

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LAURO RODRIGUES DE MORAES RÊGO JÚNIOR

***DIE UNMUSIKALITÄT DER FORMEN: POR UMA REINTERPRETAÇÃO
HISTÓRICO-TIPOLOGICA DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA TEORIA
CONSTITUCIONAL ALEMÃ***

**BRASÍLIA
NOVEMBRO 2019**

LAURO RODRIGUES DE MORAES RÊGO JÚNIOR

***DIE UNMUSIKALITÄT DER FORMEN: POR UMA REINTERPRETAÇÃO
HISTÓRICO-TIPOLOGICA DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA TEORIA
CONSTITUCIONAL ALEMÃ***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora, como requisito para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de bacharel em Direito na Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Orientador: Prof. Dr. José dos Santos Carvalho Filho.

**BRASÍLIA
NOVEMBRO – 2019**

LAURO RODRIGUES DE MORAES RÊGO JÚNIOR

***DIE UNMUSIKALITÄT DER FORMEN: POR UMA REINTERPRETAÇÃO
HISTÓRICO-TIPOLOGICA DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA TEORIA
CONSTITUCIONAL ALEMÃ***

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora,
como requisito para obtenção do
diploma no âmbito da graduação em
Direito da Escola de Direito e
Administração Pública do IDP –
EDAP/IDP.

Brasília-DF, 06 de dezembro de 2019.

Prof. Dr. José dos Santos Carvalho Filho
Professor Orientador

Prof. Msc. Janete Ricken Lopes de Barros
Membro da Banca Examinadora

Prof. Msc. Victor Fernandes
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Eurico Antônio Gonzalez Cursino dos Santos
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Dometilia Bento de Araújo Matos,
nascida Dometilia Bento de Araújo.

A Luana de Araújo Matos, que me ensinou a respirar, cujo ventre
me trouxe ao mundo, e cuja labuta me tornou homem.

A João Victor Matos, a Lucas Matos, a Kim Paiva.

A Eugênio Fraga (*in memoriam*),
A Rosa Fraga.

A Andrei Arruda, Rafael Bitter,
Osny Zaniboni, Victor Freire.

Um agradecimento importante a
Carlos Benedito Martins,
Maria Stela Grossi Porto,
Maria Francisca Pinheiro Coelho,
Gilmar Ferreira Mendes,
José dos Santos Carvalho Filho,
Janete Ricken Lopes de Barros.

“A verdade está nas dobras do vestido”

Walter Benjamin

“Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados.

É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abrí-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria”.

Ulysses Guimarães, discurso na cerimônia de Promulgação da Constituição de 1988.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 08 |
| 2. METODOLOGIA..... | 12 |
| 3. DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS: UMA REVISÃO TEÓRICO- HISTÓRICO-TIPOLOGICA (<i>ZUR ABSTRAKTEN NORMENKONTROLLER: EINE THEORETISCHENHISTORISCHLICH-TYPOLOGISCHE LITERATÜBERSICHT</i>) | 17 |
| 4. DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA EXPERIÊNCIA HISTÓRICA NACIONAL..... | 41 |
| 5. DA ‘LEGALIDADE INTERNA PRÓPRIA’ (<i>INNERGESETZELICHKEIT</i>) DO CONTROLE ABSTRATO BRASILEIRO A PARTIR DO SUB-TIPO INAUGURADO PELA EC 45/04..... | 64 |
| 6. CONCLUSÃO | 71 |
| 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 75 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou construir um tipo ideal weberiano sobre o controle de constitucionalidade no contexto de época alemão e, por meio do mesmo procedimento analítico dos tipos ideais, procurou-se compreender as particularidades de como esse sistema teórico e tipologicamente organizado na literatura específica foi incorporado e desenvolvido historicamente na tradição constitucional brasileira a partir da EC 16/65, que implantou, entre nós, o controle abstrato de normas. E, posteriormente, analisou-se o tipo empírico brasileiro, dividindo-o em etapas ou fases, com marcos políticos e históricos específicos, respeitadas as características de cada fase individualmente, em sua maior ou menor aproximação com o tipo ideal.

O pressuposto desta pesquisa parte da sociologia da teoria musical de Max Weber, e encontra neste autor algumas fontes de metáforas explicativas. Em suas observações acerca da análise weberiana da modernidade, Gabriel Cohn ilustrou como o interesse do autor pela teoria musical influenciou o seu diagnóstico da modernidade e o seu trabalho empírico sobre como a modernidade afeta a organização da vida contemporânea a partir de uma dimensão histórico-valorativa. Sobre o tema, confira-se o seguinte excerto¹:

Max Weber jamais ocultou o seu gosto pela música. A julgar pelo relato de um antigo discípulo seu, Paul Honigsheim, terá havido momentos em que os numerosos colegas e amigos que frequentava sua casa nas tardes domingueiras reservadas para isso gostariam, no íntimo, que ele refreasse um pouco seu entusiasmo pelo tema. Nessas ocasiões, ele punha-se a demonstrar longamente ao piano como a música que desenvolveu no ambiente histórico europeu é diferente de qualquer outra, e como isso se ajusta a certas tendências centrais da modernidade europeia. Mero hobby de fim de semana, terão pensado alguns. Tratava-se, porém, de muito mais do que isso. Tanto assim que ele não se limitou às demonstrações ocasionais, mas acabou dando forma escrita aos resultados de seus estudos sobre as relações entre o desenvolvimento da música ocidental e aquele processo que designava por racionalização, no qual via o traço específico da modernidade. Na realidade o gosto de Weber pela música penetra muito mais fundo na sua obra do que esse texto, visto isoladamente, dá a entender. As suas grandes análises histórico-sociológicas são literalmente concebidas como composições, em que os temas e os conceitos correspondentes vão se desenvolvendo e ganhando

¹ CONH, Gabriel. *Crítica e Resignação: Max Weber e a teoria social* – 2ª ed. atual. – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 147.

conteúdo ao longo da obra. E as relações que ele busca estabelecer entre as diferentes linhas de ação significativa que se diferenciam no mundo moderno dificilmente encontrariam uma analogia melhor do que na descrição que faz do contraponto ao falar da construção musical polifônica: 'Várias vozes, tratadas entre si com os mesmos direitos, transcorrem uma ao lado da outra e são ligadas harmonicamente umas às outras, de tal modo que cada progressão de uma tem em consideração às outras e, por isso, está submetida a regras determinadas'.

O diagnóstico da modernidade encontra então em Max Weber uma fonte precisa de comparação. Os diferentes elementos sociais que repercutem em composição de natureza polifônica podem ser estudados separadamente e analisados também a partir de uma logicidade interna, uma organização interna específica em variações de tom, frequência, conteúdo, oscilação, avanço, retardo, critérios que buscam verificar como a polifonia repercute na conformação de um tipo de musicalidade mais ou menos estável e certamente marcada pela sincronia histórica de seus subtipos, ou seja, a tendência de que perceba a polifonia musical como um enquadramento lógico de tons e variações com organicidade interna específica.

O enquadramento dos tons musicais em partituras, a autonomia das vozes em coro, sua performance singular, tudo isso, em Weber torna-se útil para uma análise mais aprofundada sobre a música, seus tons e sua racionalização interna. Todos esses elementos seguem, na teoria musical, uma organização racionalizada da música, em que o todo e as partes dialogam e têm relação lógica, mas não óbvia e, claro, podem contrariar o que previa a partitura do criador de sua harmonia, configurando um tipo musical polissêmico variável e variado conforme notas musicais específicas.

Foi essa sociologia da teoria musical weberiana e as conexões que o autor faz com a modernidade como um fator da racionalização da vida que inspiraram, neste trabalho, a adoção do termo "*Unmusikalität*", no qual, a partir na análise em curso pode ser percebido como a profusão de tons de tendências não enquadradas em uma polifônica harmônica original, ou o surgimento de novos tons durante a execução polifônica, mas não somente, também um ruído, ou ruptura com a polifonia sincrônica original. Ou seja, uma quebra na execução da harmonia musical, que passa a produzir empiricamente novos tons, novas conformações internas, ainda que originadas de uma posse tipologicamente harmônica e com uma gênese e racionalidade

específica, no contexto da modernidade, esta, por sua vez, pode ser entendido, para efeitos deste trabalho, como o próprio controle abstrato.

Assim, se também em forma de metáfora é possível pensar a implantação de elementos do direito constitucional alemão num sistema bastante diverso deste, pode-se perguntar, quando uma folha cai de uma árvore e tem o seu corpo deitado sobre o leito da relva torna-se parte da relva, compondo com ela um conjunto e respeitando a sua logicidade interna, ou pode resignificá-la, e inverter a própria lógica de sua organização fundamental (*innergesetzlichkeit*)? A dúvida acima exposta passa a encontrar resposta possível quando se tem em vista a composição de um sistema como um conjunto, que se revisa a si próprio, e que fabrica o aspecto individual da significação de cada um dos seus elementos, a partir de um significado geral, normalmente relacionado ao sentido mais amplo do conjunto que o gerou.

É como se a folha não tivesse somente sido deitada sobre a relva, mas tivesse o seu próprio campo de significação “fabricado” pelo sistema no qual se inseriu, deixando ser ela própria uma substância e passando a ser elemento constitutivo de seu novo contexto. No caso do controle abstrato de normas, não pode ser outro o raciocínio do cientista voltado a entender a incorporação do significado de novas formas e sua conseqüente releitura pelas formas anteriores do conjunto nos diferentes aspectos do controle de constitucionalidade, e levando em conta a possibilidade de que a introdução de novos elementos num sistema já existente tenha relida a sua significância, a partir do campo semântico anterior a que foi deitado.

É claro que para os efeitos do presente estudo, se nos interessa muito mais uma análise de em que grau isso pode ou não ser possível do que simplesmente uma resposta definitiva e geral sobre a questão. Visto isso, formulou-se a seguinte pergunta norteadora do estudo: como a construção histórico-tipológica do controle abstrato de normas no ambiente alemão pode ser comparado com as práticas dos institutos de controle abstrato no direito brasileiro?

Neste sentido, o objetivo geral da pesquisa é analisar a construção histórico-tipológica do que veio a ser denominado controle abstrato de normas no ambiente alemão, comparando com as práticas dos institutos do controle abstrato no direito brasileiro. Sendo o objeto do presente trabalho fornecer elementos explicativos voltados a uma compreensão (*verstehen*) de como um padrão de controle de constitucionalidade desenvolveu-se historicamente e sob o signo da modernidade,

que veio a ser chamado de controle abstrato de normas, desenvolvendo uma literatura específica, foi implementada num contexto histórico nacional diverso, sendo evidentemente lido, relido e aplicado a partir de circunstâncias mentais e históricas determinadas. Esse fenômeno de transposição teórica, a partir dos elementos nacionais da tradição de tipo brasileiro passaram por diferentes formas e estágios de implementação e significação racional e política, fornecendo um campo semântico – ou tipo harmônico específico – sem o qual esta implementação não poderia ser devidamente compreendida.

Em relação a relevância científica do presente estudo, essa *unmusikalität*, esse desafinamento, ou essa não música tem um efeito de comparação metafórica inspirada na teoria weberiana e pode ser aferida no decorrer deste trabalho ao longo de vários pontos, dos quais dois são mais especificamente destacáveis: (i) a transposição do mecanismo de controle abstrato de normas para o direito brasileiro; (ii) o surgimento de um novo elemento no controle de constitucionalidade, logo que atingido o ápice histórico da racionalização, entre nós, do que previa o tipo ideal do controle abstrato de normas: o fenômeno denominado Repercussão Geral, sobre o qual examinar-se-á, muito embora ainda de maneira subdesenvolvida.

Para tanto, foi levantada uma série de indícios explicativos que relacionam a sofisticação do controle abstrato no tipo misto brasileiro à Repercussão Geral, marcando o início da denominada quarta fase do controle abstrato de normas no Brasil, (i) por ser este oriundo de uma Emenda à Constituição bastante aproximável da EC 16/65; e (ii) por ter aberto um novo caminho para a jurisdição constitucional brasileira, a partir das experimentações feitas pelo STF, em seu regimento interno, para disciplinar a partir de uma mentalidade específica de controle abstrato os recursos extraordinários, outrora pertencentes ao tipo difuso.

O estudo foi desenvolvido em três capítulos, o primeiro trata-se de uma construção tipológica ideal sobre o controle abstrato de normas em sua gênese alemã. O segundo, por meio do mesmo método comparativo, buscou-se recolher evidências empíricas sobre o desenvolvimento do controle abstrato no direito brasileiro. Em seguida, expõe o marco temporal desenvolvido a partir da implementação da emenda constitucional iniciada a partir da EC 45/04, com a Repercussão Geral.

2 METODOLOGIA

Segundo a acepção weberiana, a construção do raciocínio científico impescinde de uma separação funcional em relação a outras categorias de produção intelectual, inclusive em termos de racionalidade. Isso porque cabe ao cientista observar categorias de pensamento lógicas, orientadas a princípios e regras metodologicamente definidos. Assim leciona Max Weber², em sua conhecida obra *Ciência e Política: duas vocações*, publicada nos idos de 1919:

A ciência é, atualmente, uma vocação alicerçada na especialização e posta ao serviço de uma tomada de consciência de nós mesmos e do conhecimento das relações objetivas. A ciência não é produto de revelações, nem é graça que um profeta ou um visionário houvesse recebido para assegurar a salvação das almas; [...].

É que para o autor, a produção da ciência depende de uma sofisticação de estruturas do racionalismo³, que levariam em alta conta o rigor metodológico e a capacidade de livrar-se das significações sociais do mundo. Por isso, para ele, a ciência decorre de um forte rigorismo conceitual, o que ajuda a entender a sua busca pela neutralidade (*wertfreiheit*) para a produção da ciência^{4 5}.

Observe-se que parte da doutrina tem apontado que derivaria de seu então professor de *Staatwissenschaft*, o jurista Georg Jellineck a principal influência para o desenvolvimento do seu conceito de tipo ideal, que será amplamente utilizado nesse

² WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 4 ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília; São Paulo, Cultrix, 1983, p. 47.

³ Para um maior aprofundamento sobre as idéias de racionalismo e racionalização em Max Weber, confira-se: SELL, Carlos Eduardo. Racionalidade e racionalização em Max Weber. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)*, Vol. 27, nº 79, Junho/2012, p. 153-233.

⁴ Sobre a organização das conferências Política como vocação e Ciência como Vocação, ambas proferidas separadamente, e a sua relação com o momento biográfico da vida de Max Weber, confira-se: SCHLUCHTER, Wolfgang. *Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*; tradução: Roberto Leal Ferreira – São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 24.

⁵ Por sua vez, o tema da estruturação de um tipo específico de pensamento para a construção da racionalidade é tema que estava posto no pensamento alemão de época e que, possivelmente, antecede o próprio Weber. Tanto é que, analisada a contribuição de Windelband sobre o tema, fica clara a necessidade de uma distinção entre o que o autor chamava de ciência da experiência e a ciência propositadamente denominada “racional”, que consegue relacionar a problemática dos valores, na especificidade do momento histórico, portanto, inserindo o campo da produção científica no campo da história social das ideias e das práticas políticas, chamando a atenção para a necessidade de um rigor conceitual que possibilite o trabalho científico. Uma análise do tema pode ser vista em: CONH, Gabriel. *Crítica e Resignação: Max Weber e a teoria social – 2ª ed. atual.* – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 77.

trabalho. Sobre o tema dos tipos ideais e de sua natureza como uma construção conceitual do intelectual, confira-se:

O tipo empírico distingue-se do tipo ideal sobretudo por não pretender expor uma realidade objetiva mais elevada. Ele significa uma conjugação de características dos fenômenos que depende totalmente da posição adotada pelo pesquisador. Ele ordena a multiplicidade dos fenômenos ao destacar logicamente o que eles têm em comum. Assim ele é obtido como uma abstração que ocorre na cabeça do pesquisador, e em confronto com ele, a realidade persiste como a plenitude contínua dos fenômenos.

Weber defendia que, para a aplicação metodológica do tipo ideal, deveria haver uma necessária separação entre aquilo “que é” (*seienden*) e aquilo que “deve ser” (*seinsollenden*), que se relaciona ao dever de neutralidade axiológica⁶ do pesquisador, ao recusar a “simples subordinação dos conceitos à experiência empírica, assim como a idéia de que se pode construir um sistema conceitual abrangente, de natureza dedutiva”⁷. Para ele, a finalidade do método dos tipos ideais é a compreensão racional (*verstehen*) das características particulares do objeto de estudo através da comparação com o tipo ideal, que, por sua vez, acolhe consigo as características presentes nos tipos que se repetem recorrentemente, a partir de uma abstração metodológica do cientista.

Foi essa uma das grandes contribuições do autor em “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”, no qual procurou desenvolver um tipo ideal sobre as implicações práticas da ação subjetiva individual no mundo, a partir da ação espiritual (*denkthätigkeit*) e as consequências práticas não-pretendidas com o sentido subjetivo da ação, qual seja o surgimento de uma estrutura específica de capitalismo, que veio a impactar incrivelmente as relações econômicas vigentes nos países baixos e na Alemanha do século XIX a partir de uma posição específica e valorativa de mundo, num contexto específico (*weltsanschauung*)⁸.

⁶ Em carta a Heinrich Rickert em 24.7.1911, Weber chegou a usar o termo ‘*die axiophobie der soziologen*’. Sobre isso, confira-se: MATA, Sérgio da. A fascinação weberiana: as origens da obra de Max Weber – 1. Ed. – Belo Horizonte: Fino Traço, 2013, p. 105.

⁷ CONH, Gabriel. Crítica e Resignação: Max Weber e a teoria social – 2ª ed. atual. – São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 147.

⁸ Contudo, Max Weber não despreza o sentido subjetivo da ação individual. Muito ao contrário, procura evidenciá-la a partir de uma constelação de outros fenômenos e causas contemporâneos, que ajudam a compreender essa conformação subjetiva em relação a um padrão de ação. Sobre o tema, diz Wolfgang Schluchter: “O individualismo ascético e humanista representa a mais justa aproximação do conceito de personalidade: ascético, porque é necessária a ação contínua a serviço de uma *causa*;

Por meio da aplicação do método dos tipos ideais foi possível descobrir consequências, impactos não pretendidos da ação subjetiva, e que somente ‘acidentalmente’ poderiam ocorrer, visto que não inseridos formalmente numa relação de conformação de meios em relação aos fins (*zweckrationalität*). Isso porque, para Weber, o método tipológico envolve uma recriação abstrata de um modelo de pensamento ou conduta que, comparado com o emprego prático dos conceitos a partir de condutas ou constelação de acontecimentos históricos, manifesta uma compreensão racional de como se organizam, no plano empírico, isto é, no mundo dos fatos, as prescrições teóricas. Sobre o tema, assim manifesta-se o autor ⁹:

Qual é a significação desses conceitos de tipo ideal, para uma ciência empírica, tal qual nós pretendemos praticá-la? Queremos sublinhar desde logo a necessidade de que os quadros de pensamento que aqui abordamos ‘ideais’ em sentido puramente lógico, sejam rigorosamente separados da noção do dever-ser, do ‘exemplar’. Trata-se da construção de relações que parecem suficientemente motivadas para a nossa imaginação e, conseqüentemente, ‘objetivamente possíveis’, e que parecem adequadas ao nosso saber nomológico.

[...]

Trata-se de um quadro de pensamento, não da realidade histórica, e muito menos da realidade ‘autêntica’; não serve de esquema em que se possa incluir a realidade à maneira de exemplar. Tem, antes, o significado de um conceito-limite, puramente ideal, em relação ao qual se mede a realidade a fim de esclarecer o conteúdo empírico de alguns dos seus elementos importantes e com o qual esta é comparada. Tais conceitos são configurações nas quais construímos relações, por meio da utilização da categoria de possibilidade objetiva, que a nossa imaginação, formada e orientada, segundo a realidade, julga adequadas.

Também no caso das regras jurídicas, o autor defende que esta pode ser somente o ponto de partida de uma investigação causal e histórica mais profunda, visto que, por mais aceitável que seja determinada norma ou regra na ótica do Direito, podendo manifestar-se sob as formas iniciais de integração, legitimidade e/ou

humanista, porque essa causa pressupõe o compromisso constante com os valores últimos; e individualista, porque esse compromisso constante tem de ser escolhido por meio de uma série de decisões definitivas. Quando tais condições são satisfeitas, a pessoa torna-se uma personalidade, sem necessariamente pretendê-lo. Nas palavras de conclusão de ‘Ciência como Vocação’, ela encontra o seu demônio e aprende a obedecê-lo, satisfazendo suas exigências diárias”. In: SCHLUCHTER, Wolfgang. Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber; tradução: Roberto Leal Ferreira – São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 55.

⁹ WEBER, Max. O significado constitutivo dos interesses epistemológicos das ciências culturais. In: WEBER, Max. Metodologia das Ciências Sociais, ; tradução de Augustin Wernet; introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg. – 5 ed. – São Paulo : Cortez; Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2016, p. 253-255.

legalidade esta, na verdade, pode ser objeto de compreensão racional também a partir de uma série de outras ideias que lhes dão sustentação e compõem com essas normas um conjunto explicativo da realidade. Portanto, configura, antes de uma explicação razoável ou definitiva, uma porta de entrada, uma conexão causal entre fatores, um marco investigativo no qual o aspecto jurídico-formal é apenas um dos enfoques possíveis. Sobre o tema, examine-se o seguinte exerto ¹⁰:

A regra jurídica concebida como 'ideia', não é, obviamente, uma regularidade 'empírica' ou uma 'regulamentação', mas, diferentemente, nada do que uma norma, que pode ser pensada e imaginada como 'norma que deveria vigorar', e, portanto, não se trata de uma 'forma empírica' daquilo que realmente existe e acontece, mas como sendo um 'padrão de normas', no qual se mede, pela emissão de juízos de valor, aquilo que acontece efetivamente, os fatos que são considerados da perspectiva de querer estabelecer uma 'verdade jurídica'. A 'regra jurídica', considerada empiricamente, de nenhuma maneira é uma 'forma' do ser social, seja como for que se defina essa expressão. Ao contrário, é um componente objetivo da realidade empírica, uma máxima, que determina 'causalmente' numa maior ou menor pureza, o comportamento empiricamente observado de uma parte dos homens, sendo que esta parte dificilmente pode ser determinada quantitativamente. E, ao mesmo tempo, essa máxima é realmente observada por esta parte dos homens, obviamente de modo mais ou menos consequente e, às vezes, consciente, às vezes, inconscientemente.

Ao deparar-se com a dificuldade de aplicação das prescrições e análises teóricas e a necessidade de construção de um método tipológico rigoroso e ao mesmo tempo sofisticado de pesquisa, que leve em conta a validade dos resultados obtidos, Maria Stela Grossi Porto¹¹ observou que:

O que tudo isso tem a ver com o Brasil? A pergunta parece novamente se impor. Minha resposta é a de que o Brasil se insere no contexto da modernidade que, por sua vez, é objeto da análise weberiana, o que permite supor que a argumentação utilizada por Weber para explicar a singularidade da cultura ocidental pode iluminar aspectos da realidade brasileira, a qual vive não somente sua modernidade, mas está também se inserindo plenamente na contemporaneidade de um mundo globalizado. Não se trata, porém, de uma iluminação no sentido de qualquer aplicação mecânica da teoria, e sim de uma que

¹⁰ WEBER, Max. A análise do conceito de regra. In: WEBER, Max. Metodologia das Ciências Sociais, ; tradução de Augustin Wernet; introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg. – 5 ed. – São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2016, p. 413.

¹¹ PORTO, Maria Stela Grossi. Análise weberiana da violência. In: Política, ciência e cultura em Max Weber. Maria Francisca Pinheiro Coelho, Lourdes Bandeira, Marilde Loiola de Menezes (organizadoras). – Brasília, Editora Universidade de Brasília: São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 323.

adote a abordagem weberiana de buscar configurações particulares, singulares e peculiares ao ambiente sociocultural brasileiro, e recorra, para tanto, à riqueza analítica que o instrumento metodológico do tipo ideal já demonstrou em termos de eficácia.

Por certo, é sob a riqueza analítica fornecida pela aplicação metodológica dos tipos ideais que buscar-se-á examinar a formação de um tipo ideal de natureza teórica e historicamente localizada de controle abstrato, em seu contexto germânico, para que, em seguida, observe-se como o tipo real, empírico, incorporou, no contexto jurídico brasileiro, em maior ou menor grau, as prescrições analíticas da teoria do controle abstrato de constitucionalidade de normas, procurando evidenciar marcos históricos que possam facilitar o estudo do tema em períodos, fases de implementação.

Nessas fases ou subtipos, não se admite que tenha funcionado de forma desviante o controle de constitucionalidade, mas tão somente tenha sido operado e estruturado a partir de formas ou subtipos singulares, que informarão pré-disposições específicas de funcionamento, marcadas por características localizadas, seja na legislação que regeu o tipo empírico, seja na experiência institucional histórica que informou a sua existência.

3. DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS: UMA REVISÃO TEÓRICO-HISTÓRICO-TIPOLOGICA (ZUR ABSTRAKTEN NORMENKONTROLLER: EINE THEORETISCHENHISTORISCHLICH-TYPOLOGISCHE LITERATÜBERSICHT).

Ferdinand Lassalle¹² em sua conferência intitulada “O que é uma Constituição?”, debruça-se, já nos idos de 1862, sobre qual seria a essência de uma Constituição. No seu texto, o autor busca relacionar o contexto fático vivenciado pela recém-unificada Alemanha e o contexto político-social da Revolução Alemã a uma necessidade de que o texto constitucional seja um documento político e jurídico eficaz, razão pela qual deveria sobressair-se de sua função meramente relacional entre grupos políticos, com o Rei ou imperador e o povo governado passando pelo Parlamento, e assumir uma função duradoura e substancial, aplicada a todos os papéis de uma Nação por meio de definições jurídicas precisas.

O texto histórico de Lassalle, além de invocar o conceito de legitimação para atuação do Estado face à edição de atos normativos e legislativos verifica que, de alguma maneira, devem esses atos dimanados dos poderes do Estado (poderes constituídos, por assim dizer) observar a Constituição, como um elemento diferenciado e central, ou, nas palavras do autor, “Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”¹³.

Segundo o autor, a diferença existente entre uma lei ordinária e a Constituição deve residir preponderantemente no fato de ser a segunda uma Lei em sentido Fundamental, ou seja, “uma força ativa que faz, por uma exigência de necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”¹⁴.

Ainda segundo o autor, essa força imanente e ativa que atua no seio da sociedade constitui o que ele próprio denominou de fatores reais de poder. Este conceito ajuda a compreender a idéia de que a Constituição é um elemento fundacional de Estado e da atuação estatal legal sempre e eficazmente em consonância com forças sociais variadas (diferentes grupos sociais que, por assim

¹² LASSALLE. Ferdinand. Que é uma Constituição? Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, pp. 66.

¹³ Idem, p. 13.

¹⁴ Idem, p. 16.

dizer, funcionam dentro da sociedade e que lhe preenchem substancialmente) que o conduzem e que, de certa maneira, orientam a edição das leis e da própria Lei Fundamental.

Nesse sentido, ao falar o autor na Constituição como uma folha de papel denota-a como a expressão escrita de uma soma conjuntural de fatores de poder exercidos no seio da sociedade, o que veio depois a ser chamado por na *staatsrechtstheorie wissenschafts* de Max Weber como uma dinâmica da luta social (*sozialkampf dynamik*). Essa dinâmica da luta social pare o fator real de poder que se encontra cristalizado no texto constitucional, segundo Lassalle¹⁵.

Em que pese o autor considere que a Constituição não é um fenômeno precisamente típico da modernidade, o que veio a ser retorquido posterior e mais recentemente pela Teoria Constitucional, teria sido a Constituição na modernidade um veículo empírico para perscrutar formas de dominação do Estado, a partir dos “elementos reais do poder operantes dentro de um país”¹⁶

Alguma das conclusões a que se chega na obra pode despertar particular interesse para os fins a que pretende o presente trabalho, especialmente o entendimento de que será tão mais duradoura a Constituição escrita tanto mais ela incorpore em seu texto os elementos reais de poder, de tal forma a encontrar-se com as pretensões dos grupos sociais atuantes em dada época, sob pena de, ao contrário, tornar-se mera “folha de papel” (*Stück Papier*)¹⁷.

Veja-se que, àquela altura, considerava-se que os problemas de natureza constitucional estariam necessariamente fundidos com os problemas de ordem sociológicos, isto é, os meios de dominação, o funcionamento das instituições, a disposição de grupos organizados para apropriar-se das estruturas de Estado, ainda que sob violência ou coação, um *status quo* predeterminado.

Àquela mesma altura, Karl Marx¹⁸ debruçava-se em seus escritos sobre as constituições pós-revolucionárias francesas, em obra que ficou mundialmente famosa como “O 18 Brumário de Luís Bonaparte”. Também o autor, cuja obra marcou todo o século XIX e XX e veio a influenciar uma série de convulsões sociais a partir da sua teoria, enxergava as cartas francesas com certa perplexidade, apontando nelas

¹⁵ Idem, p. 39.

¹⁶ Idem, p. 41.

¹⁷ Idem, p. 30.

¹⁸ MARX, Karl. O 18 de brumário de Luís Bonaparte. Tradução e notas Nélío Schneider; prólogo Herbert Marcuse]. - São Paulo: Boitempo, 2011. (Coleção Marx-Engels), pp. 169.

heranças do período monárquico absolutista e, como Lassalle, que os escritos constitucionais eram utilizados para perpetrar um sem número de desigualdades sociais, prontamente a serem mantidas pelo braço armado do Estado francês.

Pode-se dizer, sem embargo, que a visão pessimista acerca da existência da Constituição veio a ser reelaborada, no século XX. Para citar um exemplo marcante, pode-se verificar que em “A força normativa da Constituição”¹⁹, o autor natural de *Königsberg*, Konrad Hesse dirige duras críticas aos seus predecessores, ao destacar um exerto de seu professor de *Staatswissenschaften* Georg Jellineck, no sentido de demonstrar que “regras jurídicas não se mostram aptas a controlar efetivamente, a divisão de poderes políticos”. E que, ademais, “as forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”²⁰.

Para além disso, temos que, em Konrad Hesse, “a condição de eficácia da Constituição Jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um elemento hipotético extremo”²¹. Ao fazê-lo, Hesse verifica que existe um campo de tensão estrutural, mas não conjuntural entre as forças sociais, abarcadas pelas garantias da Constituição, que não somente organiza um plexo normativo de normas e delimitações de competências estruturantes dos poderes do Estado, como também se diferencia fundamentalmente das funções e tensões do campo social.

Essa diferenciação funcional entre o campo do Direito e o campo da política pode ser indiciárias de um fenômeno histórico ocorrido na Alemanha, por meio de uma autonomização teórica e de objetividade do campo das ciências jurídicas e das ciências do Estado, o *Rechtswissenschafts* e *Staatwissenschaft* do campo das Ciências Sociais, o chamado *Kulturwissenschaft*.

É claro que não se adota aqui uma forma explicativa monocausal²², mas tão somente interrelacional, no sentido de asseverar que o surgimento de uma racionalização do direito constitucional e uma atribuição específica de objetividade a este se constituiu como um processo histórico de separação funcional e de

¹⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução e notas de Gilmar Ferreira Mendes, pp. 11.

²⁰ Idem, p. 1.

²¹ Idem, p. 7

²² Sobre a importância de não explicar fenômenos de ordem sociológica e jurídica de forma monocausal, confira-se: BLOC, Marc. Apologia da história ou o ofício de historiador. Edição anotada por Étienne Bloch. Prefácio de Jacques Le Goff. Apresentação à edição brasileira: Lilia Moritz Schwarcz. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001, pp. 159.

autonomização que, sem embargo, repercutiu nas formas modernas de Estado, tal qual o conhecemos hoje.

Certamente, esses processos históricos participam da “fabricação” (*mit den Händen gemacht*) do atual estado do direito constitucional, inclusive levando em conta a experiência histórica²³, como um elemento racionalizador da vida e garantidor de funções típicas do Estado, fundado sempre, como de outro modo não poderia ser, nos direitos e garantias fundamentais.

Observe-se que, para Hesse, o Direito Constitucional logra a ocupar uma posição específica na estrutura científica, não se subsumindo a determinações ou a manifestações da classe política, mas reclama sua funcionalidade. Para ele, ter a Constituição como mera *subserviente* do que Lühmann chamou de outras sub esferas ou subsistemas de poder resultaria na eliminação da pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*), da qual estaria naturalmente dotada a Constituição, apesar do campo das relações sociais fáticas ou da *Realpolitik*.

É claro que o autor reconhece uma origem histórica do poder constituinte, o que pode trazer balizas objetivas às normas constitucionais²⁴, mas “a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização”. É que, para ele, a Constituição é uma expressão daquilo ‘que é’ (*sein*), enquanto disposição de grupos sociais, o que está posto no real, mas, ao mesmo tempo, um dever ser (*sollen*), em forma de uma relação coordenada, na qual condicionam-se mutuamente a Constituição real (a que se referia Lassalle) e a Constituição em sentido estritamente jurídico (como ele próprio passou a defender), a partir dos escritos de *Wilhelm Humboldt*, cujo teor se reproduz²⁵:

Se não quiser permanecer ‘eternamente estéril’, a Constituição – entendida aqui como ‘constituição jurídica’ – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (*individuelle beschaffenheit der Gegenwart*). Se lhe faltam estes pressupostos, a Constituição não pode emprestar ‘forma e modificação’ à realidade.

²³ Sobre a importância de levar-se em conta uma assimilação histórica, confira-se o conceito de método histórico (*historische methode*) em Max Weber.

²⁴ Levando em conta até mesmo o conceito de condições estruturais da ação, tal qual esquadrinhado pelo sociólogo alemão Norbert Elias. Para conferir uma análise nesse sentido: ELIAS, Norbert. Sociogênese da diferença entre Kultur e Zivilisation no emprego alemão. In: ELIAS, Norbert. O Processo Civilizatório. Volume 1: uma história dos costumes. Tradução: Ruy Jungmann. Revisão e apresentação: Renato Janine Ribeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2011, pp. 262.

²⁵ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução e notas de Gilmar Ferreira Mendes, p. 4.

[...]

Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Veja-se que, na teoria do autor, a Constituição ganha uma dimensão mais destacada, seja pela sua pretensão de eficácia²⁶, seja pelo seu descolamento e autonomização no campo teórico do subsistema da política e da economia, o que confere maior relevo ao desenvolvimento da Constituição como um 'ordenamento objetivo', ou seja, numa ordem geral elaborada para dar conformação à vida do Estado, "assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas"²⁷ e, além disso, manifestando concretamente na sociedade não somente o que o autor chama de *wille zur macht* (vontade de poder), mas propriamente uma *wille zur verfassungs* (vontade de constituição.)²⁸

Observe-se que esta anotação estrutural acerca do que dispõe a Constituição em sentido pragmático, como um mandado de efetivação, ou como um norte prático da atuação do Estado não descola a estrutura da política da estrutura do Direito e tampouco representa uma separação estrutural entre ambas, mas denota sua interrelação não conjuntural. Isso fica claro ao voltar-se à aceção de Lühmann, quando este destaca aplicabilidade do princípio 'lei superior derroga lei inferior'²⁹ como forma de disposição entre o sistema do direito e o sistema da política, quando esta insere no campo do direito um entendimento de ordem política adotado pelo Parlamento.

²⁶ Esse conceito será fundamental no desenvolvimento das técnicas de inconstitucionalidade, bem como nos posteriores avanços da teoria, notadamente a respeito do dever de conformação de norma subalterna face à Constituição, a partir do austríaco Hans Kelsen.

²⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução e notas de Gilmar Ferreira Mendes, p. 7.

²⁸ Sobre o tema, confira-se o que diz o autor: "Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade". In: HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução e notas de Gilmar Ferreira Mendes, p. 7.

²⁹ LÜHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKI, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jörg. Il futuro della costituzione. Torino: Einaudi, 1996, p. 89-90.

Esse entendimento fica ainda mais claro quando se evidencia doutrinariamente em Lühmann a Constituição como um acoplamento estrutural entre os dois sistemas em constante diálogo. E o que restaria então da análise dos conceitos de *wille zur verfassung* e *wille zur macht*? Haveria uma necessária realocação de ambos os conceitos dentro de cada um dos subsistemas? Qual seria a correlação fática entre ambos dada a progressiva evolução do controle de constitucionalidade como fruto da constituição?

As perguntas parecem ser melhor respondidas se pensado o Direito como (re) racionalizado ou (re)significado na modernidade. Seus contornos passam a ganhar maiores traços de autonomia, com um novo campo de funcionalidade, objetividade e produção de eficácia, em constante alteração. Esses campos de autonomia, ainda que fechados e interpretáveis sob a forma de marcos estruturantes do sistema social podem configurar propositadamente obras inacabadas, em constante espírito de transformação³⁰:

Torna-se, por conseguinte, na mais importante função da teoria da Constituição criar todos os pressupostos materiais e processuais para que se tornem possíveis a ‘comunicação sem entraves’ e a ‘ponderação pública’ no sentido de Habermas, mas também no sentido de Popper e de Albert. A teoria da Constituição tem, neste aspecto, de, em relação às teorias científicas e sociais, desenvolver ela mesma uma ‘técnica de obra imperfeita’ no sentido de Popper, e isso em todas as suas áreas de trabalho: na tarefa de interpretação, assim como nas emendas constitucionais. Ela torna-se, assim, em teoria constitucional das reformas imperfeitas, com o objetivo de uma constituição da res publica relativamente mais moderna: através de aperfeiçoamentos progressivos graças às garantias constitucionais, que dão às teorias a possibilidade de refutação.

É que a Constituição, para além da função de racionalizadora das ‘razões de Estado’, possui uma dimensão dialógica com a esfera pública, integrando ou combatendo pressupostos ou teorias avessas à sua própria manutenção. Essa tendência ao mesmo tempo que atrativa e repulsiva das correntes teóricas em relação ao que podemos chamar de força integrativa ou, ainda que redundantemente, força constitutiva, fazem o texto constitucional tornar-se uma arena de debate, aberta à

³⁰ HÄBERLE, Peter. Teoria da constituição sem direito natural. Tradução de António Francisco de Sousa (FDUP) e de António Franco (FLUP). Revista de Direito Público, Porto Alegre, v. 12, n. 66, 2015, nov-dez 2015, pp. 54-77.

discussão de época e a forças sociais que nela se projetam. Sobre o tema, continua Peter Häberle:

A teoria da constituição torna-se no fórum para o confronto e a integração de teorias sociais e científicas, perante problemas práticos. Este fórum não tem ele qualquer modelo inalterável - ele é um pedaço de história -, vive precisamente da abertura alcançada pela discussão com as teorias, mas ele é afinal o palco – público. Também as convergências sobre o background da teoria da Constituição são mais evidentes, porque aqui os endurecimentos e posições frontais ideológicos podem ser mais facilmente relativizados. De resto, abrem-se desta maneira campos para a cooperação funcional ‘diferenciada’ entre ciências jurídicas e sociais. No entanto, as teorias sociais e científicas devem primeiro Sr obrigadas a uma ‘acção concertada’ sobre questões constitucionais, no sentido do *Hic Rhodos hic salta* [Aqui é Rodes, salta aqui ou aqui está a dificuldade]. As teorias sociais não podem, todavia, sufocar a teoria constitucional. Se esta perder a força de comando, a liberdade e o espírito de abertura já não têm hipóteses.

Veja-se que o autor procura enfatizar, nos exertos, a função da Constituição como fruto, mas também como garantidora da arena pública. Se sua relação com a sociedade é destaca por Lühmann como norte integrativo de correlações estruturais, por meio do que o próprio autor chamou de acoplamento estrutural de entre o subsistema da política e do Direito, ressaltando sua capacidade de produzir um discurso integrativo e autônomo, é Peter Häberle quem evidencia o fator de integração a partir de uma possível força repulsiva da constituição a formas ou teorias que podem subvertê-la ou impedir a sua manutenção como sistema. Em ambos os autores, é comum o ponto de defesa da autonomia da vontade da constituição e da sua abertura, ainda que – resguardadas as diferenças entre as suas respectivas perspectivas - aos debates travados na esfera pública e aos seus respectivos momentos históricos.

Contudo, cumpre ainda apontar que, dadas as considerações tecidas sobre a natureza da Jurisdição Constitucional, o próprio Peter Häberle manifestou preocupação com uma eventual relativização dos direitos fundamentais face a essa perene abertura da Constituição às questões de época e aos debates travados na esfera pública, de maneira que de nada valeria essa abertura, não fosse o compromisso com a manutenção e a permanência dos direitos e garantias fundamentais, cujo teor não merece, segundo o autor, interpretações restritivas, sob pena de ter o seu conteúdo relativizado ou mitigado pelo espírito de um tempo.

Assim não fosse, estaria a doutrina endossando um uma violação ou mesmo negando que se forme uma idéia de substancialidade aos direitos e garantias fundamentais, o que por, certo, comprometeria a essencialidade da Constituição e obstaría a construção do que convencionou chamar de um núcleo essencial dos direitos constitucionalmente previstos. Em suma, voltaríamos ao modelo de constituição referido por Lassalle como um *Stück Papier*, a que fez-se menção. Em sua obra *La libertad fundamental en el Estado constitucional*³¹, assim asseverou o autor:

En el equilibrio che se hace aqui referencia para determinar o contenido esencial de lós derechos fundamentales, no se quiere empero desconocer que El contenido esencial de um derecho fundamental es algo sustancial. Em efecto, El contenido esencial no pierde la 'sostanciosidad', si es terminado com referencia o otros bienes jurídicos poseedores de ranto igual o superior, porque estos bienes jurídicos también poseen uma sustância que se debe ser determinada. La interación entre cada uno de lós bienes constitucionales no lós prioa de su sustância: al contrario, más bien conduce a ésta. Desde el punto de la perspectiva mencionada, que aspira negar la tesis de que El equilibrio configuraria uma 'relativizacion' de lós derechos fundamentales, uma crítica semejantes no está más permitida.

Voltando-se ao exame de Lühmann e de Häberle, se se considerou lícito, no campo teórico, uma abertura da constituição a um processo de racionalização interpretativa do Estado, voltado aos debates na esfera pública, como campo de produção de significado às normas constitucionais, pode-se-à buscar melhor exame da questão no campo empírico, para encontrar informações práticas da aplicabilidade da teoria, neste ponto. Veja-se que o legislador constitucional alemão inseriu comando normativo na *Grundgesetze* no sentido de proteger a eficácia da norma constitucional, resguardando-a a eventuais autoritarismos da maioria³² e conferindo a ela uma relativa autonomia funcional em relação à sociedade. Nesse sentido, o entendimento esposado pela Constituição da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) é o de conferir máxime eficácia aos direitos e garantias fundamentais. Na Lei Fundamental de Bonn de 1949, o legislador constitucional acentuou a expressiva vinculação do legislador aos direitos fundamentais (art. 1º, §3º)

³¹ HABÉRLE, Peter. *La libertad fundamental em el Estado Constitucional*. Trad. para o espanhol Jüngen Saligmann e César Landa. Granada: Editorial Colmares, 2003, p. 166.

³² Para usar uma expressão amplamente empregada por Tocqueville, que, em sua obra lançava mão da expressão 'tirania da maioria'.

e à Constituição como um todo (art. 20, III). Isso exposto, é de destacar-se o trecho daquela Carta Constitucional³³, cujo teor determina:

II. Der Bund und die Länder,
Art 20.

(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende.

Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

No exerto transcrito, resta evidente que a fórmula adotada foi a de conformação da legislação infraconstitucional à força normativa de dispositivo constitucional (do alemão, “*verfassungsmäßige ordnung*”), cujo teor emana da democracia em si mesma. A submissão do aparelho do Estado à fórmula constitucional pressupõe, nesse sentido, espectro de eficácia de direito fundamental constitucionalmente previsto, impondo a obrigatória observância de sua vigência enquanto matéria e substância, sublinhando, ainda, que sua mitigação poderia excepcionalmente ser admitida, senão por outra disposição também emanada da própria constituição^{34 35 36}.

³³ Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf>; Acesso em 27.8.2019.

³⁴ A definição apresentada neste parágrafo, se rastreada historicamente irá ao encontro do conceito definido na doutrina por *Rechtsstaat* e se refere a um edifício histórico importante e complexo na tradição político-constitucional alemã. Para um aprofundamento neste conceito e suas bases históricas, confira-se: MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. Jurisdição constitucional e *Rechtsstaat*: exame dos limites de um guardião. In: MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: *Rechtsstaat* como referência semântica na memória de Weimar. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília(UnB), 2007.

³⁵ Voltando-se à teoria dos sistemas, este momento de autoreferência sistêmica contempla o que Lühmann chamou de fechamento estrutural do subsistema do direito, que passa a localizar o seu próprio campo semântico, a produzir uma comunicação autonomizada e voltada à reprodução de seus próprios elementos, ou seja, um indício sociológico de fechamento estrutural do subsistema da Constituição em relação a outros subsistemas, seja da Política, seja do Direito, por exemplo. Sobre o tema, confira-se o seguinte exerto: “É exatamente essa ausência de determinação externa, de hetero-referência, que é expressa pelo conceito de *fechamento operacional*, o qual foi tratado supra. O direito moderno não utiliza critérios religiosos, morais ou econômicos para sua auto-reprodução. O que é inédito em termos históricos. E é precisamente por não se limitar por critérios vindos de outros sistemas que o direito pode realizar a sua função, que ele pode processar expectativas normativas passíveis de serem mantidas em uma situação de conflito. De modo complementar, a *abertura cognitiva* do direito frente à sociedade existe na exata medida em que qualquer questão social que envolva expectativas normativas possa ser conhecida pelo direito, que sempre terá uma resposta para elas. Essa é a ligação interna existente entre fechamento operacional e abertura cognitiva”. MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. A diferenciação do sistema do direito: função, fechamento operacional e abertura cognitiva. In: _____ . Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília(UnB), 2007, p. 47 e ss.

³⁶ Apoiado neste entendimento, o Tribunal Constitucional brasileiro possui precedentes assentando a irradiação de eficácia dos direitos e garantias fundamentais inclusive no campos das relações privadas, como no caso do RE 201.819, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 27-10-2006.

Nada obstante esse preceito uniformizador do Estado, de manutenção dos compromissos com os direitos e garantias fundamentais, garantindo espectro de abertura à esfera pública e à produção de significado jurídico por parte da interpretação constitucional, o comando de permitir a substância de direito previsto na Carta não é totalmente livre e também possui disposições limitadoras (*entscheidung-entscheidt*) na própria prática constitucional. Nesse sentido, a constituição, interpretada como garantias de direitos (*rechtsgarantieren*) possui também uma inegável função de limitação, de freios a alguns tipos de movimentos sociais e políticos.

O contexto alemão, por exemplo, garantiu, no bojo da Lei do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetze*) um tipo particular de ação constitucional cujo teor permite a cassação ou suspensão de atividades ou

financiamento de partidos políticos, é a chamada *Parteiverbotsfahren*, tão logo atentem, por exemplo, contra a ordem democrática constituída^{37 38 39}.

³⁷ “Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG) § 43 (1) Der Antrag auf Entscheidung, ob eine Partei verfassungswidrig (Artikel 21 Absatz 2 des Grundgesetzes) oder von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen ist (Artikel 21 Absatz 3 des Grundgesetzes), kann von dem Bundestag, dem Bundesrat oder von der Bundesregierung gestellt werden. Der Antrag auf Entscheidung über den Ausschluss von staatlicher Finanzierung kann hilfsweise zu einem Antrag auf Entscheidung, ob eine Partei verfassungswidrig ist, gestellt werden.

(2) Eine Landesregierung kann den Antrag nur gegen eine Partei stellen, deren Organisation sich auf das Gebiet ihres Landes beschränkt.” **Ou:** “Lei do Tribunal Constitucional Federal (Ato do Tribunal Constitucional Federal - BVerfGG) § 43 (1) A moção (petição) para decidir (sentenciar) se um partido é inconstitucional (artigo 21 (2) da Lei Fundamental) ou excluído do financiamento estatal (artigo 21 (3) da Lei Fundamental) pode ser apresentada (impetrada) pelo *Bundestag*, pelo *Bundesrat* ou pelo Governo Federal. Alternativamente (subsidiariamente), o pedido (petição, moção) de decisão para excluir o financiamento estatal pode ser apresentado em resposta a um pedido de decisão sobre se uma parte do partido ou de seu regulamento é inconstitucional. (2) Um governo (estadual) somente poderá representar contra um partido cuja organização se limite ao território de seu estado” [Tradução nossa] Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/_43.html.

³⁸ “Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG) § 46a (1) Erweist sich der Antrag auf Entscheidung gemäß Artikel 21 Absatz 3 des Grundgesetzes als begründet, so stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Partei für sechs Jahre von der staatlichen Finanzierung nach § 18 des Parteiengesetzes ausgeschlossen ist. Die Feststellung ist auf Ersatzparteien zu erstrecken. Dass eine Partei die Bestrebungen einer nach Satz 1 von der staatlichen Finanzierung ausgeschlossenen Partei als Ersatzpartei an deren Stelle weiter verfolgt oder fortführt, stellt das Bundesverfassungsgericht entsprechend Satz 1 fest. Die Feststellung erfolgt auf Antrag eines Berechtigten nach § 43 Absatz 1 Satz 1; § 45 ist auf das Verfahren nicht anzuwenden.

(2) Beantragt einer der Antragsberechtigten spätestens sechs Monate vor Ablauf der Frist nach Absatz 1 Satz 1 ihre Verlängerung, bleibt die Partei bis zur Entscheidung über diesen Antrag von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen. § 45 ist auf das Verfahren nicht anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Für die Entscheidung gilt Absatz 1 entsprechend. Erneute Verlängerungsanträge sind statthaft.” **Ou:** “Lei do Tribunal Constitucional Federal (Ato do Tribunal Constitucional Federal - BVerfGG) § 46^a (1) Se o (Sendo o) pedido de decisão de acordo com o artigo 21 parágrafo 3 da Lei Fundamental for julgado procedente (justificado), o Tribunal Constitucional Federal determinará que o partido será excluído do financiamento estatal sob a Seção 18 da Lei dos Partidos Políticos por seis anos. A constatação (apuração) se estenderá aos partidos substitutos. O Tribunal Constitucional Federal determinará, de acordo com a sentença 1, que um partido prossiga ou continue os esforços de um partido excluído do financiamento estatal no papel de partido substituto, condizendo com a sentença 1. A determinação (declaração) é realizada a pedido de uma autorização (justificativa), de acordo com o § 43 (1); O artigo 45 não é aplicável ao procedimento.

(2) Se, no mais tardar, seis meses antes da expiração do prazo referido no primeiro período do parágrafo 1, uma das partes habilitadas solicitar um pedido de extensão, o partido permanecerá excluído do financiamento estatal até que a decisão sobre esse pedido seja tomada. O artigo 45 não é aplicável ao procedimento. O Tribunal Constitucional Federal pode tomar decisão sem audiência (audiência oral; audiência oral). Para a decisão, o n.º 1 vale em conformidade. Os pedidos de extensão são permitidos.” [Tradução nossa] Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/_46a.html.

³⁹ “III. Bisherige Verfahren Zweimal hat das Bundesverfassungsgericht bislang ein Parteiverbot ausgesprochen: 1952 wurde die Sozialistische Reichspartei (SRP) verboten und 1956 die Kommunistischen Partei Deutschlands (KPD). Ein 2001 gegen die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) eingeleitetes Verbotverfahren wurde 2003 aus verfahrensrechtlichen Gründen eingestellt. Am 17. Januar 2017 entschied das Bundesverfassungsgericht erneut über ein Verbot der NPD. Dabei stellte der Zweite Senat zwar fest, dass die NPD ein auf Beseitigung der bestehenden freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtetes politisches Konzept vertritt. Wegen fehlender Anhaltspunkte für eine erfolgreiche Durchsetzung ihrer politischen Ziele wurde die Partei jedoch nicht verboten.” **Ou:** “III. Processos até o momento. Por duas vezes o Tribunal Constitucional Federal até à data declarou uma proibição partidária: em 1952 o Partido Socialista do Reich (SRP) foi banido e em

Ao estabelecer essas normas de caráter conformador-limitador, e acentuar a disposição principiológica das normas contidas na constituição, vinculando-as a um caráter de substância dos direitos e garantias fundamentais, tornou-se possível falar na constituição sob a ótica de uma garantia de eternidade. Nesse sentido, apesar da abertura estrutural do campo do direito constitucional a um diálogo com o subsistema da política, ainda que a partir da produção de um discurso comunicativo específico, pode-se arguir que existe algo de não transitório, não mutável, não alterável na constituição: aquilo sobre o qual não poder-se-á dispor, ainda que em situações excepcionais.

É fundamental esse entendimento para que se compreenda a contribuição de Hans Kelsen à tutela do direito, especialmente ao, amparado em Jellineck, tecer críticas a Smend, nos seguintes termos ^{40 41}:

Neste caso, porém, deve-se novamente separar a Constituição – e o ordenamento jurídico constitucional – do direito. O que quer que se entenda por essência da Constituição, não se pode colocar em dúvida o fato de pertencer aos seus elementos essenciais a disciplina dos órgãos e do procedimento legislativo e a produção de normas gerais do direito; e que exatamente por isso ela forma a base do ordenamento jurídico, enquanto este consiste em leis e em atos executivos da mesma, da parte da jurisdição e da administração. Qualquer documento constitucional nos fornece um testemunho desta função da Constituição. Se se quiser, como Smend, discernir o critério mediante o qual a Constituição distingue-se do resto do ordenamento jurídico no caráter ‘político’ de seu objeto (p. 133), neste caso, o ‘político’, se este termo, muito usado e polissêmico, deve ser entendido em sentido estrito consiste justamente na formação de nível mais elevado da vontade estatal.

1956 o Partido Comunista da Alemanha (KPD). A proibição introduzida em 2001 contra o Partido Nacional Democrático da Alemanha (NPD) foi interrompida (descontinuada) em 2003 por razões processuais. Em 17 de janeiro de 2017, o Tribunal Constitucional Federal decidiu novamente a proibição do NPD. Assim o Segundo Senado observou que o NPD representa um conceito político que visa a eliminação da ordem democrática liberal constituída em existência. No entanto, o partido não foi banido por falta de evidências que apontem para o sucesso de seus objetivos políticos.” [Tradução nossa]. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/WichtigeVerfahrensarten/Parteiverbotsverfahren/parteiverbotsverfahren_node.html.

⁴⁰ KELSEN, Hans. O estado como integração : um confronto de princípios; Tradução de Plínio Fernandes Toledo. – São Paulo : Martins Fontes, 2003. – (Coleção Justiça e Direito), p. 87.

⁴¹ Foi nessa obra que ficou especialmente conhecida a análise de Kelsen, ainda que em *obiter dictum*, acerca do quadro de antissemitismo por que passava a Alemanha e cujos efeitos frutificaram em consequências político-humanitárias as quais todos conhecem: “Poder-se-ia perguntar a quem ele se refere, até que se vem a saber, através de uma nota de pé de página, que Max Weber – justamente este sociólogo liberal – considerou os judeus orientais como ‘líderes impossíveis da vida estatal alemã’ e precisamente ‘também durante a revolução’ que é, como se sabe uma questão judaica. Que os judeus orientais são considerados indesejáveis na vida do Estado alemão é algo que há muito já se sabia. Faltava-nos apenas a sua expressão científica. A teoria do Estado de Smend a fornece: os judeus orientais são inadequados à integração.” Idem, p. 69.

O tratamento conferido por Kelsen à constituição envolve considerá-la uma força superior, pertencente ao Direito, mas descolada do funcionamento deste, uma vez que a produção jurídica estatal, bem como os seus atos administrativos deveriam respeitar a sua força superior: esta seria expressão maior da vontade de constituição, na qual todo o regramento jurídico do Estado passaria sistematicamente a ser alvo de uma força conformativa, obedecendo a ditames superiores, como que numa hierarquia entre as normas, na qual seria a Constituição a sua força motriz.

O tema parece profundamente relevante ao austríaco a ponto de, em seus escritos sobre o conceito de Justiça, tê-la definido como um marco jurídico cuja validade é impactada pela conformação, e se traduz na obediência a um preceito superior, tornando-se o seu conteúdo expungível tão logo venha a contrariar a hierarquia entre as normas. Sobre o tema ⁴²:

A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas legais. Em forma bastante simplificada, apresenta o seguinte retrato: o nível mais baixo é composto de normas individuais criados pelos órgãos aplicadores do Direito, especialmente os tribunais. Essas normas individuais são dependentes dos estatutos, que são as normas gerais criadas pelo legislador, e das regras do Direito consuetudinário, que formam o nível superior seguinte da ordem jurídica. Esses estatutos e regras de direito consuetudinário, por sua vez, dependem da constituição, que forma o nível mais elevado da ordem jurídica considerada como sistema de normas positivas. Normas 'positivas' são normas criadas por atos de vontade de seres humanos. As normas que pertencem a um nível inferior derivam sua validade das normas que pertencem ao nível superior seguinte.[...].

O autor não escondia a sua profunda recusa em admitir a eficácia de norma oriunda do direito natural, reconhecendo no direito positivo a essência de legitimação da norma válida, visto que frutificada a partir de um ato de vontade válido e de um processo que 'fabrica' a sua existência. Não haveria, segundo a dicção do autor, como conferir eficácia a norma cujo teor não se submetesse a esse processo humano de criação. Estava nítida, na atual quadra do desenvolvimento do Estado, a ruptura com os preceitos de direito natural e com a moral e os costumes, visto que, em Kelsen,

⁴² KELSEN. Hans. O que é justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luis Carlos Borges – 3. Ed – São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 215-216.

compete atribuir ao Estado a força racionalizadora da vida civil, unicamente por meio do qual seria possível o dever de obediência civil a uma norma⁴³:

Contudo, essa hipótese fundamental não pode ser aceita por uma teoria do Direito positivo porque é impossível deduzir a partir da natureza, normas que regulamentem a conduta humana. As normas são expressão de uma vontade, e a natureza não tem nenhuma vontade. A natureza é um sistema de fatos ligados pelo princípio da causalidade. Conceber a natureza como uma autoridade normativa, isto é, como um ser sobre-humano dotado de uma vontade criadora de normas, é uma superstição animista ou o resultado de uma interpretação teológica da natureza como manifestação da vontade de Deus.

No texto, a pretensão do autor é deslocar o eixo de causalidade das coisas do mundo, do divino, do refutável e das experiências da memória, do passado, para o eixo do presente, para a teoria da causalidade entre os fenômenos jurídicos, que interdependem entre si e que, entre si, são fonte de explicação para a sua causalidade e validade. Esse eixo teórico adotado pelo autor refuta precisamente a idéia abstrata e ligada ao mundo dos fatos, da experiência sensível e empírica a funcionalidade das normas e ordenamentos e a recoloca sob uma perspectiva crítica, no mundo dos fatos racionalmente explicáveis, conhecidos, no qual uma norma deve ser explicada por uma outra norma, um fenômeno jurídico, por outro fenômeno jurídico.

A teoria da causalidade é empregada, então, no autor, como uma fonte explicativa da realidade dos fenômenos jurídicos, que se vinculam, exercem rede de explicação racional, interdependente, e que funcionam precisamente ao frutificarem em conformações de validade entre as normas hierarquicamente organizadas. Ou seja, caberia ao direito positivo especialmente através da conformação das leis, atuando no plano da validade, a explicação (*o leit motif*), de umas sobre as outras.

Veja-se que uma das consequências práticas dessas predições de ordem doutrinária são que, para Kelsen, se uma lei se conforma a outra e se o campo semântico de validade se extrai senão do próprio ordenamento jurídico, notadamente da norma superior, a produção de significância da norma se deve não a um fenômeno social ou político, nem mesmo a uma obra do direito natural, ou de uma experiência sensível do mundo mas a uma prática racionalizadora derivada de uma forma jurídica anterior, o que significa que a determinada norma pode ser subtraída do mundo

⁴³ Idem, p. 252.

jurídico não necessariamente por uma outra norma, mas por uma revisão das normas, isto é pelo confronto de uma norma superior face a uma norma superior. Nesse sentido, confira-se⁴⁴:

Uma norma jurídica criada por um ato pode ser abolida por uma norma criada por outro ato (um *actus contrarius*). Aqui, novamente, a diferença entre a norma e o ato criador é claramente revelada. Não é o ato precedente que é abolido pelo ato subsequente; nenhum ato que ocorreu no tempo e no espaço pode ser abolido por outro ato. O que é abolida é a norma criada pelo ato precedente. Que seja abolida ou 'anulada' significa que deixa de ser válida. Não é o ato subsequente que abole a norma, é a norma criada por esse ato que tem esse efeito. Isso é expresso na conhecida fórmula *Lex posterior derogat priori*. Que uma norma seja derogada ou anulada, que deixe de ser válida, significa que não é mais possível sustentar que os homens devem conduzir-se em conformidade com aquela norma. Outra vez, é evidente que o fenômeno da lei não pode ser adequadamente descrito sem a categoria do 'dever ser'.

Um dos principais objetivos de Kelsen pode-se admitir que seja a ressignificação não somente do que se entendia até aquele momento histórico por validade da norma, bem como sua finalidade, logo que argumenta acerca do seu dever ser. Pouco era falado na literatura jurídica de época sobre o papel de autonomia do direito positivo e da sua necessária ruptura com o direito natural, consuetudinário, pelo menos tal qual Hans Kelsen falava. Para o autor, essa ruptura fundamental do Estado racionalizador do sistema jurídico, que olhava atentamente para conformação hierárquica de suas normas, acabou também, inclusive por esforço próprio do cientista, por descolar o campo do Direito, das demais ciências sociais, autonomizando a sua objetividade e rompendo qualquer resquício de ligação da Ciência Jurídica e da Ciência do Estado, em relação à Sociologia, à Teologia e à História. A consequência desse movimento, como pode-se imaginar, é o afastamento da ideia de ciência jurídica como ciência social.

O autor, que mergulha no campo teórico disposto a conquistar esse campo de objetividade para a Ciência Jurídica não mediu esforços para afirmar a sua teoria, alegando, para tanto, que a força integrativa do Estado deve derivar da explicação dos fatos jurídicos, fincados especialmente na Constituição. Voltando-se ao Estado como integração, o autor aponta indícios, no final do manuscrito, de que possíveis

⁴⁴ Idem, p. 209.

falhas na interpretação da Constituição ou da falta de fidelidade a ela podem tê-la levado à sucumbência. Sobre o tema⁴⁵:

Certo: se a integração não é nada mais que o princípio de sentido da Constituição e se justamente a integração inconstitucional, que não parte da Constituição deve ser a integração 'satisfatória', então o 'sentido' da Constituição deve ser entendido dessa maneira: que a própria Constituição exige absolutamente a interpretação dos fatos inconstitucionais como constitucionais.

Essa é a técnica interpretativa da teoria da integração válida para a Constituição de Weimar; e é à luta contra a Constituição da República alemã que essa teoria – intencionalmente ou não –, com a sua 'realidade' do Estado, serve afinal.

O modelo representado por Kelsen, sem embargo, proporciona uma visão do Direito como uma conquista racional e integralizadora das forças do Estado a partir de uma visão jurídica, fincada na Constituição e na conformação de regras hierarquicamente dispostas, uma vez que uma norma jurídica seria explicada por outra norma jurídica e somente a uma outra norma deveria ser relacionada. É evidente que o objetivo é proporcionar uma autonomização da ciência jurídica. Contudo, a própria experimentação histórica do Estado de Weimar, por exemplo, não pode ser interpretada tão somente a partir de seus pressupostos jurídicos.

Veja-se que o fechamento nas operações do Direito enquanto forma monolítica de explicação causal para os fenômenos do mundo pode não dar conta de explicar totalmente o que foi a experiência histórica de Weimar. Olhando por este ângulo, Max Weber dedica boa parte de seu tempo em seu *Politik als Beruf*, nos idos de 1919, a explicar as dificuldades de ordem político-partidárias contemporâneas à constituinte de Weimar. Para Weber, a Alemanha passava por um 'estranho' momento de crise pós-unificação, cujos desdobramentos afetavam severamente as estruturas do Estado, dadas as fortes tendências centralistas e rentistas nos partidos políticos de seu tempo. Nesse sentido, observe-se o seguinte trecho⁴⁶:

Na Alemanha, todas as lutas entre as tendências particularistas e as tendências centralistas giram, também e principalmente, em torno desse ponto. Que poderes irão controlar a distribuição de empregos – os de Berlim ou, ao contrário, os de Munich, de Karlsruhe ou de Dresden? Os partidos se irritam muito mais com arranhões ao direito

⁴⁵ KELSEN, Hans. O estado como integração : um confronto de princípios; Tradução de Plínio Fernandes Toledo. – São Paulo : Martins Fontes, 2003. – (Coleção Justiça e Direito), p. 123.

⁴⁶ WEBER, Max. Ciência e política: duas vocações / Max Weber; Prefácio Manoel T. Berlinck; tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. Ed. - São Paulo : Cultrix, 2011, pp. 82-84.

de distribuição de empregos do que com desvio de programas. [...]. Dessa forma, aos olhos de seus aderentes, os partidos aparecem, cada vez mais, como uma espécie de trampolim que lhes permitirá atingir este objetivo essencial: garantir o futuro.

A essa tendência opõe-se, entretanto, o desenvolvimento moderno da função pública que, em nossa época, exige um corpo de trabalhadores intelectuais especializados, altamente qualificados e que se preparam, ao longo de anos, para o desempenho de sua tarefa profissional, estando animados de um sentimento muito desenvolvido de honra corporativa, onde se acentua o capítulo da integridade.

Nada obstante, outros escritores também dedicavam-se a denunciar que, para além do cenário de crise na esfera da política, envolvendo as estruturas partidárias e a organização da burocracia estatal, com distribuição de cargos entre membros desta ou aquela classe política, estava em curso, à época da fundação do Estado weimariano, um forte debate de cunho reformista acerca do sistema educacional alemão, que apontava para uma crise na divisão de recursos, cujas consequências frutificariam em intensos debates no *Bundestag* e no próprio modelo de federalismo alemão. Sobre o tema⁴⁷:

[...] Como Haenisch explicou em 1921, sua intenção era estimular as tendências democráticas dos estudantes e fazê-los sentir algum apego emocional ao novo regime. Esperava que se desenvolvesse o entendimento entre trabalhadores e estudantes, 'as mãos e o cérebro' de uma sociedade progressista.

Essas grandes expectativas não se realizaram integralmente. No plano nacional e nos vários Estados, na educação básica e na superior, os resultados estiveram longe de justificar o otimismo inicial dos ministros liberais e dos partidos do governo. A direita política ganhou força no legislativo e em outros setores. Sérios problemas financeiros, aliados a controvérsias de política externa afastaram a opinião pública das questões relativas ao ensino. Depois de 1920, sucessivos projetos da lei nacional do ensino tinham chance cada vez menor de obter apoio da maioria no *Reichstag*. Entre os maiores obstáculos ao consenso estava a infeliz questão religiosa e a inevitável diferença de opinião sobre a contribuição financeira do governo central e o órgão encarregado de sua supervisão.

Os elementos acima trazidos por Weber e Fritz Ringer mereceram destaque para servir como um conjunto indiciário ou constelação de indícios em contraprova aos argumentos de fechamento do Direito enquanto ciência descolada do campo da política e da sociologia. Por certo, o Estado de Weimar é objeto do estudo do Direito

⁴⁷ RINGER, Fritz K., 1934 – O declínio dos mandarins alemães: a comunidade acadêmica alemã, 1890-1933 / Fritz K. Ringer, tradução de Dinah de Abreu Azevedo. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000 (Clássicos; 19), p. 81.

Constitucional, bem como a sua Constituição, mas a derrocada que leva às estruturas de um Estado a sucumbir⁴⁸, tal qual ocorreu no II Reich, pode reclamar a atuação de diversos tipos de ciência para a compreensão de um mesmo fenômeno.

Não se olvide que, foi neste ambiente histórico que crescia um discurso científico especificamente voltado à gênese de um novo tipo de Direito, com outras premissas e apoiado em um outro tipo de objetividade, que seria o Direito Constitucional. Seria o seu papel promover a força integrativa do Estado, articulando seus ordenamentos, bem como parindo uma estabilidade normativa, jamais desejada, pelo menos não na mesma maneira, por outras áreas mais antigas do Direito, como o Direito Civil.

Se o Direito Constitucional é uma conquista, proveniente de uma força normativa integradora, seria de elevada importância, informa-nos o pensamento de Hans Kelsen, a ruptura com a força normativa do direito natural e a implantação da Constituição como uma conquista. Ela é forma e tem um conteúdo específico, diante do qual organiza-se a centralidade da vida estatal⁴⁹:

O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas, gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra.

[...]

No limite, somente a Constituição, no sentido estrito e próprio da palavra, está revestida dessa forma especial; ou, como se tem o costume, se não a felicidade, de dizer – a Constituição no sentido material coincide com a Constituição no sentido formal.

Essa centralidade da vida estatal pode ser corretamente assimilada a partir de uma carga normativa depositada em normas de hierarquia superior, cuja eficácia têm o condão de readequar todo o sistema de normas submissas. Nesse sentido, as observações feitas por Kelsen trazem um conteúdo que reabre um campo de

⁴⁸ Em sua análise, Gilmar Mendes informa, por sua vez, que a Constituição de Weimar deixou de prever instrumentais processuais necessários à efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais. In: *Jurisdição Constitucional*.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha – São Paulo: Martins Fontes, 2003 – (Justiça e Direito), pp. 130-131.

discussão específica, qual seja a natureza hermenêutica da aplicação das normas jurídicas e sua posição dentro do sistema jurídico como forma de controle de aplicação de normas inferiores.

Esse debate acerca da hermenêutica da norma jurídica se reabre, a partir de Kelsen, vislumbrando a Constituição como uma arena de aplicação do procedimento interpretativo jurídico como útil à efetivação da tutela judicial, seja no campo das instâncias subalternas (os tribunais de piso e os órgãos administrativos) seja no campo da aplicação da norma constitucional. Nesse sentido, veja-se o exerto⁵⁰:

Kelsen faz uma distinção entre 'normas jurídicas gerais' e 'individuais'. **Normas individuais são produzidas dentro de um nexos de produção do Direito concebido como hierárquico, dentro da 'estrutura escalonada do ordenamento jurídico', a partir de normas gerais, de modo que a rígida oposição entre estabelecimento (*Setzung*) e aplicação do Direito é relativizada:** negócios jurídicos, decisões administrativas ou judiciais de casos concretos são situados figurativamente como normas individuais na extremidade inferior da estrutura sistêmica de níveis 'inferiores' e 'superiores', aquém do decreto, da atividade legisladora, do costume, da constituição e da norma fundamental. **Não obstante Kelsen rejeitasse todos os modelos demasiado simples de 'dedução' lógica e criticasse a 'ficção' de uma única interpretação correta, permanecem dominantes tanto a idéia de um 'controle' dos níveis hierarquicamente inferiores e superiores quanto a primazia lógica e genealógica da norma decisória geral em relação à individual.** De fato, a norma jurídica geral não define de modo completo o processo de geração de normas individuais em uma quantidade indeterminada de casos, mas estabelece um quadro. **Mas Kelsen não levanta, nem muito menos responde a pergunta sobre como essa vinculação futura é possível, sobre como a regra pode permanecer idêntica a si mesma entre um caso e outro.** [grifo nosso]

Em que pese Thomas Vesting tenha verificado na obra de Kelsen uma lacuna acerca de 'como essa vinculação futura' seria possível e de como a regra jurídica 'pode permanecer idêntica a si mesma entre um caso e outro', Gilmar Mendes verifica que o controle abstrato de normas está voltado 'à defesa da Constituição e da ordem federal, devendo criar segurança jurídica ao permitir o controle da constitucionalidade', 'independentemente de qualquer situação concreta', de tal modo que a experiência

⁵⁰ VESTING, Thomas. Teoria do Direito: uma introdução. Tradução, coordenação e revisão de Ricardo Campos. São Paulo: Ed. Saraiva – 100 Anos, p. 233.

histórica do constitucionalismo alemão forneceu uma solução para essa lacuna, de modo a permitir a estabilização do sistema a partir das decisões jurídicas⁵¹.

A tese de Gilmar Mendes acerca do controle abstrato, publicada no Brasil sob o título de *Jurisdição Constitucional* recuperou os debates realizados no Congresso de Juristas em Heidelberg (1924), destacando que uma das principais preocupações era conferir o status de lei formal às decisões que resolviam definitivamente o mérito de arguições de constitucionalidade. Veja-se que, uma vez espancados os pressupostos de admissibilidade da arguição de inconstitucionalidade, fundados, por sua vez, em dúvida (*zweifel*)⁵² ou controvérsia (*meinungsverschiedenheit*)⁵³ sobre a aplicação de norma ou ato normativo federal a decisão sobre a (im)procedência da alegação espungiria a possibilidade de dúvida sobre a sua constitucionalidade, o que forneceria um caráter de definitividade à interpretação.

Ao recuperar essa discussão teórica, Gilmar Mendes acentua inclusive, controvérsia existente entre Triepel e Jellineck, nos seguintes termos⁵⁴:

[...] Triepel sustentava, ao contrário [de Jellineck], opinião segundo a qual os efeitos do julgado limitavam-se à parte publicada no Diário Oficial. Os fundamentos de decisão, que não eram publicados, não eram dotados de força de lei (*Gesetzeskraft*). Assim, o julgado não possuía a força de uma interpretação autêntica (*Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*).

Dessa maneira, pode-se perceber que o significado de interpretação autêntica, segundo a tradição jurídica alemã, nos debates contemporâneos a Weimar, passou a ser a de conferir efeito de lei à decisão judicial interpretativa. Nesse ponto, resta claro

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136.

⁵² “A expressão dúvida pressupõe uma opinião hipotética que traduz insegurança sobre a validade da lei. Não se exige, tal como admitido por Schumann, uma opinião definitiva ou a negação da legitimidade da norma. Aquele que tem dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma não nega, definitivamente, a sua legitimidade.” In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

⁵³ “O conceito de controvérsia pressupõe divergência objetiva entre pessoas diversas. Já no tempo de Weimar, foi essa expressão interpretada de tal modo que se mostrava suficiente a simples existência de diversidade de opinião entre pessoas diferentes. Segundo a opinião dominante, era dispensável que a controvérsia se estendesse aos entes legitimados a propor a ação. Também não se fazia necessário que se tratasse de controvérsia sobre posições jurídicas ou sobre direitos subjetivos. Uma controvérsia pode conter uma lide. Nela devem estar presentes, pelo menos, duas posições divergentes, uma que contesta a constitucionalidade da norma, ou pelo menos a coloca em dúvida, e outra que sustenta a sua legitimidade.” In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 112.

que o Tribunal Constitucional, a quem Kelsen creditava a responsabilidade de interpretar a constitucionalidade das leis ⁵⁵, poderia macular a produção de efeitos de lei considerada inconstitucional expungindo-a do ordenamento jurídico, ou asseverar a sua constitucionalidade, e que esse mecanismo que se situa sobre o plano da eficácia pode ter sido a solução encontrada para a pacificação e estabilização das demandas nos litígios envolvendo a constitucionalidade das leis, lacuna deixada na obra de Kelsen, segundo Thomas Vesting.

Sobre o tema, Gilmar Mendes, ainda em resgate histórico sobre o tema, informa que⁵⁶:

Nos termos do §3, n.3, da lei que disciplinou esse processo, conferia-se ‘força de lei’ à decisão que o *Reichsgericht* ou o Tribunal de Finanças (*Finanzgerichtshof*) proferisse, nos termos do art. 13, II, da Constituição de Weimar. Sustentou-se, na literatura, que além de cassar a lei com eficácia *erga omnes*, a decisão expressava também uma interpretação autêntica da lei federal. Em outros termos, o direito federal vigente não poderia tolerar disposição idêntica à censurada nem uma disposição futura de igual teor ou de significado idêntico, ainda que integrante do ordenamento jurídico de outro Estado.

Em que pese o conceito de efeito *erga omnes* possa ser entendido como um efeito contra todos, em que o *todos* pode referir-se corretamente aos demais *Länder*, e às legislações estaduais em caráter símile aquele cuja validade fora aferida pelo *Reichsgericht*, a controvérsia jurídica encaminhou-se no sentido de demonstrar que uma solução legislativa fora implementada com o fito de conferir eficácia geral, ampla, ou seja, a todos os Estados federados a partir da pronúncia de inconstitucionalidade.

Contudo, essa análise foi transferida, a partir de projeto de lei frutificada dos debates de 1926, no Congresso de Juristas alemães em *Köln*, para o *Staatsgerichtshof*. Gilmar Mendes⁵⁷ informa que, segundo o projeto apresentado pelo

⁵⁵ Sobre o tema, confira-se o que diz Hans Kelsen: “Não há hipótese de garantia da regularidade em possa ser maior a tentação de confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu do que a garantia da Constituição. E, em nenhum caso, esse procedimento seria, precisamente, mais contra-indicado. [...] O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto, não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é uma jurisdição ou um tribunal constitucional.” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional. Introdução e revisão técnica*: Sérgio Sérvulo da Cunha – São Paulo: Martins Fontes, 2003 – (Justiça e Direito), p. 150.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 80-81.

⁵⁷ Idem, p. 82.

então Ministro do Interior, Dr. Külz, deveria a decisão do *Staatsgerichtshof* ‘ser dotada da força de uma Emenda Constitucional (*Kraft eines verfassungsändernden Reichsgesetzes*)’⁵⁸ e que, ainda no mesmo ano, o Governo Federal submetia ao Parlamento projeto de lei que ‘disciplinava a aferição de constitucionalidade de disposição do direito federal’, nos seguintes termos:

[...] esse projeto definitivo, baseado na proposta acima referido, instituía um sistema de controle abstrato de normas (§§ 1 e 6). Consoante essa proposição, o controle abstrato de normas poderia ser instaurado por mais de um terço dos membros do Parlamento Federal, mais de um terço dos votos representados pelo Conselho Federal ou pelo Governo Federal, se presentes dúvidas ou controvérsias sobre a constitucionalidade da lei (§1). Esse projeto previa, igualmente, a possibilidade de ampliação do objeto da ação direta se o *Staatsgerichtshof* entendesse que outras disposições da mesma lei eram também consideradas inconstitucionais (§4). A decisão, que o Governo Federal estava obrigado a publicar no Diário Oficial, deveria ser dotada de força de lei (§5).⁵⁹

Sob essa ótica, verifique-se que, a construção do atual modelo de controle de constitucionalidade, tal como mostrado por Gilmar Mendes⁶⁰, dependeu, em alta conta, da realização de experiências institucionais das quais não se pode afirmar exatamente quais seriam as consequências de cada uma das alterações legislativas implementadas à época, mas se pode configurá-las como tentativas institucionais de implementação de um modelo teórico, adaptando-o tal qual a correlação de forças jurídico-políticas do sistema.

Contudo, a manutenção do sistema de controle de constitucionalidade na Alemanha mostrou-se preocupado, conforme expôs a doutrina, em gerar um elemento de pacificação e estabilização das forças institucionais do Estado, a partir da interpretação da Constituição e dela originando os motivos determinantes de suas

⁵⁸ O que não chegou a ocorrer na prática.

⁵⁹ Esse projeto de lei, em que pese nunca ter sido apreciada pelo Plenário do *Bundestag*, assimila-se, segundo defende Gilmar Mendes, a atual disposição da matéria. Sobre o tema, confira-se: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 83.

⁶⁰ Sobre o controle abstrato de normas nas práxis do *Bundesverfassungsgericht*, veja o que destaca Gilmar Mendes: “Já no começo de sua judicatura reconheceu o *Bundesverfassungsgericht* a dupla função do controle abstrato de normas. De um lado, revela-se esse processo um instrumento adequado de defesa da Constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (função de defesa). De outro, contribui o controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espancando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica (segurança jurídica)”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

decisões. A discussão sobre como os efeitos das decisões poderiam gerar essa estabilização perdurou durante longo tempo e pode ter sido elemento fundamente das primeiras técnicas de declaração de inconstitucionalidade de norma⁶¹:

Quase simultaneamente [a Triepel, em sua conferência sobre a natureza e o desenvolvimento da jurisdição estatal (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*)], sustentava Walter Jellineck, que o conteúdo normativo do artigo 13, II, da Constituição de Weimar, deveria ser limitado, de modo que a Suprema Corte alemã (*Reichsgericht*) somente deveria decidir com base nesse preceito se a pronúncia da nulidade da lei se mostrasse apta a resolver a questão. Essa seria a hipótese se, em lugar da lei declarada inconstitucional ou nula, surgisse uma norma apta a preencher eventual lacuna do ordenamento jurídico. Do contrário, deveria o Tribunal abster-se de pronunciar a nulidade. Assim, não poderia o Tribunal declarar a nulidade de uma lei que contrariasse o artigo 17 da Constituição de Weimar (princípio da eleição proporcional), uma vez que a consequência ‘seria o caos, o Estado-membro não teria uma lei eleitoral.

Por isso mesmo é que, dadas as particularidades que envolvem o processo de natureza constitucional, e o processo que gera a declaração de inconstitucionalidade de norma, com todos os seus efeitos específicos⁶², o processo constitucional não pode ser considerado um mero elemento do processo civil moderno, um *Zivilprozess recht*, mas mostra sua feição diferencial, ao responder à alcunha de um “processo objetivo”, tal qual denominado por *Klaus Schlaich*, importante jurista alemão, erradicado na *Universität Bonn*, onde desempenhou longos anos de seu magistério como catedrático de *Öffentlichrecht*.

Essa diferenciação funcional possibilitou uma racionalização específica do processo de índole constitucional, no qual, para Triepel ⁶³, toda declaração de

⁶¹ MENDES, Gilmar. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade da lei – “*Unvereinbarkeitserklärung*” – na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. In: Revista de informação legislativa. Brasília: ano 30, n. 118, abr/jun 1993, p. 64.

⁶² “Como escreve *Bachof*, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado de sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra – embora não sempre – um resultado juridicamente errado”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 371.

⁶³ TRIEPEL, Heinrich. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, v. 5 (1929), p. 26 APUD MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 473.

inconstitucionalidade deveria ser feita *in abstracto*, porque confrontava o aspecto concreto – as consequências jurídicas geradas pela norma, face à própria norma que pariu ou possibilitou a produção de determinada situação jurídica, na qual pouco se discute, ou de maneira alguma se discute, a situação jurídica subjetiva da parte que originou o exame de inconstitucionalidade (*verfahren ohne beteiligte*). Por isso, existe um aspecto de objetividade (*objektives verfahren*), isto é, a análise acasuísta em relação às partes, mas da situação jurídica específica gerada por uma norma, da qual se presumia legitimidade.

Note-se, ademais, que, quando se torna finalmente possível arguir uma superação da presunção e constitucionalidade de norma, adentra-se, sem embargo, em outra quadra da idéia de Estado, na qual se reconhece a funcionalidade e a objetividade da pronúncia de inconstitucionalidade como fator de geração do bem-estar público e da garantia dos direitos fundamentais, ainda que contramajoritariamente. Logo, a doutrina que se firmava no século XIX de que o Estado seria a força motriz da regulação da sociedade e o fator de racionalização da vida pública, passa a ter um revés: o fundamento da vida pública é a garantia prevista na Constituição, o funcionamento da burocracia estatal e dos partidos políticos passam a ter sua ação fundada na interpretação constitucional⁶⁴.

É este o tipo ao qual se denominou modelo germânico de controle de constitucionalidade, por meio do qual a evolução das formas empíricas de Estado propiciou uma experiencição empírica das prescrições teóricas, bem como a implementação do controle abstrato de normas, como forma de garantir a fiel execução da Constituição, o seu controle hierárquico sobre as normas subalternas, a conformação do direito dos *Länder*, a eficácia da interpretação constitucional, bem como o modelo de garantias fundamentais do Estado moderno.

⁶⁴ “A possibilidade de se exercer direito a uma atividade legislativa mediante processo judicial ressalta o princípio da supremacia da Constituição e enfatiza a sua pretensão de eficácia. O poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, a, b e c) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, a)”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 367.

4. DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA EXPERIÊNCIA HISTÓRICA NACIONAL

Em que pese o controle abstrato de normas ter sido teoricamente voltado à defesa e garantia das liberdades fundamentais e ter por centro a promoção da *menschenwürde* como norte da atuação estatal, a implementação do instituto no Brasil não foi precedido de intensos debates intelectuais ou de sofisticadas experimentações institucionais.

Se, para Hans Kelsen, a Corte Constitucional deve desempenhar uma ação fundamentalmente voltada ao interesse contramajoritário e à defesa da esfera pública (*öffentlichkeit*) a ser feito por meio do controle de constitucionalidade de normas, no contexto brasileiro, o controle abstrato foi implementado por força de uma emenda à Constituição, a EC 16/65.

Idealmente, poder-se-ia imaginar a adoção do instituto como um forte ponto de avanço da proteção das liberdades fundamentais previstas na Constituição democrática de 1946. Ocorre que, à época da referida emenda já estava sob elaboração uma “constituição de notáveis”, que veio efetivamente a ser implementada pelo regime vigente à época.

Causa espécie que o instituto do controle abstrato, idealmente marcado pela sua perspectiva de abertura e estabilidade, tenha representado no cenário brasileiro, um elemento de centralização de poder político do regime de então, a Ditadura Militar. Veja-se que, um ano após a promulgação da Emenda 16 pelo Congresso Nacional, o ditador que então ocupava a Presidência da República, Castello Branco, fez chegar ao Parlamento o Ato Institucional nº 4, em 12 de dezembro de 1966, com o seguinte teor⁶⁵:

Tenho a honra de apresentar a Vossas Excelências para discussão votação e promulgação, na forma do Ato Institucional nº 4, 6 do corrente mês o projeto de Constituição em anexo.

Como ficou expresso nos considerandos do referido Ato Institucional nº 4, a Constituição de 1946, além de haver recebido numerosas Emendas, já não atende às exigências nacionais.

[...]

Ao atual Congresso Nacional, que colaborou eficazmente, com patriotismo e devotamento, na obra de renovação política e

⁶⁵ BRASIL. Mensagem do Presidente H. Castello Branco ao Congresso Nacional, em 12 de dezembro de 1966.

administrativa do país, votando 15 emendas ao texto de 46 e a legislação ordinária reclamada pelas necessidades nacionais, caberá completar a sua Magna tarefa, discutindo, votando e promulgando, em sessão extraordinária, a Nova Constituição.

Este exerto evidencia que uma provável função institucional da implantação do controle abstrato no Brasil se insira num contexto de expansão do regime autoritário, cujo interesse foi o de transformar a Constituição de 1946, seja pelas figuras dos decretos-lei, implementados no período da Ditadura, seja nos atos institucionais, vindos antes e depois da EC 16/65, que culminaram senão na suspensão de todos os direitos e garantias fundamentais e no fechamento das casas de representação legislativas, ao tempo do Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968.

Fazia maior sentido à tendência política ditatorial, e à lógica institucional do totalitarismo de época, que inclusive destituiu a Constituição de 1946, manter sob o seu controle os entes federados, bem como dirimir toda e qualquer controvérsia de natureza político-institucional a partir da centralização decisória levada a efeito pela EC 16/65, com a implementação do controle abstrato de normas no Brasil.

Veja-se que, neste contexto, a reforma institucional levada a cabo sobre o Supremo Tribunal Federal que elevou o número de membros daquela Corte para 16, a partir do Ato Institucional nº 2, de 1964, determinando, ainda, a criação de mais uma turma para julgamento dos feitos de competência da Corte, e que, nada obstante aposentou compulsoriamente três de seus ministros a partir do Ato Institucional nº 5⁶⁶. Ou seja, o controle abstrato de normas seria útil a partir da perspectiva de um tribunal constitucional dependente e obediente à Ditadura.

Um outro fator, que pode evidenciar a implantação do modelo germânico como um elemento de dominação do Estado, muito mais do que uma garantia de liberdade a qualquer direito fundamental, teria sido o monopólio jurídico do procurador da república para provocar a jurisdição constitucional. A implementação da EC 16/65 não foi precedida de um amplo debate de natureza pública acerca de quem, afinal, seria legitimado para arguir *in abstracto* a inconstitucionalidade de lei.

Ao contrário, foi confiado, no modelo da época, o monopólio da legitimação ao Procurador-Geral da República. Não pode passar desapercibido o importante debate

⁶⁶ O AI-5, como ficou popularmente conhecido, aposentou compulsoriamente os então ministros Vítor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. O presidente da Corte, Gonçalves de Oliveira, e também o Ministro Lafayette de Andrada, renunciaram, em protesto.

suscitado, nesse sentido, pelo então Ministro Aducto Lúcio Cardoso, que passou a questionar a natureza do referido monopólio, após a recusa do Procurador em oferecer a ação de inconstitucionalidade, no bojo da Reclamação 849⁶⁷, no qual a Corte considerou aceitável que o chefe do Ministério Público alegue inconstitucionalidade ‘se’ e ‘quando’ o facultar.

Em pauta, discutia-se a censura prévia a livros, jornais e periódicos determinada por força de um decreto-lei do governo militar, e que enfrentou forte insurgência do único partido de oposição permitido à época, o MDB. O Ministro Aducto Lúcio Cardoso, tendo sido vencido nos debates da referida reclamação, protagonizou o famoso episódio de deposição da própria toga, ainda em sessão, sobre a bancada do Tribunal, de onde, passados alguns dias, pediu sua aposentadoria compulsória. Quanto ao julgamento da demanda, assim asseverou o seu voto:

[...] a conjuntura em que nos vemos e o papel do Supremo Tribunal Federal estão a indicar, para minha simplicidade, que o art. 2º, da L. 4.337, de 1.6.64, o que estabeleceu para o Procurador-Geral da República foi o dever de apresentar ao S.T.F., em prazo certo, a argüição de inconstitucionalidade formulada por qualquer interessado. O nobre Dr. Procurador apreciou desde logo a representação, não para encaminhá-la, com parecer desfavorável, como lhe faculta o Regimento, mas para negar-lhe a tramitação marcada na lei e na nossa Carta Interna. Com isso, ele se substituiu ao Tribunal e declarou, ele próprio, a constitucionalidade do DI. 1.077-70. Essa é para mim uma realidade diante da qual não sei como fugir.

Veja-se que a importância conferida, do ponto de vista teórico, para o controle de demandas judiciais perante a Constituição foi locupletada, do ponto de vista prático, e na transposição desse sistema para o Brasil, por um monopólio do direito de questionar a constitucionalidade de lei, embargando o compromisso fundante do Estado Constitucional, que seria promoção das igualdades e das liberdades.

O Estado ora visitado como promotor de uma esfera pública plural, passava a ser confinado a círculos herméticos de produção de decisões, nos quais: (i) nem mesmo a liberdade de expressão em livros e periódicos foi permitida; e (ii) o único partido que podia se opor ao regime não tinha qualquer direito de questionar decreto-lei perante o STF. Em artigo publicado sobre o tema, no qual aborda a contribuição

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação (Rlc) 849, Relator Ministro Adalício Nogueira, DJ 10.3.1971.

do referido ministro para o questionamento do monopólio de ação do PGR, assim manifestou-se Gilmar Mendes⁶⁸:

Aqui se afigura inevitável reconhecer que a voz solitária de Aducto Lucio Cardoso no julgamento de 10 de março de 1971 é admirável. Preocupou-se, então, substancialmente, em garantir o exercício amplo da jurisdição da Corte em delicado momento da vida nacional, marcado por um cenário político bastante limitado. No caso, consignou de forma expressa sua não conformidade com solução que enfraquecia ainda mais as possibilidades de um jogo democrático já deficiente, em período da vida pública brasileira em que a oposição estava confiada a um único partido.

Nada obstante o cenário nacional de forte monopólio da vida política, uma vez que somente um partido de oposição fora autorizado a existir, para fazer face ao partido governista, não seria demais observar que, do ponto de vista processual, o controle abstrato tinha uma disciplina pouco clara, especialmente, inclusive, no que tange à esfera dos efeitos.

A EC 16/65 permanecia silente em relação a quais os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade pelo STF, ainda que em sede de exame abstrato. A falta de clareza sobre a matéria, aliada às circunstâncias autoritárias do período faziam com que o intérprete constitucional não pudesse atuar com independência, visto que a atribuição dos efeitos da inconstitucionalidade da lei, no modelo brasileiro, era tarefa reservada ao Senado Federal, cabendo a este – e somente a este – facultativamente, atribuir efeitos gerais, ampliativos às decisões do STF ⁶⁹.

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. O constituinte de 1934 introduziu a chamada *suspensão de execução da lei* [grifos no original] mediante intervenção do Senado Federal (art. 91, IV) com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Esse instituto foi incorporado à Constituição de 1946 (art. 64), à Constituição de 1967/69 (art. 42, VII)

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. In: Observatório Constitucional: A solitária voz de Aducto Lúcio Cardoso. Consultor Jurídico, 8 de novembro de 2014, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-08/observatorio-constitucional-solitaria-voz-adaucto-lucio-cardoso-processo-constitucional-brasileiro>.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 360.

e mantido na Constituição de 1988 (art. 52, X). Esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto.

Veja-se que, para além do regime de conveniências políticas que atraíam a implementação do controle abstrato de normas no Brasil, um outro ponto parece chamar-nos a atenção. É que a dicção adotada pela EC 16/65 jamais aboliu o sistema então vigente de controle incidental de normas, o que permite compreender que, desde o seu início, o controle abstrato deveria ser articulado a um outro sistema que já preexistia no Brasil e sobre o qual havia uma prática jurisdicional legada pelo menos desde a sua primeira constituição republicana, a de 1891.

Isso significa que, em nenhum momento, houve o legislador que fazer uma opção entre um outro sistema – o difuso – e o abstrato, mas tão somente formatá-los de modo a ‘caber’ perfeitamente dentro das estruturas brasileiras de produção de controle de constitucionalidade, muito marcadas, à época, pela tradição de tipo incidental. Para além disso, não conferia a referida emenda, e nem mesmo a legislação federal então vigente, qualquer observação acerca de um *gesetzkraft* da pronúncia de inconstitucionalidade *in abstracto*, conferindo-a, ao invés, inteiramente a uma das casas legislativas.

Sob essa ótica, volta-se à hipótese anteriormente levantada, da conveniência de um STF sob controle dos fins políticos – visto que a perspectiva de *enforcement* adviria do Senado Federal, e levanta-se a hipótese, ainda e principalmente que, o controle abstrato de normas foi trazido ao Brasil para ser *conformado* a *um tipo misto de controle* de constitucionalidade. Ou seja, não houve um pensamento de época voltado à implementação do tipo abstrato, de forma pura, mas numa *combinação* desse *tipo*, de forma a produzir um *sistema de tipo misto*.

Contudo, a respeito deste último ponto, ainda pode-se ir um pouco mais além. É que, se a EC 16 fora promulgada em 1965 e não encontrou-se na legislação processual então vigente, qualquer anotação acerca da eficácia do controle abstrato, merece melhor exame o regime jurídico positivado à época para que se analise o funcionamento do controle incidental de normas no tipo brasileiro⁷⁰, até a implementação do controle abstrato, e sua possível preponderância institucional

⁷⁰ Inclusive para que se aperceba sobre quais estruturas processuais históricas foi pensada a implantação do controle abstrato.

perante a este, visto que o controle abstrato de normas somente tardiamente adquiriu efeito vinculante ou *erga omnes*.

Fato importante, nesse sentido, é que, a respeito da declaração de inconstitucionalidade incidental à época da EC 16/65, não havia qualquer disposição legal, sob a ótica do processo civil, que regulamentasse a sua declaração. Não se encontra qualquer menção a um sistema de controle difuso, ou mesmo uma padronização dele no Código de Processo Civil de 1939, nem mesmo na legislação processual espaça, tendo o legislador da época tão somente definido, em seu artigo 319, *caput*, que:

Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.⁷¹

O silêncio na legislação incluía, como pode-se depreender, inclusive uma ordem de concessão ampla do mandado de segurança contra leis havidas por inconstitucional, sem explicar sequer como se daria essa aferição de inconstitucionalidade. Nada obstante, a norma processual obstava que fosse o remédio processual concedido contra ato de autoridades dos poderes executivos, excetuados os prefeitos municipais, chefes dos poderes executivos locais, e os secretários de Estado, que assistiam aos governadores ou interventores.

O vazio legislativo sobre a disciplina do procedimento incidental de arguição de inconstitucionalidade foi superado tão somente com a primeira regulamentação processual do tema, no bojo do Código de Processo Civil de 1973, por meio da Lei Federal 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Aquele diploma, a despeito de ser o primeiro a pacificar o tema, não incluía um rito ordinário e geral para que os órgãos fracionários avaliassem a constitucionalidade de normas.

Muito ao contrário, limitava-se a determinar que as arguições incidentais fossem levadas a turmas ou câmaras, de onde, caso fosse acolhida a alegação, deveria ser esta submetida ao órgão especial do respectivo tribunal, para julgamento. Sobre isso, confira-se⁷²:

⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, que estabelecia o Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De1608.htm

⁷² _____. Lei Federal 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218.

Art. 480. Argüida 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.

Art. 481. 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.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

Veja-se, ademais, que até aquele momento histórico, não havia qualquer recomendação de que estariam os tribunais fracionários, por quaisquer motivos, vinculados às decisões de mérito proferidas pelo próprio tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal⁷³, ou mesmo às decisões sobre as quais o Senado Federal, por meio de resolução, estendeu os efeitos *inter partes* do caso incidental, ou seja, não houve preocupação por parte do legislador de 1973 em estabelecer um *gesetzkraft* às decisões judiciais de mérito que analisavam, no STF, a procedência da alegação de inconstitucionalidade.

Para além disso, o sistema também parecia padecer de alguma instabilidade ao permitir que tribunais fracionários de diferentes Estados da federação pudessem dar interpretações diferentes a uma mesma norma federal, ou considerar válidas leis com conteúdo jurídico discrepante entre si. Ou seja, apesar do avanço em relação ao diploma processual anterior, o CPC/1973 era também silente em relação a vários temas pertinentes ao controle de constitucionalidade, à sua articulação interna, bem como em relação aos efeitos dos controles.

Por mais que alguns intérpretes informem que a decisão do Senado teria o condão de atribuir efeitos *erga omnes* às decisões do STF em ação de controle *inter partes* ou mesmo abstratas, o conceito de efeito vinculante e de efeito *erga omnes* permaneceu e permanece até os nossos dias tema sobre o qual a doutrina é majoritariamente silente, apesar de algumas respostas legislativas terem progressivamente surgido. Registre-se que, além disso, até os nossos dias, pouco buscou-se traduzir a respeito da natureza vinculante das decisões do tribunal

⁷³ O que veio a ocorrer somente algumas décadas depois, com a edição da Lei Federal 9.756, de 1998. Este diploma, dentre outras providências, incluiu parágrafo único no artigo 481 do CPC de 1973, para determinar que: “Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”.

constitucional, a partir das discussões travadas no léxico alemão, em seus autores mais clássicos como *Triepel* e *Klaus Schlaich*.

Além disso, não se encontra, ainda que após minuciosas pesquisas, análises acadêmicas aprofundadas sobre a matéria, ainda que nas melhores universidades nacionais. Esse fato pode estar relacionado à dificuldade que permanece até os nossos dias em definir como esses conceitos – de efeito vinculante e *erga omnes* – operam sobre o direito constitucional brasileiro e qual a sua gênese, seja na legislação nacional, seja na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional.

Contudo, em sua tese de doutorado apresentada à *Universität Münster* em 1990, Mendes defende que⁷⁴:

Somente em 1977 deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário da decisão proferida na representação interventiva, a pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes*. Essa orientação foi fixada em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal. Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e independia, portanto, de qualquer fundamento legal.

Desde então, não mais se coloca em dúvida, na doutrina, e na jurisprudência, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas. Uma alteração posterior do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deixou assente que apenas na hipótese de decisão proferida no controle incidental de normas (art. 178) estava a Corte obrigada a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade. A Lei n. 9.868, de 1999, consagrou expressamente a eficácia contra todos como uma qualidade da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade proferida na ação direta de inconstitucionalidade ou na ação declaratória de constitucionalidade (art. 28, parágrafo único).

Ou seja, somente doze anos após a implementação do controle abstrato de normas por meio da EC 16/65 é que o STF começou a reconhecer que suas decisões de declaração de inconstitucionalidade passariam a ter um tipo de eficácia antes não adotado e sem qualquer tipo de discricionariedade por parte do Senado Federal. Nesse sentido, não se reconhece, para efeitos do presente trabalho científico que o oferecimento de parecer por parte da Corte tenha sido a condição determinante para

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 360.

que Tribunal o tivesse feito. Ao contrário, entende-se a existência do parecer como um levantamento de um conjunto indiciário, mais do que uma explicação monocausal, inclusive pelo fato de que foi justamente o intervalo compreendido entre 1965 e 1977, que houve um recrudescimento da autonomia do STF, seja pela superação da Carta de 1946, seja pela superação da ulterior Carta de 1969, a Constituição da Ditadura.

Ambas essas cartas constitucionais permaneceram silentes em relação aos efeitos da declaração *in abstracto* da inconstitucionalidade de norma, bem como não romperam com o monopólio estrutural para interposição da ação direta, conferida ao PGR. Além disso, foi exatamente nesse período histórico que enfraquecido o poder dos senadores biônicos e dos ditadores, ventilava-se a ideia da Anistia ampla geral, e irrestrita, que veio a frutificar numa lei específica para tal fim⁷⁵ e a necessidade de que fosse convocada uma nova carta constitucional, desta vez democrática e com ampla participação da sociedade civil.

Nada obstante, o oferecimento do parecer por parte do STF e de uma articulação institucional que possibilitava com que a Corte Constitucional proferisse decisões com efeitos contra todos (*erga omnes*), a primeira lei formal disciplinando a matéria sobreveio muito posteriormente, no bojo da Lei Federal 9.868/1999. Até lá a única disposição infraconstitucional que permitia a conferência de *gesetzkraft* era oriunda senão de alterações feitas no próprio regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

Neste ponto, e diferentemente do que mostrou a experiência germânica, o STF, muito ao contrário do BVerfGE, passou a conferir força de lei (*gesetzkraft*) ao próprio Regimento Interno, cujas alterações deveriam ser, disciplina que permanece até os nossos dias, protegidas sob a reserva de iniciativa do próprio Tribunal. Foi por meio desse poder de editar lei formal a partir de alterações em seu regimento interno que o STF passou a adotar na prática, e baseado no princípio da legalidade, o efeito contra todos.

Já no caso do *Bundesverfassungsgericht*, tanto as ações constitucionais, quanto os demais procedimentos adotados no Tribunal são regidos por um regime estrito de direito público, por meio da *Bundesverfassungsgerichtsgesetze*⁷⁶, ou seja, uma lei formal, votada pelo Parlamento e com ampla participação dos demais órgãos

⁷⁵ Sobre o tema, confira-se a Lei Federal 6.683/1979.

⁷⁶ A Lei do Tribunal Constitucional Federal.

constitucionais, que pauta o poder decisório do órgão bem como os seus limites. Dessa maneira, pode-se perceber que o próprio Tribunal alemão não goza das mesmas prerrogativas do tribunal brasileiro, que sob outro tipo de tradição e de prática institucional, desenvolveu, entre nós, a sua *gesetzkraft*.

Um outro ponto que se nos parece merecer maior ênfase, nesse mesmo sentido, é a possibilidade de uma incursão histórica sobre a forma regimental e as alterações feitas no regimento interno do STF para perceber diferentes nuances de seus posicionamentos institucionais, o seu funcionamento interno, bem como uma provável análise desse tema à luz das teorias das experimentações institucionais.

Apesar disso, nem mesmo o conteúdo do Regimento Interno do STF, acompanhado pelas constituições de 1946 e 1969 procuraram combater o monopólio do PGR e, além dele, um outro fenômeno bastante usual à época, a existência de um reduzido número de ações constitucionais possíveis. O *sistema brasileiro de tipo misto* de controle não implementou ações constitucionais específicas, limitando-se tão somente, a admitir a existência de um único tipo de ação direta, de natureza ambivalente quanto à declaração de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o que determinava a Constituição de 1946, era tão somente que, no bojo da Reforma do Judiciário levada a cabo por meio da EC 16/65, e que fora precedida pelo Ato Institucional nº 2, deveria o Supremo Tribunal Federal julgar “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”⁷⁷.

Também em sentido símile, a Carta de 1969 adota dicção, no sentido de atribuir ao STF a competência para julgar, dentre outros, “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”⁷⁸. Foi por meio desta Carta Constitucional que conferiu-se amplos poderes ao Regimento Interno do STF, determinando, no artigo 120, parágrafo único da CF/1969, que o Tribunal deverá, no bojo do seu Regimento estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”, deixando de prever outras ações constitucionais específicas.

⁷⁷ BRASIL. Constituição de 1946. Art. 101, I, k.

⁷⁸ Idem, Constituição de 1969, Art. 119, I, l.

Noutro giro, veja-se que, é partir do que determinado por meio da EC 1/69, que veio a estabelecer, indiretamente, uma nova Constituição, que o STF passou a poder redigir, com base no próprio texto constitucional vigente, normas específicas para disciplinar o processo e rito de julgamento dos feitos sob sua jurisdição. Este fenômeno, em compulsando-se a teoria do controle abstrato, parece oportunamente novo. Não falava a doutrina acerca dessa possibilidade, o que não desmerece o ocorrido empírico, mas serve como uma hipótese indiciária do quadro normativo empírico que se desenvolveu sob nós.

Não por mera faculdade ou ocasião histórica, é verossímil perceber que o estágio de desenvolvimento do controle abstrato em nossa tradição, além de ser levada a efeito por meio de sucessivas reformas à Constituição, teve seu caminho aberto por meio dos atos institucionais 2 e 5, e foi levado a efeito sob profundas marcas do monopólio da ação do PGR. Além disso, foi sob este signo, que envolveu cassação, aposentadoria compulsória, nomeação de novos ministros e criação de nova turma no STF, que se desenvolveu, a partir da CF/1969, a ideia de um Tribunal de cúpula que, reformado, poderia passar a editar normas processuais para os feitos sob sua competência, por meio de seu Regimento Interno⁷⁹.

Por isso tornou-se possível que o Tribunal oferecesse, em Parecer datado do ano de 1977, portanto, somente 12 anos após e adição da EC 16/65, entendimento de que suas decisões são dotadas de um *gesetzkraft*, fundamentalmente vinculada “à natureza do processo” e independente de “qualquer fundamento legal”, em que pese a existência de uma reiterada prática institucional, em sentido diverso, correspondente ao período 1965-1977.

De fato, em edição do Regimento Interno do STF, publicado nos idos do ano de 1980, fazia a Corte constar, no artigo 179 daquele documento, que a comunicação ao Senado Federal deveria ser expressamente feita, após o trânsito em julgado da decisão que *incidentalmente* julgava inconstitucional uma norma, no bojo de um processo *subjetivo*, portanto. Note-se que os artigos seguintes do mesmo documento fazem menção direta ao rito de julgamento das ações constitucionais na Corte, determinando o seu procedimento, instrução, quórum, prazos e autoridades a serem

⁷⁹ O que faz levantar um evidente questionamento do *leit motif* de não submeter-se a definição dos ritos de ordem processual ao escrutínio do Parlamento da República, bem como à edição de lei formal.

chamadas para manifestação.⁸⁰ Em antítese, por sua vez, nada previa, àquela altura, o ordenamento processual vigente, seja no CPC/1973, seja na legislação processual espaça.

Também a posterior Carta Constitucional de 1988 reafirmou a competência do Tribunal Constitucional para apreciar “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”⁸¹. Contudo, foi no bojo dessa Carta que expungiu-se do ordenamento brasileiro o monopólio de ação do Procurador-Geral da República. Muito ao contrário de toda essa tradição que houvera sido implementada no Brasil, a CF/1988 trouxe um alargado rol de legitimados para a proposição *in abstracto* da ação direta. A partir dela também estariam legitimados a provocar a jurisdição constitucional o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e também membros da sociedade civil, como partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.⁸²

Além disso, a CF/1988 também trouxe a expressa possibilidade de concessão de medida cautelar em ADI, trazendo, ainda, disciplina alargada para o cabimento do mandado de injunção⁸³ e da reclamação constitucional⁸⁴, esta, com vistas a preservar a “competência” e a “garantia da autoridade” das decisões do Supremo Tribunal Federal, sem que se esqueça da expressa previsão de uma ação direta voltada a sanar inconstitucionalidade decorrente de omissão do Poder Público, a ADO⁸⁵.

Portanto, no período de vigência da CF/1988 bem como a edição da EC 3, de 17.3.1993, abandonou-se a perspectiva de existência de uma única ação de controle abstrato, passando o ordenamento a admitir, ao fim e ao cabo, quatro ações com esse perfil: a ação direta de inconstitucionalidade(ADI), a ação declaratória de constitucionalidade(ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão(ADO), bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental(ADPF).

⁸⁰ BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 27.10.1980. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf.

⁸¹ BRASIL. Constituição de 1988, art. 102, a, conforme redação trazida pela EC 03/1993. Esta, por sua vez, também introduziu no ordenamento brasileiro duas novas ações de controle abstrato: a Ação Direta de Constitucionalidade(ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental(ADPF).

⁸² Sobre o tema, confira-se: BRASIL. Constituição de 1988, art. 103.

⁸³ BRASIL. Constituição de 1988, Art. 105, I, h.

⁸⁴ BRASIL. Constituição de 1988, Art. 105, I, f.

⁸⁵ Idem, Art. 103, §2º.

Foi neste ambiente histórico de racionalização do Estado a partir de uma constituição democrática, que sobreveio a primeira legislação processual ordinária a regulamentar o processo e julgamento das ações de controle de constitucionalidade *in abstracto* no Supremo Tribunal Federal, disciplina antes conferida exclusivamente ao Regimento Interno do STF, como visto ⁸⁶. Por meio das Leis Federais 9.868/1999 e 9.882/1999, portanto, onze anos após a vigência da novel constituição, o legislador passou a delimitar formalmente o rito de julgamento das ações na legislação processual, fornecendo suas balizas.

Foi também obra da Carta Constitucional de 1988 restabelecer o quórum de 11 ministros da Suprema Corte, disciplina então presente nas Constituições Brasileiras de 1934, 1937 e 1946, e alterado por meio do Ato Institucional nº 2, de 1965. Além disso, ao contrário da Constituição de 1967, a Constituição Cidadã de 1988, por sua vez, não trouxe qualquer delimitação sobre o funcionamento interno do Tribunal, deixando que este deliberasse sobre seu funcionamento interno e sua respectiva divisão em câmaras.

Contudo, apesar dessa margem institucional de liberdade que órgão adquire com o novo texto constitucional, é importante salientar que o se raciocínio do constituinte foi, por um lado, conferir autonomia ao STF, por outro, trouxe um viés de racionalização democrática intra-institucional, cujos efeitos são levados a cabo por uma abertura em relação ao número de legitimados, bem como democratização de seu acesso, inclusive interno, na burocracia estatal.

Tendo isso em conta, tanto mais o Supremo Tribunal Federal seja preenchido internamente por estruturas burocráticas, cujas tendências sejam ‘centralistas’ e ‘particularistas’, envolvendo profunda comunhão individual entre irmãos, com associação interna fortemente marcada por vínculos de personalismo ou corporativismo, tanto mais seja a Corte hermética, e seu círculo seja fechado, tanto mais o seu acesso seja restrito, o poder de tomar decisão será tanto mais anti-constitucional e anti-democrático.

⁸⁶ Em que pese não trate especificamente do controle abstrato, há que se reconhecer algum avanço trazido ao sistema por meio da Lei Federal 9.756, de 1998. Este diploma, dentre outras providências, incluiu parágrafo único no artigo 481 do CPC de 1973, para determinar que: “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.”. Verifique-se que fez-se menção a este diploma na nota n. 72.

Isso porque a perspectiva de democratização interna, intra-institucional, oriunda da Constituição democrática foi pela ampliação dos legitimados e do acesso ao órgão, inclusive no que diz respeito aos seus cargos internos. Isso pode levantar uma hipótese de que todas as vezes que o STF fecha-se em círculos herméticos de comunhão entre irmãos, cujos vínculos se regem por associativismos símiles àqueloutros também encontrados em paróquias ou sindicatos, tanto mais torna-se, por conseqüência, o seu acesso restrito ou dificultado, afastando-se da constitucionalidade e da racionalização constitucional rogadas pela CF/88, portanto, tanto mais se tornar-se-á um órgão anti-constitucional.

Esse argumento se nos parece ainda pouco explorado pela doutrina nacional. A consciência coletiva, geral, tanto para as classes populares, quanto para a classe dos juristas letrados seria a de que, em termos médios, tudo aquilo que dimana do Tribunal Constitucional é necessariamente constitucional é necessariamente constitucional e de outro modo não poderia ser. Contudo, essa lei geral presente no imaginário coletivo pode ser convertido, mediante procedimento próprio, em objeto de investigação científica, a partir daquilo que ela realmente é: uma representação social.

Com efeito, parece haver, em nosso tempo, uma enorme dificuldade da classe dos juristas letrados em aceitar que uma prática anti-constitucional esteja abrigada no Tribunal Constitucional, ou que nele encontre abrigo a partir de práticas institucionais mais ou menos oficializadas. Essa dificuldade que o corpo de juristas possui, em admitir esse fenômeno, inclusive atrofiando outras possibilidades de investigação histórica acerca de eventual existência de anti-constitucionalismo legitimada – seja em tendências de ação de grupos, seja em práticas oficiais – nas estruturas do órgão máxime de controle constitucional.

Portanto, se a partir da CF/88 a racionalização da democratização é pela abertura do STF à chegada e participação de diversos agentes, isto é, por não permitir que círculos herméticos de associação dominem a burocracia interna de tomada de decisão, este mandamento, se frustrado, pode abrigar uma prática anti-constitucional, porque autoritária, excludente ⁸⁷ ⁸⁸.

⁸⁷ Note-se que no sistema de controle marcado por uma tradição ambivalente, no qual determinada prática é necessariamente inconstitucional se a arguição de inconstitucionalidade é julgada procedente, pode haver uma linha muito tênue entre aquilo que é constitucional e aquilo que é anti-constitucional.

⁸⁸ Contudo, dado o atrofiamento de maiores estudos sobre esse conceito no direito brasileiro, a afirmação aqui tem condão simplesmente de evidenciar algumas hipóteses vislumbráveis, levando em conta, inclusive, que não parece o Tribunal ter-se rebelado contra a EC 1/69; nem mesmo contra

Noutro giro, e voltando-se às questões processuais, as inovações neste campo levadas a efeito ou inspiradas na CF/88 têm melhor denominação a partir do que José dos Santos Carvalho Filho, em texto monográfico sobre o tema, convencionou chamar de ‘momento de abertura procedimental’⁸⁹. Foi neste contexto que, também por obra da mesma Carta, foi introduzida no direito brasileiro, norma – conhecida como *full bench* – a determinar que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgãos especiais poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei”⁹⁰.

Este dispositivo, jamais presente em quaisquer outros ordenamentos constitucionais anteriores teve por finalidade estabelecer um rito próprio aos julgamentos de declaração de inconstitucionalidade. Um de seus principais efeitos é que tornar-se-á nulo o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que parcial, “sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou Plenário”.⁹¹

Ou seja, a partir da CF/88 o procedimento para declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário, como é o caso dos juízes singulares, deveria ser embasado em anterior julgamento colegiado do órgão especial do respectivo tribunal. Do ponto de vista do controle abstrato, a disciplina também valeria, mas para abrigar norma de que poderia o STF julgar procedente uma arguição *in abstracto* se presente o quórum necessário para tal. Por certo, para além da perspectiva de fortalecimento das decisões colegiadas, há também a visão de que o posicionamento adotado por órgão fracionário ou turma de tribunal ou do Plenário do Supremo necessariamente orientaria para alguma direção, dando uma posição específica sobre um tema, e que deveria ser isso replicado, reproduzido, inclusive regionalmente, nos casos dos Tribunais dos Estados, em outras arguições de inconstitucionalidade, ainda que incidentais.

tecnologias jurídicas, como a prisão civil por dívidas do depositário infiel – esta redigida e levada a efeito pelo então Min. Moreira Alves; nem mesmo contra o monopólio da ação por parte do PGR.

⁸⁹ In: CARVALHO FILHO. José dos Santos. O controle difuso de constitucionalidade redefinido: *The new model of judicial review in Brazil*. Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Piauí, Teresina, v. 1, n. 2, jan/jul. 2014, pp. 239-259.

⁹⁰ Assim reza o teor do artigo 97 da Constituição de 1988: “Art. 97. 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.”

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 544.246, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15-5-2007, 1ª T, DJ de 8-6-2007.

Ou seja, arguida a inconstitucionalidade incidental de norma, deveria o juiz ⁹² singular perscrutar eventual decisão já existente dimanada de órgão colegiado superior, a fim de conformar a sua decisão ao caso concreto. N'alguma medida, a decisão firmada em recurso extraordinário ou em arguição incidental de inconstitucionalidade nos tribunais de piso já teriam uma orientação emanada da instância mais superior. Essa orientação firmada em tipo não-abstrato teria contorno mais abrangente, como pode-se notar, mais generalizada, portanto, mais *geral* sobre determinado tema.

Contudo, somente posteriores alterações legais, implementadas tanto na Constituição Federal, quanto na legislação, quanto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal vieram a, ao fim e ao cabo, fornecer melhores bases empíricas e estruturas jurídicas mais específicas, úteis à compreensão da penetração das prescrições teóricas sobre o modelo tipológico de controle de constitucionalidade no tipo brasileiro que efetivamente desenvolveu-se entre nós. A partir dessa novel e ulterior disciplina poder-se-á examinar melhor a existência e delimitação de um conceito de *efeito geral* no ordenamento brasileiro, a partir daquilo que a prática desse conceito informou dentro do nosso sistema de controle de constitucionalidade.

Nessa linha, intensos debates têm marcado o Brasil desde que implementou-se, também sob um contexto de reforma do Poder Judiciário – tal qual fez-se em relação à EC 16/65 – a Emenda Constitucional 45/2004. Dentre outras providências, aquele diploma introduziu duas substanciais prescrições: (i) passou a exigir formalmente que o recurso extraordinário submetido à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal demonstre, através de uma preliminar específica de cabimento processual, a repercussão geral da questão constitucional tratada e; (ii) determinou, pela primeira vez em todo o nosso ordenamento pátrio, que as decisões definitivas de mérito da ADI e da ADC terão eficácia vinculante e *erga omnes*., incluindo esta disciplina definitivamente no rol do art. 103-B.

Note-se que, desde 1965, a esta é a primeira legislação formal que atribui efeito vinculante e *erga omnes* aos pronunciamentos do Plenário do STF, em sede das

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “A norma inscrita no art. 97 da Carta Federal, porque exclusivamente dirigida aos órgãos colegiados do Poder Judiciário, não se aplica aos magistrados singulares quando no exercício da jurisdição constitucional (RT 554/253).” In: HC 69.921, rel. min. Celso de Mello, j. 9-2-1993, 1ª T, DJ de 26-3-1993.

ações em controle abstrato de constitucionalidade ⁹³. No entanto, após a entrada em vigor da referida Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal emendou, por algumas vezes o seu regimento interno que, como sabido, possui *gesetzkraft*, ainda como herança da Constituição de 1969, no sentido de incrementar a disciplina do recurso extraordinário e do seu regime de julgamento – o que, neste ponto, também guarda similitude com a experiência histórica que se desenvolveu sob a EC 16/65.

A partir das alterações introduzidas pelas emendas regimentais do STF ⁹⁴ houve uma alteração na conformação de forças que até então resguardavam o *tipo misto de controle de constitucionalidade*, podendo-se dizer, sem embargo, que os recursos incidentais que chegavam à Corte tiveram um novo sistema de julgamento no qual poderia o relator encaminhar “os autos [do recurso extraordinário] ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada pelo STF em sede de julgamento de recurso extraordinário nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil” ⁹⁵.

Além disso, o regimento interno da Corte também passou a prever que seriam julgados tão somente aqueles recursos extraordinários, cuja preliminar *transcenda* o interesse das partes, isto é, se “considerada a existência” ⁹⁶ de questões minimamente relevantes “do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” ⁹⁷, que “ultrapassem os interesses subjetivos das partes” ⁹⁸. Essa exigência, conforme dispõe o texto normativo, autorizaria o relator a recusar “recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão *geral*” ⁹⁹, bem como aqueles outros

⁹³ Visto que disciplina símile fora conferida à pronúncia de inconstitucionalidade *in abstracto* a partir de consulta formulada ao STF pelo Senado Federal e informou uma alteração no Regimento Interno da Corte nos idos de 1979, como analisamos anteriormente.

⁹⁴ Foram dez as Emendas Regimentais implementadas pelo STF a tratar do sistema de julgamento do controle difuso: 21/2007, 22/2007, 23/2008, 24/2008, 27/2008, 29/2009, 41/2010, 42/2010, 47/2012, 49/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=regulamentacao>. Acesso em: 22.4.2019.

⁹⁵ Isso porque a Lei Federal 11.418/2006, apesar de fornecer alguma disciplina sobre o tema, em seu artigo 543-B, conferiu ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a atribuição de melhor delimitar o sistema de julgamento da Repercussão Geral.

⁹⁶ Retirado do art. 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, introduzido pela Emenda Regimental 21/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=regulamentacao>. Acesso em: 22.4.2019.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Artigo 327, *caput*, do Regimento Interno do STF, introduzido pela Emenda Regimental 21/2007.

cujo teor “carecer de repercussão *geral*”¹⁰⁰ e, outrossim, determinar o sobrestamento de controvérsias idênticas em todo o território nacional.¹⁰¹

A aplicação da decisão que vincula o caso concreto à RG passou a ser entendida como despacho de mero expediente – por definição, irrecorrível – a impedir que as partes litigantes possam interpor qualquer recurso adicional junto ao STF. Além disso, devem os autos, após a vinculação, retornarem aos tribunais de piso para que estes conformem o caso examinado ao decidido pelo Plenário da Corte no tema específico, ainda que em sede de recurso extraordinário.

Alguns expertos sobre a temática, ao examinarem as prescrições introduzidas pela EC 45/2004, passaram a verificar que sua implementação possibilitava um efeito expansivo do controle incidental impactando incrivelmente as relações e a estabilidade dentro da tradicional *conformação de tipo misto*, implantada desde a EC 16/65 e mantida por todas as Cartas Constitucionais seguintes.

Essas alterações, introduziram uma transformação fundamental no *sistema de tipo misto*, possibilitando que exista concomitantemente ao controle abstrato de constitucionalidade de normas, fundado no direito brasileiro pela EC 16/65 e cuja racionalização atingiu ápice com a possibilidade de quatro tipos de ações constitucionais específicas, uma sistemática de julgamentos que teria abrigo junto ao próprio STF, seria pelo seu Plenário julgada, e disciplinaria o trâmite e procedimento dos recursos extraordinários, isto é das alegações de inconstitucionalidade aparentemente incidentais que chegavam à Corte. Nessa nova sistemática, colhe-se o paradigma representante de controvérsia judicial repetitiva ou relevante, atendendo aos requisitos de *transcendência dos motivos subjetivos*, e julga-se o seu mérito, em Plenário, com o fito de *fixar-se tese de caráter irrecorrível*.

Ao fazê-lo, ficam os tribunais fracionários incumbidos de replicar a tese ao qual deu-se a alcunha de *paradigmática* aos recursos extraordinários cujo trâmite foi sobrestado por discutirem matéria idêntica, dizendo-se sobrestados pelo mesmo tema, podendo, ainda, a turma que proferiu a decisão na origem retratar-se ou estabelecer um *distinguish* entre o paradigma julgado pelo Supremo e o processo em análise – muito embora esta última seja mais rara, na prática.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Esta última determinada a partir de disposição do artigo 1.035, §5º, do CPC/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23.4.2019.

A sistemática da Repercussão Geral, segundo a dicção trazida pela EC 45/2004, passa a ser acionada quando vincula-se o recurso extraordinário a um de seus temas específicos, seja na admissibilidade do RE, ainda nos tribunais de piso, seja quando o recurso passa efetivamente a ser vinculado por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, seja ele o seu relator (juiz natural), ou o presidente da Corte, que pode as suas vezes o fazer.

Portanto, e levando em conta o que fora aqui elencado, para efeitos deste estudo tipológico, dividir-se-á, a experiência empírico-histórica brasileira do controle abstrato de normas com seu maior ou menor afastamento do que prescrevia o tipo ideal constante da doutrina que originou a fórmula abstrata de controle, em quatro diferentes subtipos, agrupando-os conforme suas características, sem levar em conta eventuais tendências internas de mudanças ou instabilidade que pudessem ou não prevalecer, mas a expressão de formas específicas que se aglutinaram e possibilitaram uma determinada correlação de forças, a conformar uma prática institucional com características específicas e regidas pela mesma natureza jurídica.

Esses subtipos facilitarão a compreensão da experiência brasileira de controle abstrato de normas em etapas progressivas e não necessariamente sucessivas, históricas, gerais e não mutuamente causais, não determinantes, não etapistas, mas agrupadas segundo uma especificidade interna que orientava a sua existência no mundo jurídico-social brasileiro.

Com efeito, pode-se verificar que **uma primeira fase** do controle abstrato de normas no Direito brasileiro compreende a fase de 1965, com a edição da Emenda Constitucional nº16. Esta primeira fase pode ser melhor compreendida a partir de forte tensão institucional, jurídica e social. Nela, um ano antes da implementação do controle abstrato, a partir do Ato Institucional nº 2 determinou-se uma elevação do número de Ministros do STF para 16, bem como determinou a criação de uma nova turma para os julgamentos dos feitos da sob competência da Corte.

No plano político, este mesmo diploma determinou o bipartidarismo no país, colocando outros partidos na ilegalidade e admitindo somente um partido na oposição ao governo ditador. Como que num bolo de noiva, no qual, divide-se em camadas, pode-se arguir que a EC 16/65 fora uma das camadas, dentre as quais está o Ato Institucional nº 2. É que o período fora marcado por forte perseguição à oposição,

inclusive com um sem número de crimes perpetrados por agentes do Estado, cujos nomes e práticas ainda hoje permanecem sequer investigados.

Foi também nesse mesmo período e tão somente alguns dias após o golpe de Estado que assolou a democracia no país que determinou-se a cassação e expulsão de reitores, inclusive o Prof. Dr. Anísio Teixeira, então reitor da Universidade de Brasília(UnB), iniciando uma política institucional severa de torturas contra profissionais liberais de imprensa, estudantes, artistas; implementando verdadeiras cruzadas contra a liberdade de pensamento e de produção acadêmica e; ainda, impondo severas restrições a direitos e garantias fundamentais, o que ficou ainda mais evidente com a edição do Ato Institucional nº 5, por parte do General Artur da Costa e Silva, em 13 de dezembro de 1968, que, dentre outras providências, também aposentou compulsoriamente vários ministros do STF e cassou as liberdades fundamentais previstas na legislação constitucional e correlata.

Esse período também ficou marcado pela existência de uma única ação constitucional abstrata possível, a ação direta de inconstitucionalidade, cuja arguição era oficialmente monopolizada pelo Procurador-Geral da República. A jurisprudência do período informou que severas práticas de perseguição à oposição eram legitimadas por entendimentos validados pela Corte Constitucional, seja em sede de reclamação, como evidenciado, seja no caso das intervenções federais. Além disso, a extensão dos efeitos do controle de constitucionalidade era atribuição do Senado Federal, a quem incumbiria, a partir de um juízo político pronunciar-se ou não sobre o tema, sendo ainda discricionário quando poderia fazê-lo.

Sobre esse aspecto, não se reconhecia qualquer vinculação do Senado Federal ao exame de inconstitucionalidade proferido pelo STF, o que demonstra, mais uma vez, o pouco grau de autonomia institucional da Corte àquela altura, já que sequer seria possível diferenciar-se em termos de eficácia uma decisão de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato daqueloutra oriunda do controle difuso, uma vez que neste segundo caso haveria uma declaração incidental, seus efeitos se restringiam às partes litigantes, formando-se coisa julgada em relação a questões específicas do processo, como pagamento de pecúnia ou reparação de danos de natureza cível.

Ao mesmo tempo, a declaração de inconstitucionalidade em sede de exame abstrato dependeria do condão político do Senado Federal para ter vigência própria,

deixando o julgado de possuir força de decisão judicial, até que ocorresse o Senado para fazê-lo. Ou seja, teria muito mais efeitos práticos uma decisão oriunda de recurso extraordinário do que do controle abstrato, inclusive por serem imediatos. À luz disso, verifique-se que, possivelmente, nessa primeira fase de convivência institucional do controle abstrato e *de conformação a um tipo misto*, provavelmente tenha preponderado o tipo incidental.

Nesse sentido, veja-se que a implementação do controle abstrato no Brasil não foi acompanhada por uma racionalização interna das estruturas do Estado, do campo da política ou da própria democracia, de modo a dar abrigo à teoria constitucional, marcadamente de origem germânica, que originou um tipo abstrato de controle, por meio de uma forma inovadora, inédita e particular de *judicial review*.

A **segunda fase** do controle abstrato de normas pode ser averiguada no período compreendido entre 1977-1988. Este período pode ser assim dividido por marcar uma busca institucional do Supremo Tribunal Federal por maior autonomização e independência de suas decisões. Foi nessa época que a Corte valeu-se da força de lei do seu regimento interno, fruto de alteração trazida pela Constituição de 1969, para reconhecer o *gesetzkraft* de suas próprias decisões em análise *in abstracto* de alegação de inconstitucionalidade. Com isso, a Corte buscava dar respostas mais jurídicas às suas decisões, impedindo ou restringindo que o escrutínio político do Senado Federal pudesse estender discricionariamente os efeitos de suas decisões em controle abstrato.

Contudo, nesse período ainda permaneceu o monopólio da ação constitucional por parte do PGR, bem como a existência de uma única ação constitucional, a ADI. Além disso, tornou-se central, no plano social, a Lei de Anistia, que veio a ser um dos maiores símbolos do enfraquecimento do governo autoritário, ainda que progressivo.

A **terceira fase ou subtipo** refere-se ao período inaugurado pela Constituição de 1988 e vai até o contexto da EC 45/04. Foi nesse período que ampliou-se consideravelmente o leque de ações constitucionais disponíveis – numa clara sofisticação do aparato instrumental-processual, implantando, ainda, disciplina específica para processo e julgamento dessas ações no STF. Esse período de abertura propiciou a formulação de novas políticas de Estado, visando a integração dos entes federados, a revogação de leis e estatutos incompatíveis com a Constituição denominada ‘Cidadã’, a racionalização da burocracia estatal, a democratização do

Supremo Tribunal Federal, a indenização às vítimas da Ditadura Militar, a legitimação de diversas camadas, segmentos, grupos políticos, partidos, governadores, bem como de várias entidades da sociedade civil organizada a provocar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Nesse período, outras medidas importantes foram trazidas como a cláusula do *full bench* ou cláusula de reserva de plenário, a modulação dos efeitos prevista no artigo 27 da Lei Federal 9.868/99, a possibilidade de audiências públicas na jurisdição constitucional, a instituição da Ação Direta de Constitucionalidade, por meio da EC 03/93, para elencar somente algumas dentre várias conquistas e outros avanços jurídicos e sociais.

A **quarta fase ou subtipo** corresponde ao período inaugurado pela vigência da EC 45/04. Tal como apresentamos, este diploma passou a exigir uma preliminar fundamentada de transcendência dos motivos subjetivos em recurso extraordinário. Em seguida, determina que colher-se-à um recurso paradigmático por meio do qual o Tribunal Constitucional, em sessão de julgamento no Tribunal Pleno proferirá uma tese, cujo efeito será a replicação de seu entendimento aos demais casos sobrestados. A essa tecnologia jurídica denominou-se Repercussão Geral.

Isso ocorre num período no qual parecia ter-se verificado uma aparente estabilidade das formas na jurisdição tradicional, no qual, numa conformação do sistema de tipo misto, o controle abstrato havia encontrado uma completa independência em relação ao Senado Federal, o STF passou a ter reconhecido monopólio jurídico sobre suas decisões, bem como toda a legislação constitucional e procedimental parecia haver convergido em direção a reconhecer que seriam as decisões '*em sede de controle abstrato*' dotadas de 'efeito vinculante' e '*erga omnes*', o que passou a ser não somente positivado, mas constitucionalizado, a teor do §2º do artigo 102, da CF/88, introduzido pela EC 45/04 ¹⁰².

Contudo, a mesma emenda também disciplinou, logo no seu parágrafo seguinte – o Art. 102, §3º, da CF/88, a exigência de cláusula de repercussão geral nos recursos extraordinários. Essa norma fora acompanhada de uma série de alterações no Regimento Interno do STF, propiciando diversas experimentações institucionais sobre o tema, à luz da força de lei daquele Regimento, bem como na tradição herdada desde

¹⁰² Que, tal qual a EC 16/65, também tinha a proposta de uma reforma do Poder Judiciário.

a EC 1/69 ¹⁰³, o que pode ter causado severos impactos na *conformação de tipo misto* até então adotado desde o subtipo anterior.

A delimitação de um quarto subtipo ou quarta fase do controle abstrato carece de algumas peculiaridades não constatadas nos subtipos anteriores. É que o exame legislativo da Constituição vigente e da legislação processual, ainda que espaça, não possibilitam, de *per se*, a leitura do quadro jurídico-institucional surgido em transformações procedimentais. Para compreender racionalmente a nova fase é preciso uma sofisticação dos métodos analíticos, tendendo a analisar aplicações práticas, empíricas das prescrições legislativas, especialmente por meio de situações jurídicas formadas por esse novo quadro, bem como a formação de um tipo decorrente de jurisprudência, a que logrou-se a tentativa de conformação do *sistema de tipo misto* e de suas formas, a partir e com gênese no desenvolvimento de uma experiência histórica com o controle abstrato de normas. Acerca desse tema, dedicar-se-á o capítulo seguinte do presente trabalho.

¹⁰³ Que mandava a Corte regulamentar em seu Regimento o rito de processo e julgamento dos feitos sob sua competência.

5. DA 'LEGALIDADE INTERNA PRÓPRIA' (*INNERGESETZELICHKEIT*) DO CONTROLE ABSTRATO BRASILEIRO A PARTIR DO SUB-TIPO INAUGURADO PELA EC 45/04

No capítulo anterior, foi possível, a partir da análise de determinadas condições e possibilidades históricas, fracionar a ocorrência tipológica do controle abstrato na experiência brasileira em quatro diferentes fases ou subtipos, marcados por eventos jurídico-normativo-históricos específicos, correlatos e sequenciais, embora não etapistas.

De certo, a CF/1988 trouxe como premissa fundamental a racionalização das estruturas de controle de constitucionalidade. Foi sob a sua égide que surgiram os primeiros dispositivos a regulamentar em lei formal ou na própria Constituição o processo e julgamento dos feitos nos quais questiona-se a constitucionalidade de normas, como é o caso da Lei Federal 9.869/99 e 9.882/99, bem como a cláusula de reserva de plenário. Foi também sob a égide dessa Constituição que surgiram mais três novos tipos de ação de controle concentrado de perfil objetivo, e que ampliou-se significativamente o número de legitimados a propor a ação direta, suplantando a tradição brasileira até então em vigor, de monopólio da ação do Procurador-Geral.

Foi também nesta fase, que o Supremo Tribunal Federal ganhou autonomia máxima acerca de sua jurisdição, seja pelo incremento dos novos remédios processuais de feição objetiva, pelo incremento de suas competências e atribuições, mas também pela sua completa independência em relação ao Senado Federal, seja para dar publicidade aos seus julgados, seja para conferir efeitos expansíveis às suas decisões.

Importante recordar, por outro lado, que foi sob o signo da EC 16/65, e no contexto de uma ampla reforma do Poder Judiciário, que implantou-se a partir de características históricas, políticas e processuais específicas o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. Desde então, a racionalização do tipo abstrato progrediu na vida nacional e foi ganhando ao longo do tempo diferentes contornos.

A EC 16/65 provocou uma alteração bastante substancial, se levados em conta os aspectos históricos, trazendo um novo padrão de controle de constitucionalidade e dispondo sobre diversas medidas acerca da organização e funcionamento e da estrutura interna do Estado. Ela foi, portanto, uma inovação às mentalidades de época

e representava o surgimento de uma grande novidade jurídica. Somente a partir dela é que importantes alterações no Regimento Interno do STF puderam advir no final da década de 1970, reconhecendo efeitos gerais e força de lei às decisões da Corte.

Nada obstante, ao longo da evolução jurisdicional do controle abstrato de normas no Brasil nenhuma outra Emenda à Constituição, dentre as promulgadas, aproximou-se tanto da EC 16/65 quanto a EC 45/04. Esta última, também em um contexto de reforma das estruturas internas do Poder Judiciário e da racionalização procedimental do Estado, determinou que os recursos extraordinários submetidos à Corte Constitucional tenham uma preliminar formal e fundamentada que levem o seu julgamento a ter uma Repercussão Geral.

Diferentes emendas regimentais ao Regimento Interno do STF – que é fonte de norma processual, com mostramos – possibilitaram, no final da década de 1970, uma maior racionalização do processo e julgamento do controle abstrato de normas no Direito Brasileiro, sofisticando o seu rito de processo, julgamento e sofisticando as suas formas. Contudo, foi também por meio de diversas reformas no regimento interno daquela Corte que incrementou-se e racionalizou-se uma prática institucional inovadora à mentalidade de época, senão pela já anterior experiência do efeito vinculante e do efeito *erga omnes* em termos de evolução histórica: a Repercussão Geral.

Uma vez que, por meio da EC 45/04, os recursos extraordinários – oriundos do controle incidental, devem se ajustar a uma necessidade de efeitos expansíveis ou gerais, a questão dos efeitos passa a ter uma nova interpretação. É que o referido diploma reconheceu que a decisão proferida em sede de controle abstrato teria necessariamente efeitos *erga omnes* e vinculante, inclusive constitucionalizando essa determinação. Nada obstante, tão logo o RE passe a ter um efeito automaticamente replicado – como no caso dos paradigmas e dos processos sobrestados – esses efeitos passam a ser emprestados, nalguma medida, ao recurso extraordinário, o que leva a interpretar a que o efeito *erga omnes* e vinculante de que tratou a EC 45/04 teria sido meramente um rol explicativo.

Veja-se que poucos anos após a vigência da referida emenda, e no contexto das experimentações regimentais da Repercussão Geral, a Corte passava a reconhecer que¹⁰⁴:

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova interpretação 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.

Ou seja, a EC 45/04, ao promover uma racionalização do sistema de tipo abstrato acabou por gerar um novo tipo de prática, inspirado nos efeitos do controle abstrato, o efeito vinculante e *erga omnes*, para, no bojo de recursos incidentais, típicos do controle difuso, proferir decisões de perfil concentrado. Essa transformação em termos de efeitos, na aplicação do dia-a-dia da Corte possibilitou que surgisse um tipo específico de controle abstrato, reunindo características do controle alemão, mas marcado profundamente pela experiência constitucional nacional brasileira.

Com efeito, a Repercussão Geral¹⁰⁵ possibilitou não uma transferência dos efeitos gerais e vinculantes para o controle incidental, mas pariu uma forma, um tipo brasileiro de sistema de controle de constitucionalidade. Ele é oriundo do desenvolvimento tipológico do modelo alemão, reclama a eficácia dele advinda, mas

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.334. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22.10.2014, p. 42.

¹⁰⁵ Para efeitos deste trabalho, foi a experiência constitucional-processual legada aos Tribunais brasileiros por meio deste instituto de objetivação dos recursos denominado Repercussão Geral que possibilitou-se experiências prévias de sobrestamento de recursos e replicação de teses paradigmáticas no Processo Civil. Essas experiências históricas foram incorporadas ao Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, cujo teor observa fórmulas prescritivas de estabilização de entendimento, replicação de decisões e sobrestamento de controvérsias símiles, por meio de institutos processuais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os Recursos Repetitivos. Também foi no bojo desse novel diploma processual que se começou a discutir uma expansão do cabimento da reclamação constitucional, para outras searas e tribunais do país. Com efeito, não há de convir-se que estes institutos, previstos em um Código batizado no meio jurídico com o nome de um dos ministros da Suprema Corte, não possua, com a experiência daquela Corte, qualquer aproximação ou diálogo histórico.

não o contém e por ele não é contido. É autônomo em relação a ele, muito embora se lhe assemelhe e nele encontre inspiração.

Mas é marcadamente brasileiro, desde a concepção, e implementação, porque ligado umbilicalmente à racionalização que se desenvolveu em nosso país. Uma das maiores provas dessa autonomia em relação ao sistema abstrato é a possibilidade que um paradigma da Repercussão Geral seja julgado concomitante ou posteriormente ao controle abstrato, ainda que versando sobre tema idêntico, deslocando o eixo de eficácia *erga omnes* e vinculante para o controle incidental, como examinaremos a seguir.

Voltando-se ao acórdão exarado no bojo da Reclamação 4.334, supracitado, observe-se que¹⁰⁶:

Esse entendimento [de atribuição de efeitos gerias no bojo do controle incidental] marca uma **evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro**, que passa a **equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto**. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, **permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.**

[...]

É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no controle abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar.

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. **Nesse contexto assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma.** Tal como observado, essa decisão acaba por conferir **uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo de um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no controle incidental.** Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou **ao Relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos**

¹⁰⁶ Idem, p. 22 - 43.

extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º, a).

A partir desse acórdão, o STF indiretamente oficializou em sua jurisprudência¹⁰⁷ a possibilidade de que já falavam alguns juristas alemães de que a racionalização do tipo abstrato de controle teria como tendência geral a abstrativização das formas e procedimentos de controle, e que esse modelo teria o condão de se impor a demais formas de controle dada a natureza essencialmente abstrata de toda e qualquer declaração de inconstitucionalidade. Em seu *Das Bundesverfassungsgericht*, Klaus Schlaich defende que¹⁰⁸:

Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade. O controle concreto de normas tem uma origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão como pressuposto de admissibilidade. O controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer evento do cotidiano. Schlaich ressalta a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as consequências jurídicas são verdadeiramente abstratos, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo Tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, consequências jurídicas idênticas.

Isso significa que, em linhas gerais, para Schlaich, além de toda decisão manifestar-se abstratamente, a única diferença razoável entre o controle abstrato e o incidental seria o requisito de admissibilidade da questão constitucional controversa, uma vez que os efeitos seriam aqueles mesmos do modelo concentrado. Ainda em relação à teoria acerca dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, o debate, por sua vez, acerca dos efeitos dimanados dos julgamentos do BVerfGE¹⁰⁹, chegou ao ponto de discutir, como mostrou-se no capítulo 1, inclusive um status de emenda

¹⁰⁷ Este entendimento também está a ser seguido em outros casos. Veja-se o que diz, por exemplo, o Informativo 886, do Plenário daquela Corte, “A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que declara a inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle difuso já tem efeito vinculante e erga omnes” ADI 3.470 e 3.406, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 1.2.2019. Apesar de as referidas Ações Diretas ainda penderem de julgamento terminativo de mérito, é possível constatar que, inclusive oficialmente, o STF já tem reiterado o entendimento proferido no bojo da Reclamação 4334, supracitada. Também pendem de publicação alguns outros entendimentos, especialmente na Segunda Turma do Tribunal.

¹⁰⁸ SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, 3ª ed., Stellung Verfahren, Entscheidungen, Munique, C. H. Beck, 1994, p. 92 Apud MENDES, Gilmar. O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016 – (Série IDP), p. 1440.

¹⁰⁹ O Tribunal Constitucional Federal alemão.

à constituição à decisão de inconstitucionalidade (*Kraft eines verfassungsändernden Reichsgesetzes*). Isso ocorreu, sobretudo, com a finalidade de que o Tribunal constitucional não aprecie novamente questão já examinada, até como fonte de pacificação da questão controversa e de continuidade da vida da federação. Por isso é que, do ponto de vista teórico, deveria ser evitada a existência de julgamentos repetidos sobre a mesma matéria, oportunidade no qual asseverou-se que a decisão do Tribunal Constitucional já deveria ser a decisão final de mérito, não podendo caber reanálise. Sobre o tema, veja-se o excerto¹¹⁰:

A força de lei da decisão da Corte Constitucional que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão.

[...]

Se, todavia, se considera a força de lei, tal como a doutrina dominante, como instituto especial de controle de normas – e, por isso, como um instituto de índole processual -, não expressa esse conceito outra idéia senão a de que não pode o Tribunal, nu novo processo, proferir decisão discrepante da anteriormente proferida.

Convém registrar, a propósito, o pensamento de [Brun-Otto] Bryde:

[...] Todavia, se se contempla a fora de lei como instituto de coisa julgada específico para o controle de normas, então a vinculação *erga omnes* não significa uma convalidação de eventual inconstitucionalidade da lei confirmada, mas, tão somente, que essa questão já não mais poderá ser suscitada no processo constitucional.[...].

Essa perspectiva mostra-se relevante tão logo se admite que o controle incidental, especialmente por meio da Repercussão Geral, possui efeitos tomados de empréstimo do controle abstrato e que os efeitos do controle abstrato em geral prevalecem sobre aqueles outros de controle incidental. Assim, por que então continuaria sendo possível que mesmo após o julgamento de ação direta, julgue-se tema da Repercussão Geral sobre o mesmo tema? Ou ainda, o inverso? Isto sem que se nos pareça uma reanálise de tema idêntico, ou seja, de reavaliação de matéria constitucional já desenvolvida, formalmente já pacificada pelo Plenário do mesmo Tribunal Constitucional.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar. O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016 – (Série IDP), p. 1370.

A pergunta parece mesmo se impor, vez que não parece haver uma explicação, seja de origem doutrinária, seja de origem legislativa para a questão. Recuperando debate de época sobre o tema, continua Gilmar Mendes¹¹¹:

Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada inconstitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, Hans Brox a considera possível, desde que satisfeitos alguns pressupostos. É o que anota na seguinte passagem de seu ensaio sobre o tema: ' Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente, (recurso constitucional = verfassungsbeschwerde) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração.

A concepção acerca dos efeitos de controle de constitucionalidade já revelavam tendências gerais de aproximação entre o tipo abstrato e a feição de controle difusa, por meio da qual o aparato legal e procedimental que rege a declaração concentrada é expansível e se irradia para todo o tipo misto. Nesse sentido, a prescrição teórica pode ter se manifestado no constitucionalismo brasileiro, especialmente, por meio da Repercussão Geral, cuja implementação já é uma consequência da racionalização mais complexa do controle abstrato de normas no nosso Tribunal Constitucional.

Com efeito, é a prática institucional da RG o marco de inauguração de uma nova fase do controle abstrato no Brasil, sendo considerado o seu estudo uma condição necessária para a compreensão do sistema e para uma melhor localização da fase inaugurada pela EC 45/04, com suas peculiaridades, como uma fase específica e particular no constitucionalismo brasileiro.

¹¹¹ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016 – (Série IDP), p. 1372.

6 CONCLUSÃO

O controle abstrato de normas desenvolveu-se no bojo de uma tradição histórica específica. Foi em sua gênese que recebeu algumas das características mais marcantes como conhecemos hoje, tal como a natureza dos efeitos, a centralidade de uma Corte Constitucional ou mesmo a necessidade de legitimados para propor as ações constitucionais. Foi também nesse cenário histórico de unificação alemã que este sofisticado instituto jurídico ganhou o nome de abstrato, ele assim seria porque não conheceria uma causa singular inter-partes, mas geral, e poderia ser provocado mediante a existência de uma dúvida (*zweifel*) ou controvérsia relevante (*meinungsverschiedenheit*).

Ao longo do tempo, a própria Alemanha deslocou progressivamente a competência para julgamento destes feitos para um Tribunal Federal, especialmente voltado a essa finalidade, dando expressão à idéia de que esse novel tipo de controle deveria ser também denominado concentrado.

Esse desenvolvimento foi também relacionado a um ganho do Direito enquanto ciência autônoma, de maneira que um fenômeno jurídico deveria ser explicado tão somente por um outro fenômeno jurídico. Por isso, o Direito deveria ser fruto de uma produção hermética de normas interrelacionadas, interconectadas, dado que o fator de ligação entre elas seria uma conformação entre si, a partir de uma lógica interna de organização hierarquizada.

Para tanto, a teoria alemã esquadrinhou a necessidade de ações constitucionais específicas voltadas a cumprir um papel mais objetivo do que aqueles remédio processuais oriundos do processo civil. Isso porque o Direito era visto, do ponto de vista teórico, como uma fonte de integração e estabilização das forças do Estado. Por meio deste, poderia haver sentimento de ordem e garantia, vez que somente por meio da proteção abstrata poder-se-ia dar máxima vazão aos direitos e garantias fundamentais e à própria Constituição.

Nesta ótica, foi por meio do procedimento analítico dos tipos ideais, cuja gênese é também marcadamente alemã, que conseguiu-se aglutinar observações históricas de caráter tipológico, reunindo-as num esquema teórico abstrato e fruto da criação do pesquisador, para então, municiado de uma série de prescrições dar início a um procedimento comparativo com o controle abstrato desenvolvido no Brasil. Nesta

operação, levou-se em conta as particularidades do tipo empírico analisado, o controle constitucional brasileiro, procurando depreender dele as suas particularidades, isto é, as suas peculiaridades em relação ao tipo ideal.

Este método incorporado na tradição weberiana, forte nos estudos de Max Weber especialmente após seu contato com o famoso jurista Walter Jellineck demonstrou, na obra de Weber, eficácia quando o objetivo geral é compreender as particularidades do objeto e estudo em relação a uma incorporação de características do tipo ideal.

Empregando esse procedimento comparativo, e levando em conta as particularidades do cenário brasileiro, pôde-se depreender que o controle abstrato de normas no Brasil obedece a quatro diferentes momentos ou fases históricas. A primeira fase do controle abstrato no Brasil se refere ao seu transplante na estrutura constitucional local. Nessa primeira fase, o controle abstrato não assumiu as características previstas no tipo ideal no que se refere a recrudescimento da proteção aos direitos e garantias constitucionais, visto que, foi esse período uma fase de perseguição institucionalizada à opositores e criminalização das atividades políticas.

A implementação do controle abstrato no Brasil não representou um compromisso com a democracia. Muito ao contrário, foi por meio da centralização administrativa propiciada pela EC 16/65 que o controle abstrato serviu-se de elemento de perseguição partidária e proibição de circulação de informações, o que é reforçado pela existência de um monopólio de ação do Procurador-Geral da República e no fato de que somente o Senado Federal poderia dar efeitos gerais às decisões do STF. Portanto, essa primeira fase tem traços bastante expressivos e mostram qual a prática institucional que estava por detrás da adoção do controle abstrato no Direito brasileiro.

Foi também possível definir como uma nova fase ou subtipo do controle abstrato do Brasil aquela iniciada em 1977, quando o STF passou a reconhecer que poderia, ele próprio, dar efeitos gerais às suas decisões, retirando esse monopólio do Senado Federal. Essa segunda fase fica também marcada pela atribuição legada ao Tribunal Constitucional de editar normas processuais para o rito de julgamento dos feitos sob sua competência, a partir do que prescrevia a Constituição autoritária de 1969.

Delimitou-se, no presente estudo, uma terceira fase do controle abstrato, também comparando a realidade empírica em relação ao contexto tipológico-teórico

alemão. Essa terceira fase pode ser aferida a partir da promulgação da Constituição de 1988. É fruto dessa Carta o surgimento de mais três ações de perfil abstrato, a ruptura com a tradição de monopólio da ação constitucional por parte do Procurador-Geral, bem como o incremento da reclamação constitucional e do mandado de injunção, por meio do qual buscava-se fortalecer os direitos e garantias previstos aos cidadãos no novo regime político e democrático.

Ainda por meio do mesmo tipo de procedimento, delimitou-se uma quarta fase, iniciada com a edição da EC 45/04, especialmente com a implementação da Repercussão Geral. Foi a partir desse contexto que a tradição brasileira tem um revés e os efeitos *erga omnes* e vinculante passam a compor todo o sistema de controle de constitucionalidade, deixando existir somente residualmente o controle incidental, mas sem as suas características básicas.

Essa fase deve a sua gênese à forte tendência de implementação de institutos oriundos do controle concentrado na fase anterior, que restaram ao fim e ao cabo por possibilitar uma prática jurídica completamente nova para a tradição constitucional brasileira, mais sensível à execução dos direitos e garantias previstos na Constituição e o próprio espírito democrata de abertura institucional. Nesse contexto, o efeito vinculante e *erga omnes* foi expandido para os recursos extraordinários e, além disso, gradativamente abandonou-se, em termos processuais, a tradição de controle de constitucionalidade havida antes da chegada do perfil de controle abstrato, vez que a sofisticação e racionalização deste no sistema processual brasileiro faz com que o controle abstrato tenha seu aparato instrumental, inclusive sua eficácia expandida, restando na conformação de tipo misto brasileira, somente elementos residuais do controle difuso.

Neste processo, a Repercussão Geral tem papel central, por ter sido fruto de uma experiencição histórica brasileira e ser uma resposta do sistêmica a uma nova realidade nacional. Ela se desenvolve a partir da EC 45/04, cujas similitudes em relação à EC 16/65 foram apontadas e não se nos parecem traduzir meras coincidências institucionais, e também a partir de uma racionalização do controle abstrato, aproximando, mais do que todas as outras fases anteriores o tipo real do tipo ideal, sem que haja nisso uma relação de necessidade, mas tão somente uma relação, para efeito de método de estudo.

A Repercussão Geral foi fruto de inúmeras reformas regimentais ao Regimento Interno do STF, cujo status formal tem força de lei (*gesetzkraft*), desde que assim o autorizou a Constituição de 1969. Todos esses elementos foram úteis, no presente trabalho, para que se definisse a EC 45/04 como um marco no estudo do controle de constitucionalidade de normas no direito brasileiro.

Assim, a *Unmusikalität* a que se refere ao presente trabalho, expressão metafórica tomada de empréstimo de Weber, significou, como expôs-se no capítulo anterior, uma não-musicalidade, um ruído, desafinamento ou desvio em relação à execução de tons melodicamente dispostos. Essa *Unmusikalität* se refere à transposição do controle abstrato para o Brasil, especialmente no contexto político da EC 16/65 e as várias características que a teoria alemã teve no Brasil, com usos e características muito particulares de cada período, por isso mesmo a divisão em fases ou subtipos específicos. Além disso, essa idéia de desafinamento ou não-musicalidade acompanhou vários outros momentos da escrita, sempre de forma comparativa e não-pejorativa, e sempre buscando mostrar com fidelidade, tanto mais quanto se pôde, as particularidades da teoria do controle abstrato, bem como os traços que essa teoria adquire na implementação empírica, no contexto brasileiro.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOC, Marc. **Apologia da história ou o ofício de historiador**. Edição anotada por Étienne Bloch. Prefácio de Jacques Le Goff. Apresentação à edição brasileira: Lilia Moritz Schwarcz. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, que estabelecia o Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso: 23/09/2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso: 01/10/2019.

BRASIL, Constituição Federal de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso: 15/10/2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/08/2019.

_____. Lei Federal 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218. Acesso: 23/08/2019.

_____. Lei Federal 9.868/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 01/10/2019.

_____. Lei Federal 9.882/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso: 04/09/2019.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 27.10.1980. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_1980.pdf. Acesso em: 01/11/2019.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Emendas Regimentais 21/2007, 22/2007, 23/2008, 24/2008, 27/2008, 29/2009, 41/2010, 42/2010, 47/2012, 49/2014. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGer al&pagina=regulamentacao](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=regulamentacao). Acesso em: 22.4.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 69.921, rel. min. Celso de Mello, j. 9-2-1993, 1ª T, DJ de 26-3-1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.334. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação (Rlc) 849, Relator Ministro Adalício Nogueira, DJ 10.3.1971.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 544.246, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15-5-2007, 1ª T, DJ de 8-6-2007.

BRASIL. Mensagem do Presidente H. Castello Branco ao Congresso Nacional, em 12 de dezembro de 1966.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. O controle difuso de constitucionalidade redefinido: *The new model of judicial review in Brazil*. **Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil**, Secção Piauí, Teresina, v. 1, n. 2, jan/jul. pp. 239-259, 2014.

CONH, Gabriel. **Crítica e Resignação**: Max Weber e a teoria social – 2ª ed. atual. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIAS, Norbert. Sociogênese da diferença entre Kultur e Zivilisation no emprego alemão. In: ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizatório**. Volume 1: uma história dos costumes. Tradução: Ruy Jungmann. Revisão e apresentação: Renato Janine Ribeiro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2011.

HÄBERLE, Peter. Teoria da Constituição sem direito natural. Tradução de António Francisco de Sousa (FDUP) e de António Franco (FLUP). **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 12, n. 66, 2015, nov-dez 2015.

HABÈRLE, Peter. **La libertat fundamental em el Estado Constitucional**. Trad. espanhol Jüngen Saligmann e César Landa. Granada: Editorial Colmares, 2003.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução e notas de Gilmar Ferreira Mendes.

KELSEN, Hans. **O Estado como integração: um confronto de princípios**; Tradução de Plínio Fernandes Toledo. Coleção Direito e Justiça, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha, Coleção Direito e Justiça, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **O que é justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luis Carlos Borges – 3. Ed – São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil.

LÜHMANN, Niklas. La costituzione come aquisição evolutiva. In: ZAGREBELSKI, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: *Rechtsstaat* como referência semântica na memória de Weimar**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília(UnB), 2007.

MATA, Sérgio da. **A fascinação weberiana: as origens da obra de Max Weber** – 1. Ed. – Belo Horizonte: Fino Traço, 2013.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. Tradução e notas Nélio Schneider ; prólogo Herbert Marcuse]. Coleção Marx-Engels - São Paulo:Boitempo, 2011.

MENDES, Gilmar. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade da lei – “*Unverein barkitser Klärung*” – na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília: ano 30, n. 118, abr/jun 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: Observatório Constitucional: A solitária voz de Aداucto Lúcio Cardoso. Consultor Jurídico, 8 de Nov. de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-08/observatorio-constitucional-solitaria-voz-adaucto-lucio-cardoso-processo-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 20/10/2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 11 edição, Série IDP, São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTO, Maria Stela Grossi. **Política, ciência e cultura em Max Weber**. Maria Francisca Pinheiro Coelho, Lourdes Bandeira, Marilde Loiola de Menezes (organizadoras). – Brasília, Editora Universidade de Brasília: São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2000.

SELL, Carlos Eduardo. Racionalidade e racionalização em Max Weber. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS), Vol. 27, nº 79, Junho/2012.

SCHLUCHTER, Wolfgang. **Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber**; tradução: Roberto Leal Ferreira – São Paulo: Editora Unesp, 2011.

RINGER, Fritz K., 1934 – **O declínio dos mandarins alemães: a comunidade acadêmica alemã, 1890-1933** / Fritz K. Ringer; Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. Tradução, coordenação e revisão de Ricardo Campos. São Paulo: Ed. Saraiva – 100 Anos, 2015.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 4 ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília; São Paulo, Cultrix, 1983.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações** / Max Weber; Prefácio Manoel T. Berlinck; tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. Edição, São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**; tradução de Augustin Wernet; Introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg. – 5 ed. – São Paulo : Cortez; Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2016.