, não alude a ementa da decisão à *causa petendi* e à *ratio decidendi* – com isso o precedente perde a justificativa jurídica e pessoal de ponderação da decisão. A redação da súmula, no Brasil, restringe-se ao resultado do julgamento, ou dispositivo. A súmula acompanha os exatos limites

---

<sup>288</sup> STRECK, Lênio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso*. Consultor Jurídico, 2007. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso)> Acesso em: 10/02/2015.

<sup>289</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1426.

objetivos da coisa julgada, pelo que pertinente a uma pretensão processual de ordem individual e disponível.<sup>290</sup>

Com efeito, gera-se uma problemática quando da utilização da jurisprudência e da respectiva súmula equiparada ao precedente no sistema da *Civil Law* – como é o caso brasileiro. Com efeito, como a *ratio decidendi* no precedente é parte essencial em razão do processo substantivo que a caracteriza, nela não existe qualquer polêmica de divergência, ante a manutenção da prestação pelo objeto jurídico em causa.<sup>291</sup>

Destarte, a súmula restringe-se ao pedido, pelo que as razões da decisão não integram a coisa julgada ou o conteúdo da súmula. Há uma vinculação ao pedido sem atender aos fatores que a legitimam. Nesses termos, a súmula atua como uma nova norma e não como a expressão do direito através do processo e da prestação jurisdicional.<sup>292</sup>

Por conseguinte, somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante na sistemática do precedente jurisprudencial. Assim os precedentes jurisprudenciais norte-americanos são delineados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras. Em sentido diverso, as súmulas são enunciados gerais e abstratos – com características similares às leis – que são editados visando à solução de casos futuros.<sup>293</sup>

Ademais, sob a égide da sistemática da *Common Law*, a *ratio decidendi* é quem cria o direito a partir do caso. Dessa maneira, o julgamento é realizado pelo objeto jurídico do processo entendido como a razão da decisão e os fundamentos do pedido. Por outro lado, o magistrado na sistemática da *Civil Law*, atém-se exclusivamente ao pedido da parte, como objeto do processo e descrição do mérito constante da lide, sem interpretar a lei ao caso concreto. Dessa forma, em tal processualística, o juiz não cria o direito, mas apenas o reproduz diante do caso concreto.<sup>294</sup>

Ainda nessa vertente, a súmula possui profundas dessemelhanças com o precedente. Porquanto, o efeito vinculante está vinculado ao enunciado da sumula – isto é, a um texto com caráter normativo -, bem como a instituição do efeito vinculante tem como finalidade vedar novas discussões sobre a matéria a que se refere o enunciado sumular. Assim, é evidente a

---

<sup>290</sup> AZAMBUJA, Carmen Luísa Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 190.

<sup>291</sup> Idem.

<sup>292</sup> Idem.

<sup>293</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1427.

<sup>294</sup> AZAMBUJA. Op. Cit., p. 190.



incompatibilidade genética entre a súmula e o precedente jurisprudencial, quando postas em um sistema romano-germânico como é o caso do Brasil.<sup>295</sup>

Portanto, apesar das semelhanças evidenciadas entre a súmula vinculante e o precedente jurisprudencial, tais institutos não podem ser equiparados na sistemática processual brasileira. Isso significa que não se pode imputar que a súmula vinculante é uma espécie de *stare decisis* brasileiro, nem que é a forma utilizada pelo legislador constituinte derivado para atribuir efeito vinculante aos precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal, pois, afinal, tratam-se de mecanismos processuais diferentes.

### **3.6 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O NOVO PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

Todas as reflexões e práticas levantadas nos tópicos anteriores recomendam uma releitura do papel do Senado Federal no processo de controle incidental de constitucionalidade brasileiro.

Inicialmente, quando tal instituto foi concebido no direito brasileiro em 1934, dominava uma concepção anacrônica de separação de poderes. Assim, em outros países, tal concepção retrógrada já havia, há muito, sido desconstruída, como ocorreu na Constituição de Weimar em 1919 e no modelo austríaco de 1920.<sup>296</sup>

A suspensão da execução da lei declarada inconstitucional teve o seu significado normativo abalado com ampliação de legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade introduzido através da Constituição de 1988. Nesse sentido, destaca-se:

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta. O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade.

<sup>295</sup> C CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1427.

<sup>296</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1093-1094.

Este é, todavia, apenas um entre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. [...] Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.<sup>297</sup>

Com efeito, com ampliação dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 da Constituição Federal<sup>298</sup>), o legislador constituinte pareceu dar maior ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade, fazendo que tal mecanismo opere como instrumento de correção do sistema geral incidente.

Por conseguinte, a ampla legitimação conferida ao controle concreto, com a possibilidade de se submeter qualquer constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou alterações substanciais ao modelo de controle de constitucionalidade vigente no direito brasileiro.<sup>299</sup>

Destarte, parece evidente que ao se ampliar os legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, acabou o legislador constituinte brasileiro por restringir, radicalmente, a amplitude do controle incidental de constitucionalidade.<sup>300</sup>

Nessa vertente, a Constituição de 1988, ao dar maior ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade, passou a veicular, fundamentalmente, as questões constitucionais mediante à proposição da ação direta de inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal.

Ainda nesse prisma, em detrimento da ampla legitimação, da presteza e celeridade do controle concentrado, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a

---

<sup>297</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 157-158. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>298</sup> **Art. 103 da CF:** 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 Assembleia 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.

<sup>299</sup> MENDES, Op. Cit., p. 157-158.

<sup>300</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1094-1095.

eficácia da lei questionada – mediante pedido cautelar -, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solucionadas por intermédio da utilização da ação direta de inconstitucionalidade.<sup>301</sup>

Tal premissa assenta, assim, que apesar do caráter misto do controle de constitucionalidade brasileiro, a ênfase de tal sistema não se opera perante ao controle difuso de constitucionalidade – como ocorria sob a égide das constituições anteriores a 1988 -, mas no perfil concentrado.

Esse entendimento foi firmado, pela jurisprudência do Supremo Tribunal, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1, conforme se expõe:

Esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro – não apenas, como nota Cappelletti, de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo – mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características. Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito. Por outro lado, Senhor Presidente, o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle de constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal Federal, os dois papéis, o de órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de cúpula do sistema difuso. De tal modo, o peso do Supremo Tribunal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz é relativo, porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia erga omnes à declaração incidente.<sup>302</sup>

---

<sup>301</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1094-1095.

<sup>302</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 1/DF*. Requerente Presidente da República. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento 27/10/1993. Publicação 16/06/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>> Acesso em: 10/02/2015.

Dessa forma, a interpretação que se conferiu à suspensão da execução pelo Senado Federal, pela doutrina majoritária e pela jurisprudência, contribuiu decisivamente para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização no direito constitucional pátrio.<sup>303</sup>

Nesse sentido, destaca-se:

As dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a ‘sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça’, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão. Não o apontam os tratadistas americanos – infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo –, limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*. Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subsequentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes. É que, em face dos princípios que orientam a doutrina de coisa julgada e que são comumente aceitos entre nós, é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos que, aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria de estado civil, as quais, segundo entendimento geral, prevalecem erga omnes.<sup>304</sup>

Assim, contata-se, através da leitura dos apontamentos delineados por Lúcio Bittencourt, que o constitucionalismo brasileiro clássico não logrou êxito ao fundamentar a eficácia *erga omnes*, tal afirmativa também pode ser direcionada à retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal.

No âmbito do direito norte-americano, apesar de instituto não pertencente exclusivamente ao à sua prática do *judicial review*, a doutrina do *stare decisis* desonerava os constitucionalistas norte-americanos de um dever mais aprofundado de fundamentação na

---

<sup>303</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 159. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>304</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 140-141.

espécie. Dessa maneira, como tal doutrina assegura efeito vinculante aos precedentes da Suprema Corte, tinha-se segurança de que, em regra, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à norma objeto de censura.<sup>305</sup>

Sem dispor de mecanismo similar ao *stare decisis* que emprestasse força de lei ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da lei inconstitucional e a obrigatoriedade dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. A suspensão da execução pelo Senado Federal não se mostrou como fórmula apta para superar tal incongruência, pois emprestou à atuação senatorial um sentido subjetivo indevido.<sup>306</sup>

Em virtude de tal entendimento, o Ministro Gilmar Ferreira, proferiu voto na Reclamação n.º 4.335/AC, imputando que a suspensão da execução da lei pelo Senado, tal como tem sido praticado no direito constitucional brasileiro, representa uma negativa da teoria da nulidade. Nesse sentido, destaca-se:

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a ideia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.<sup>307</sup>

Essa posição foi, também, sustentada por Lúcio Bittencourt, a ver:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem

---

<sup>305</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1094-1095.

<sup>306</sup> *Idem*.

<sup>307</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4335/AC. Reclamante Defensor Público-Geral Federal, Reclamado Juiz de Direito Da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 20/03/2014. Publicação em 22/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>> Acesso em: 01/02/2015.

de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter suspensa a sua execução.<sup>308</sup>

O entendimento conduzido por Lúcio Bittencourt, demonstra-se bastante plausível com a orientação da nulidade da lei inconstitucional. Isso porque, a atribuição de funções do Senado Federal era a própria negação da ideia de nulidade de lei devidamente declarada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>309</sup>

Outro fato relevante tange acerca da disciplina processual conferida à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – prevista no artigo 102, parágrafo primeiro da Constituição Federal<sup>310</sup> -, que constitui mecanismo subsidiário na resolução de questão não consagradas no controle concentrado.

No âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, é visível a inconsistência da sistemática de suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal. Porquanto, a decisão do caso concreto proferido em sede de APDF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*. Em contrapartida, a mesma questão solucionada através do controle incidental de constitucionalidade terá eficácia *inter partes* – revelando uma latente inconsistência presente no sistema atual.<sup>311</sup>

No âmbito legislativo, duas alterações processuais consignaram a tendência da força vinculante do preceito. Com advento da Lei n.º 8.038/1990, que regulamentou o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, inseriu-se dispositivo que conferia faculdade ao Relator negar seguimento a recurso, manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou

---

<sup>308</sup> BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 145-146.

<sup>309</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 160-161. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>310</sup> **Art. 102, § 1º da CF**: A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

<sup>311</sup> MENDES. Op. Cit., p. 161.

prejudicativo, ou que contrariasse enunciado sumular do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal de Justiça.<sup>312</sup>

Salienta-se que posteriormente, a tendência de se conferir eficácia vinculante ao precedente decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal também se observou no âmbito do sistema processual brasileiro com o advento da Lei n.º 9.756/1998, que inseriu o parágrafo único ao artigo 481 do Código de Processo Civil.<sup>313</sup>

Portanto, através da inserção das duas formas processuais supracitadas, passou-se a admitir não só a negativa de seguimento de Recurso Extraordinário, nas hipóteses referidas, mas também o provimento do aludido recurso nos casos de manifesto confronto com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, mediante decisão monocrática do relator.<sup>314</sup>

Nesses termos parece evidente que o legislador entendeu possível estender em caráter geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei – hipóteses que, usualmente, estaria submetida à disciplina do artigo 52, inciso X da Constituição Federal.<sup>315</sup>

Cumprir observar que apenas com o advento da Emenda Constitucional n.º 3/1993<sup>316</sup> é que passou a existir norma que conferisse, de forma concreta, os efeitos regulares às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>317</sup>

Paralelamente, no âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal inicialmente submetia a decisão de inconstitucionalidade proferida em controle abstrato ao Senado Federal, para que tal Casa Legislativa determinasse a execução da lei inconstitucional. Posteriormente,

---

<sup>312</sup> **Art. 38 da Lei n.º 8.038/90:** O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

<sup>313</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 102.

<sup>314</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 161. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>315</sup> Idem.

<sup>316</sup> **Art. 102, § 2º da CF:** As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).

<sup>317</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 966.

o Supremo Tribunal Federal passou a entender que as suas decisões, proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, produziam coisa julgada *erga omnes* – logo dispensavam a atuação do Senado Federal.<sup>318</sup>

Nesse sentido, destaca-se o entendimento sedimentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigora, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex nunc*), independentemente de atuação do Senado, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez *a priori*, e que se impõe, a quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente.<sup>319</sup>

Assim, entendimento do Supremo Tribunal colacionado através da Representação n.º 1.016-3/SP, sedimenta a ideia de que ocorre a obsolescência da atuação do Senado Federal em sede de controle concreto de constitucionalidade

Ainda no âmbito jurisprudencial, salienta-se que nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado entendimento que confere efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado o artigo 557, parágrafo 1º-A do Código de Processo

---

<sup>318</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 966.

<sup>319</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representaçãoº 1016-3/SP*. Representante Procurador-Geral da República, Representado Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento 20/09/1979. Publicação 26/10/1979. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263791>> Acesso em: 10/02/2015.



Civil<sup>320</sup>, utilizando decisões pretéritas do Plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos.<sup>321</sup>

Nesse sentido, destaca-se:

O Tribunal Pleno, na Sessão de 20.11.96, ao julgar o RE nº 153.771-0/MG (Relator para o acórdão o Ministro Moreira Alves, DJU de 05.09.97), que cuidava do IPTU progressivo exigido pelo Município de Belo Horizonte, pacificou exegese segundo a qual a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, em face do disposto no artigo 182, § 2º, da Constituição Federal, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos no § 4º do referido artigo. Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 9.756/98, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento.<sup>322</sup>

O posicionamento do Supremo Tribunal induz à conclusão que o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Tribunal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Semelhante orientação apenas pode operar eficácia transcendente a através da manifestação do Senado Federal.<sup>323</sup>

De igual relevância é o argumento inerente ao controle de constitucionalidade realizado nas ações coletivas. Nesses casos, a suspensão da execução pelo Senado Federal revela-se inútil, caso se entende que ela tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.<sup>324</sup>

Ainda nessa vertente, recorda-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.919/SP, onde sedimentou-se o entendimento de que a decisão pela prejudicialidade decorreu

---

<sup>320</sup> **Art. 557, § 1º-A do CPC:** A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

<sup>321</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 161. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

<sup>322</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 228844/SP*. Representante Procurador-Geral da República, Representado Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento 20/05/1999. Publicação 16/09/1999. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000052443&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 10/02/2015.

<sup>323</sup> MENDES. Op. Cit., p.161.

<sup>324</sup> Ibidem, p. 162.

do fato de o Superior Tribunal de Justiça, em sede de mandado de segurança coletivo, ter declarado a nulidade daquele ato.<sup>325</sup>

Com efeito, se as decisões proferidas em processos coletivos têm eficácia *erga omnes*, afigura-se difícil justificar a necessidade de comunicação ao Senado Federal. Assim, recorda-se que em alguns casos, há quase uma confusão entre o objeto da ação civil pública e o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Logo, não se pode imputar que seja uma típica decisão de caráter *inter partes*.<sup>326</sup>

Através da utilização dos fundamentos supratranscritos é que foi delineada a tese da mutação constitucional, no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no Reclamação n.º 4.335/AC, do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, com intuito de redefinir o papel a suspensão da execução operada pelo Senado, tornando tal ato vinculado à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo publicidade ao teor do precedente. Nesse sentido destaca-se:

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade in concreto também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revelasse abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada. [...] Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da

---

<sup>325</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1919/SP*. Requerente Procurador-Geral da República, Requerido Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Relator Ministra Ellen Gracie. Julgamento 07/04/2003. Publicação 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266800>> Acesso em: 10/02/2015.

<sup>326</sup> 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, abr./jun. de 2004. p. 161. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.<sup>327</sup>

Ainda no âmbito da Reclamação n.º 4.335/AC, salienta-se que o Ministro Eros Grau endossou a orientação firmada no voto prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes, afirmado o seguinte:

O eminente Relator, jurista sensível à necessidade de adequação da Constituição ao devir social, em seu voto propõe se a promova no que tange aos efeitos das decisões do Supremo no exercício do controle difuso. E o faz extraindo o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. [...] A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. [...] Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo. Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.<sup>328</sup>

Portanto, parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão da execução pelo Senado Federal há ter simples efeito de publicidade. Destarte, se o Supremo Tribunal

---

<sup>327</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4335/AC. Reclamante Defensor Público-Geral Federal, Reclamado Juiz de Direito Da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 20/03/2014. Publicação em 22/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>> Acesso em: 01/02/2015.

<sup>328</sup> Idem.

Federal, em sede de controle incidental de constitucionalidade, concluir de forma definitiva de que a lei é inconstitucional, tal decisão possuirá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso.<sup>329</sup>

Por conseguinte, retira-se o caráter subjetivo da decisão do Senado Federal, posto que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal já contém força normativa. Essa solução resolve de forma superior a problemática inerente ao artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Ademais, superam-se também as incongruências entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual civil, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa ultrapassada do dispositivo artigo 52, inciso X da Constituição Federal.

---

<sup>329</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1099-1100.

## CONCLUSÃO

Desde a inserção do controle incidental de constitucionalidade com a Constituição de 1891, a doutrina especializada, sobretudo influenciada pelos ensinamentos de Ruy Barbosa, clamava por um mecanismo processual similar à doutrina do *stare decisis* norte-americano, que conferisse eficácia geral aos julgados oriundos dos tribunais superiores brasileiros.

Tal mecanismo foi introduzido no direito brasileiro com a promulgação da Constituição de 1934, com o seu artigo 91, que conferia competência ao Senado Federal – atuando coordenador dos poderes – para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Nesses termos, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade apenas receberiam eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, após a realização de ato político pelo Senado Federal que retirasse de circulação do ordenamento constitucional brasileiro a lei declarada inconstitucional.

Por óbvio, a introdução do dispositivo constitucional que conferia tal competência ao Senado Federal não obteve êxito em realizar a retirada da lei inconstitucional no direito brasileiro, posto que conferiu-se caráter substantivo ao ato político do Senado Federal – possibilitando a discricionariedade de sua atuação.

Em tempos passados, corrente minoritária liderada, sobretudo, por Lúcio Bittencourt, imputava ser necessário realizar redefinição da suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal. Por conseguinte, de acordo com essa corrente, a atuação de tal Casa Legislativa deveria ser objetiva, no sentido de dar mera publicidade às decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.

Tal corrente também foi evidenciada na proposta de Emenda Constitucional n.º 16/1965, onde se propôs a alteração do artigo 64 da Constituição 1946, reescrevendo o papel do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade, de modo a fazer com que tal órgão apenas conferisse a publicidade ao julgado do Supremo Tribunal Federal. Tal proposta, no entanto, foi rechaçada no Congresso Nacional, mantendo-se, assim, a redação original de tal instituto constitucional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consequente ampliação dos legitimados para a proposição do controle concentrado de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade, evidenciou-se no direito brasileiro a quebra da tradição estabelecida nos ordenamentos constitucionais anteriores à 1988, isto é, a ênfase ao controle incidental de constitucionalidade.

Destarte, a novel Carta da República alterou o sistema do controle de constitucionalidade brasileiro, conferindo ênfase à sistemática do controle concentrado – espécie de controle de constitucionalidade que até então operava de forma secundária na jurisdição constitucional brasileira.

Nessa vertente, o controle incidental de constitucionalidade perdeu, consideravelmente, a sua importância na jurisdição constitucional brasileira. Isso porque, com a possibilidade de proposição da ação direta de inconstitucionalidade por diversos seguimentos da sociedade brasileira, tornou-se mais plausível a utilização do controle concreto de constitucionalidade.

Com a criação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, com a Emenda Constitucional n.º 3/1993, foi-se introduzida uma problemática peculiar no direito brasileiro. Dessa forma, apesar de sua fórmula ser realizada de forma incidental, a decisão oriunda da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental obtém eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Assim, caso a mesma questão fosse arguida em sede de controle incidental de constitucionalidade, tal caso apenas obteria eficácia *inter partes*.

Nesses termos, restou evidente que a Constituição de 1988, com as alterações realizadas pelo Emenda Constitucional n.º 3/1993, estabeleceu, com a inserção da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma ponte entre o modelo incidental e o modelo concreto de constitucionalidade, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental.

Ademais, a previsão da cláusula de reserva de plenário e a regra do *full bench*, insertas no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, possibilitaram um alongamento da discussão acerca das novas tendências inerentes ao controle incidental de constitucionalidade. Sobretudo, após a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, onde se afirmou que é dispensável o encaminhamento da questão constitucional suscitada no controle incidental de constitucionalidade desde que o Supremo Tribunal Federal já tivesse se posicionado, em caráter definitivo, acerca do tema.

Com efeito, fixou-se importante entendimento no que tange à atuação do Plenário ou órgão especial firmado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Concluindo-se, dessa forma, pela dispensabilidade do encaminhamento, a órgãos fracionários, o tema constitucional já enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal.

A tendência da dispensabilidade da cláusula de reserva de plenário firmada pelo Supremo Tribunal Federal, foi devidamente endossada pelo Poder Legislativo através da promulgação da Lei n.º 9.756/1998 – legislação que alterou o artigo 481 do Código de Processo Civil. Por conseguinte, passou-se a admitir, normativamente, a dispensa da cláusula de reserva de plenário.

Assim, é cabível imputar que as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal recebem eficácia geral sem que o Senado Federal seja instado a atuar no controle de constitucionalidade.

Tal tendência, demonstra, que por razões pragmáticas, que a jurisprudência e a legislação têm consolidado mecanismos que retiram a necessidade de se encaminhar matérias ao Senado Federal para que seja realizada a suspensão de execução – conforme seria necessário, conforme leitura literal do texto constitucional.

Outro importante argumento acerca das novas tendências do controle incidental de constitucionalidade, gira em torno do controle realizado através das ações coletivas. Parece evidente que existe uma latente incongruência de conferir eficácia *inter partes* a tais ações, de modo que tais ações, tal qual praticadas hodiernamente, recebem efeitos gerais.

Todos esses argumentos servem para fundamentar a tese traçada no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação n.º 4.335/AC. Em tal oportunidade, sedimentou-se o entendimento de é necessário a realização de uma mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição. Dessa forma, de acordo com essa corrente a atuação do Senado Federal seria realizada através dos parâmetros delineados por Lúcio Bittencourt.

Nessa vertente, a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal, seria eivada a ato de cunho objetivo. Logo, a função inerente a tal Casa Legislativa seria de tornar público a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no controle incidental de constitucionalidade, sendo, assim, retirado a discricionariedade e o caráter subjetivo de tal ato.

A mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, resolve uma das maiores problemáticas inerentes ao controle de

constitucionalidade brasileiro e demonstra-se absolutamente condizente com as atuais tendências elencadas no âmbito doutrinário, jurisprudencial e legislativo.

No entanto, o que se deve ter em mente é que mesmo com a releitura de tal instituto constitucional realizada pelo Ministro Gilmar Mendes, não se pode afirmar que o direito brasileiro possui mecanismo similar à doutrina do *stare decisis* norte-americano.

Isso significa, que mesmo com a concessão de caráter objetivo à atuação do Senado, é evidente que tal fórmula foi uma tentativa frustrada do legislador constituinte brasileiro de solucionar uma problemática evidenciada desde o surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil.

Todavia, em termos realísticos, a fórmula apresentada por Lúcio Bittencourt e, posteriormente, endossada pelo Ministro Gilmar Mendes, demonstra-se atualmente como a melhor fórmula para se conferir efeitos gerais à decisão proferida pelo Supremo Tribunal.

Portanto, a mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição Federal, é a solução mais próxima que já se originou no direito brasileiro de se conferir efeitos gerais a decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle incidental de constitucionalidade. Assim, é possível realizar uma equiparação, ainda que distante, entre o novo papel do Senado Federal e a doutrina norte-americana do *stare decisis*.



## BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 15, n. 57, jan./mar. 1978. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182003>>. Acesso em: 10/02/2015.

APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

AZAMBUJA, Carmen Luísa Dias de. *Controle judicial e difuso de constitucionalidade no direito brasileiro e comparado: efeito erga omnes de seu julgamento*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893.

\_\_\_\_\_, Ruy. *Comentários à constituição brasileira [de 1891] (coligidos e ordenados por Homero Pires)*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARHART, Robert. *Principled Pragmatic Stare Decisis in Constitutional Cases*. Notre Dame Law Review 1911 (2005). Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss5/6>>. Acesso em: 09/01/2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição, sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Direito Constitucional*, 1975. Apud BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 13, n. 50, abr./jun. 1976. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>> Acesso em: 10/02/2015.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLACK, Henry Campbell. *The principles of stare decisis*. American Law Register (1886). Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol34/iss12/1](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol34/iss12/1)> Acesso em: 20/01/2015.

BRASIL. *Decreto n.º 848/1890 – exposição de motivos*. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/18/20>>. Acesso em: 27/01/2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição de 1934*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Parecer n.º 154, de 1971*. Relator: Senador Accioly Filho. In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 12, n. 48, out./dez. de 1975. Disponível

em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180920/000355524.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1946): Emendas. Emendas à Constituição de 1946, n. 16: reforma do Poder Judiciário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1968. Apud 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, abr./jun. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 02/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n.º 16512/DF*. Requerente Engenharia Souza e Barker LTDA., Requerido Senado Federal. Relator Oswaldo Trigueiro. Julgado em 25/06/1966. Publicado em 31/08/1966. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=84410&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MS%20/%2016512>> Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Representaçãoº 1016-3/SP*. Representante Procurador-Geral da República, Representado Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento 20/09/1979. Publicação 26/10/1979. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263791>> Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 117809/PR*. Recorrente SANEPAR, Recorrido Prefeito Municipal de Maringá. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 14/06/1989. Publicado em 04/08/1989. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000112726&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADC 1/DF*. Requerente Presidente da República. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento 27/10/1993. Publicação 16/06/1995. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>> Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 164569/CE*. Recorrente Banco do Brasil S/A, Recorrido Abrahão Otoch. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 19/10/1993. Publicado em 04/02/1994. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+164569.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+164569.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p7z5q9s>> Acesso em: 02/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 190728/RS*. Recorrente Leônidas Januário Pires, Recorrida Walner Barbosa de Azevedo. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 26/06/1995. Publicado em 04/08/1995. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000108114&base=baseAcordaos>> Acesso em: 31/01/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 167444/PR*. Agravante União Federal, Agravado Irmãos Muffato e CIA LTDA. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 30/05/1995. Publicado em 15/09/1995. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000118012&base=baseAcordaos>> Acesso em: 31/01/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 191898/RS*. Recorrente Renovadora de Pneus Irmãos LTDA., Recorrida União Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 27/05/1997. Publicado em 22/08/1997. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1616106>> Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Ordinária n.º 506/AC*. Autor Hidelbrando Pascoal Nogueira Neto, Réus Estado do Acre e Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Relator Ministro Sidney Sanches. Julgado em 06/05/1998. Publicado em 04/12/1998. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28506.NUME.+OU+506.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/popqz8o>> Acesso em: 31/01/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 240096/RJ*. Recorrente Instituto Nacional de Seguro Nacional - INSS, Recorrida Nelina de Sousa Calil. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 30/03/1999. Publicado em 21/05/1999. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+240096.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+240096.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ljol9r7>> Acesso em: 31/01/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 228844/SP*. Representante Procurador-Geral da República, Representado Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento 20/05/1999. Publicação 16/09/1999. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000052443&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 242064/SC*. Recorrente Caixa Econômica Federal, Recorrida União Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 14/11/2000. Publicado em 24/08/2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000101224&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Petição n.º 2260/MG*. Requerente RBR Empreendimentos e Construções LTDA, Requerido José dos Reis Teixeira. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 22/06/2001. Publicado em 28/06/2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000044014&base=basePresidencia>> Acesso em: 03/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 358468/SP*. Recorrente Município de São Paulo, Recorrida Neide Anusiewicz. Relator Sepúlveda Pertence. Julgado em 06/08/2003. Publicado em 24/10/2003. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096446&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1919/SP*. Requerente Procurador-Geral da República, Requerido Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Relator Ministra Ellen Gracie. Julgamento 07/04/2003. Publicação 01/08/2003. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266800>> Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 402287/SP*. Recorrente Estado de São Paulo, Recorrida Pilar Candame Lado. Relator Carlos Velloso. Julgado em 09/03/2004. Publicado em 26/03/2004. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013512&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 399035/RJ*. Recorrente Darrow Laboratórios S/A, Recorrido Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 26/04/2005. Publicado em 13/05/2005. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000011536&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n.º 531013/RJ*. Agravante Município do Rio de Janeiro, Agravado Carlos Alberto Gomes Pereira. Relator Joaquim Barbosa. Julgado em 21/11/2006. Publicado em 16/02/2007. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2270005>> Acesso em: 03/02/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 411156/SP*. Recorrente Adauto Aparecido Scardorelli, Recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 19/11/2009. Publicado em 03/12/2009. Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+411156.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bhbdd37>> Acesso em: 31/01/2015).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n.º 4335/AC*. Reclamante Defensor Público-Geral Federal, Reclamado Juiz de Direito Da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 20/03/2014. Publicação em 22/10/2014. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>> Acesso em: 01/02/2015.

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 13, n. 50, abr./jun. 1976. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181304>> Acesso em: 10/02/2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

DIETZ, James. *Personal policy and judicial reasoning: Salmon P. Chase and Hepburn v. Griswold*. Northern Kentucky Law Review (1993). Disponível em: <[https://chaselaw.nku.edu/content/dam/chaselaw/docs/academics/lawreview/v21/nklr\\_v21n1.pdf](https://chaselaw.nku.edu/content/dam/chaselaw/docs/academics/lawreview/v21/nklr_v21n1.pdf)> Acesso em: 19/01/2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em 13/01/2013.

\_\_\_\_\_. *U.S. Constitution*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/articleiii>>. Acesso em: 21/01/2014.

FALLON, Richard. *Stare decisis and the constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Law Review (2001). Disponível em: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-76-2-Fallon.pdf>>. Acesso em: 20/01/2015.

GROTE, Rainer. *Rule of law, etat de droit and Rechtsstaat – the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponível em: <[www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html](http://www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html)>. Acesso em: 13/01/2014.

HALL, Kermit. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Oxford Press University, 1999. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=nO093wNz1PoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=nO093wNz1PoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 06/01/2014.

HAMILTON, Alexander. *Federalist papers no. 78*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Acesso em: 06/01/2014.

KALT, Brian. *Three levels of stare decisis: distinguishing common-law, constitutional, and statutory cases*. Texas Review of Law and Politics (2004). Disponível em: <<http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1461&context=facpubs>> Acesso em: 22/01/2015.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MAGLIOCCA, Gerard. *A new approach to congressional power: revisiting the legal tender cases*. Georgetown Law Journal (2006). Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=593484](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=593484)>

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2 ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980. Apud 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, abr./jun. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

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, abr./jun. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/953>>. Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil volume v. 1*. ed eletrônica rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37. Disponível em:<<https://www.passeidireto.com/arquivo/3033730/codigo-de-processo-civil-comentado---jose-carlos-barbosa-moreira>>. Acesso em: 31/01/2015.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. Método: 2013.

NOWAK, John. *Principles of constitutional law*. 4 ed. Concise Hornbook, 2010.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso*. Consultor Jurídico, 2007. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso)> Acesso em: 10/02/2015.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SEVERO, Leonel. *A democracia em Rui Barbosa*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDwQFjAE&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4818101.pdf&ei=hrnHVJbQDMylNtvagwg&usg=AFQjCNHsGWN8ur8lu0G91mQBzpaEERSeHQ&sig2=N0Qs6tFSyi3CeZdfgOw4LA&bvm=bv.84349003,d.eXY>>. Acesso em: 27/01/2014.

STONE, Geoffrey. *Constitutional law*. 7 ed. New York: 2013.

TREANOR, William Michael. *Judicial review before Marbury*. Stanford Law Review, 2005. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/articles/treanor.pdf>>. Acesso em: 06/01/2014.

WOOD, Gordon. *The creation of the American republic, 1776-1787*. University of North Carolina Press: 1998.