
O SISTEMA EUROPEU CONTINENTAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS SOB A ÓTICA COMPARATIVA COM O MODELO BRASILEIRO

*THE CONTINENTAL EUROPEAN CONSTITUCIONAL JURISDICTION
SYSTEM: GENERAL ASPECTS COMPARED TO THE BRAZILIAN MODEL*

Murilo Strätz

Advogado da União lotado na Procuradoria Regional da União da 2ª Região - RJ

Pós-graduado (lato sensu) em Direito Público pela UnB

*Mestre em “Teorias Jurídicas Contemporâneas”, na linha “Teorias da Decisão e
Desenhos Institucionais”, pela UFRJ.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O modelo predominante na Europa Continental e sua contribuição para a formação do constitucionalismo brasileiro; 3 A tendência de objetivação do controle difuso no Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho aborda, de modo sintético, os principais aspectos que caracterizam o controle de constitucionalidade de normas jurídicas exercido na Europa Continental, cuja maior parte dos países adota, com pequenas variações, o modelo austríaco / kelseniano, o qual se destaca pela previsão do controle concentrado, em contraposição ao controle difuso, que pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional. Considerando-se que o controle de constitucionalidade concentrado - que compreende os modelos austríaco e francês - é atribuído a um único órgão estatal e pode produzir efeitos erga omnes (contra todos), ao passo que o controle difuso é atribuído a todo e qualquer juiz e normalmente só produz efeitos entre as partes envolvidas no processo (inter partes), o artigo ora encetado busca traçar um paralelo entre os principais sistemas clássicos de controle (o austríaco, o francês e o estadunidense) e o modelo híbrido adotado no Brasil, bem como apontar as dificuldades que a importação incompleta de desenhos institucionais alienígenas e a inadvertida mescla de institutos constitucionais puros podem trazer à efetiva proteção do conteúdo da Carta de 1988 por parte dos operadores do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Sistemas Jurídicos. Direito Comparado. Europa Continental. Cortes Constitucionais. Decisões. Efeitos Jurídicos.

ABSTRACT: This paper approaches, in summary form, the main aspects of the constitutionality control exercised in Continental Europe, where most countries adopts, with minor variations, the Austrian / kelsenian model, which stands for the concentrated control, as opposed to diffuse control that can be exercised by any judge or court. Considering that the concentrated constitutionality control - which comprises the Austrian and French models - is assigned to a single state agency and can produce effects erga omnes (against all), while the diffuse control is assigned to any judge and takes effect only between the parties involved in the process (inter partes), the present article searches to draw a parallel between the main classical control systems (the Austrian, French and American) and the hybrid model adopted in Brazil, as well as pointing the difficulties that come from the incomplete import of alien institutional designs and the inadvertent mix of pure constitutional institutes to the effective protection of the content of the 1988 Constitution by operators of Law.

KEYWORDS: Constitutionality Control. Legal Systems. Comparative Law. Continental Europe. Constitutional Courts. Rulings. Legal Effects.

INTRODUÇÃO

Conforme se verá no decorrer deste artigo, o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade que agrega elementos extraídos dos três principais sistemas jurídicos clássicos, que são o francês, o norte-americano e o austríaco / kelseniano (que se difundiu por toda a Europa Continental e, por conseguinte, será objeto de estudo mais aprofundado no presente artigo).

O modelo europeu veio a influenciar mais decisivamente o sistema brasileiro a partir da introdução do controle abstrato de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65 na Constituição de 1946, quando o Brasil passou a conviver com os modelos difuso e concentrado, pois, até o ano de 1965, o sistema pátrio seguia eminentemente o modelo estadunidense de controle.

Até a entrada em vigor da referida Emenda, o Brasil adotava o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, segundo o qual a sindicabilidade das leis à luz da Constituição pode ser exercida por todos os juízes, e não apenas pela Suprema Corte.

Todavia, a adoção do modelo estadunidense deu-se de modo parcial e incompleto, porquanto deixaram nossos constituintes de importar a doutrina do *stare decisis*, a qual, sendo peça chave do controle difuso, torna vinculantes os pronunciamentos judiciais, máxime os exarados pela Suprema Corte. No Brasil tal doutrina da vinculação ao precedente não foi incorporada, de modo que qualquer órgão judiciário hierarquicamente inferior ao Supremo pode, por exemplo, continuar aplicando, em suas decisões, uma lei que o Plenário da mais alta Corte de Justiça do país declarou inconstitucional em sede de controle incidental.

Assim, como as decisões proferidas pelo STF não tinham efeitos vinculantes em relação aos demais Tribunais e juízos de primeira instância, qualquer destes poderiam decidir de modo diametralmente diverso do Supremo no que tange à interpretação da Constituição, ainda que coubesse ao STF, por expressa determinação constitucional, a guarda precípua da Carta Magna. Este foi, consoante se verá, um dos efeitos da primeira importação equivocada.

Já a segunda importação equivocada feita pelo constituinte brasileiro deu-se na introdução, também incompleta, que o Brasil fez do modelo europeu continental (kelseniano ou austríaco), no qual se inspirou para estabelecer uma jurisdição constitucional concentrada para julgamento das ações diretas inconstitucionalidade (ADI), ações diretas inconstitucionalidade por omissão (ADIO), arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC).

Nossos constituintes também se olvidaram, nesta segunda importação incompleta, de que, naquele modelo kelseniano, a Corte Constitucional tem o monopólio do controle jurisdicional de constitucionalidade, controle este que, diferentemente do que ocorre no Brasil, não pode ser exercido pelas instâncias judiciais ordinárias.

Tem-se, assim, um cenário nacional híbrido, em que, de um lado, seguindo-se o modelo americano, todos os juízes têm a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade (judicial review), mas não estão vinculados pelo precedente (pois não se adotou a doutrina do *stare decisis*), e em que, de outro lado, seguindo-se o modelo europeu continental, existe um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, porém sem que as decisões do Supremo Tribunal Federal gozem de exclusividade na apreciação das questões constitucionais, o que permite que alguns críticos se indaguem sobre se o STF poderia mesmo ser visto como uma verdadeira Corte Constitucional, considerando-se que uma tese por ele assentada no controle difuso não precisa necessariamente ser seguida em casos semelhantes pelos demais juízes, que podem, inclusive, contrariá-la frontalmente, por discordarem do fundamento constitucional utilizado pelo Supremo.

Abordar-se-á, por fim, a tendência que se vem observando, sobretudo a partir da EC 45/04, de abstrativização (objetivação ou dessubjetivação) do controle difuso, fenômeno este que, segundo alguns críticos, pode engessar a interpretação constitucional e ameaçar a independência judicial, ao expandir demasiadamente os efeitos jurídicos dos pronunciamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O modelo predominante na Europa Continental e sua contribuição para a formação do constitucionalismo brasileiro

O modelo austríaco, engendrado por Hans Kelsen, símbolo da Escola de Viena e principal responsável pela elaboração da Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 e da reforma constitucional de 1929, oferece um sistema concentrado de controle, que é exclusivamente cometido a um órgão específico (Corte Constitucional) para que atue como legislador negativo, expungindo, com efeitos *erga omnes*, a lei considerada inconstitucional.

O Modelo Kelseniano retoma a ideia de Corte Constitucional, que, embora já tenha sido ventilada por Sieyès na França, somente foi efetivamente concretizada há pouco tempo no território francês, segundo recente reforma constitucional lá implantada (que será mais adiante melhor explicada).

Gustavo BINENBOJM¹ demarca as origens dessa concepção de supremacia constitucional ao remeter o leitor ao alvorecer da República francesa:

Deve-se ainda a Sieyès a formulação da ideia – já antes concebia por Edward Coke e que ganharia corpo nos Estados Unidos – da jurisdição constitucional como instituição política essencial à garantia da supremacia da Constituição. Em célebre pronunciamento na Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano III da República, o autor sustenta que a obediência à Constituição não poderia ficar na dependência da “boa vontade” do Poder Legislativo, propugnando pela instituição de um Tribunal Constitucional encarregado de excluir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais. A este tribunal caberia conter os excessos cometidos por maiorias legislativas irresponsáveis, cuja vontade não se poderia sobrepor à vontade superior do povo expressa na Constituição.

Também reconhecendo a originalidade da proposta de Sieyès, Luís Roberto BARROSO² faz o seguinte comentário:

Coube a Sieyès propor ao constituinte de 1795 a criação de um *jurie constitutionnaire*, composto por 180 membros designados pela Assembleia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. A ideia foi rejeitada. Com a Constituição do Ano VII, foi criado o *Sénat Conservateur*, com oitenta membros, nomeados por ou sob influência de Napoleão, e que foi um “corpo sem vida. Após a 2ª Guerra Mundial, com a Constituição de 1946, foi criado o *Comité Constitutionnel*, composto pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Conselho da República, sete membros indicados pela Assembleia Nacional e três pelo Conselho da República. Sua função era dizer se uma lei votada pela Assembleia Nacional exigia uma revisão da Constituição.

Segundo KELSSEN, “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”³. E, na visão do autor austríaco, o exercício dessa

1 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 24.

2 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

3 KELSSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do

garantia deve ser atribuído a outro órgão, exterior ao parlamento, já que, evidentemente, não há de causar surpresa que aquele responsável pela elaboração das leis tenha natural propensão a mantê-las válidas:

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.⁴

Como se viu acima, o tribunal constitucional não pode ser um órgão do Legislativo, pois este não deixa de estar subordinado à Constituição. De outro lado, tampouco deve estar inserido na estrutura do Executivo, pois, como ninguém pode ser juiz em causa própria, o órgão ao qual a Constituição comete o maior plexo de poderes (o Executivo) não pode, ele mesmo, ser incumbido de dar a palavra final sobre a sua aplicação:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto, possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.⁵

A teoria de KELSEN, como reconhecido pelo próprio autor, contrapõe-se ao princípio monárquico sustentado pelos filósofos e políticos do século XIX, que atribuíam ao monarca a precípua missão de defender e interpretar a Constituição. Tal concepção tinha como pano de fundo a manutenção do poder monárquico, quando da transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional, e foi na primeira

italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 179.

4 Ibid., p. 150.

5 Ibid., p. 240.

metade do século XX defendida por Carl SCHMITT⁶, para quem o controle de constitucionalidade deveria ser conferido ao Presidente⁷ do Reich, porque este se colocaria como um poder intermediário, desvinculado de interesses partidários e, portanto, idôneo a defender a totalidade na nação que o elegeu.

SCHMITT sustentava que a guarda da Constituição tinha natureza política, logo, não deveria ser atribuída a um órgão com feições jurisdicionais (vale dizer, uma Corte), sob pena de se configurar uma indevida “politização da justiça”⁸, e nem a qualquer um dos poderes constituídos, pois tal competência lhe conferiria ascendência sobre os demais, tornando-se, não o guardião, mas o “senhor” da Constituição, posição esta que só poderia ser titularizada por um poder político, não judicial:

As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punições por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro superior – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares.⁹

KELSEN explica a proposta de SCHMITT:

É verdade que, no intuito de que o chefe de Estado apareça como o apropriado “guardião da Constituição”, Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está acima dos

6 SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 232-233.

7 Para SCHMITT, o Presidente do Reich é o “centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária” (SCHMITT, 2007, p. 232), representando ele, à luz da Constituição de Weimar (1919), “um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal” (Ibid., p. 233).

8 Ibid., p. 33.

9 Ibid., p. 193.

“detentores de direitos de decisão e de influência política”, ou como um “terceiro mais alto”, nem como “senhor soberano do Estado”, mas sim como um “órgão justaposto”, como um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais”.¹⁰

E, descortinando as verdadeiras razões que levaram alguns teóricos a defender, já um século antes de SCHMITT, o chamado “princípio monárquico”, KELSEN assevera:

Quando, portanto, os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado princípio monárquico, defendiam a tese de que o natural guardião da Constituição seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, umas das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procuraria mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só.¹¹

E KELSEN prossegue seu raciocínio sustentando que o Presidente do Reich, que nada mais é do que um Chefe de Estado, também pode ser considerado um dos poderes constituídos, o que colocaria por terra a própria tese defendida por SCHMITT:

Ora, então o chefe de Estado não é um dos “poderes existentes”, sobretudo numa Constituição que combina o elemento parlamentar com o plebiscitário e que divide o poder político entre Parlamento e presidente do Reich (em conjunto com os ministros)? E justo do ponto de vista de uma interpretação da Constituição que se dedica, com todos os meios, a deslocar o centro de gravidade do poder na

10 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 246.

11 *Ibid.*, p. 240-241.

direção do chefe de Estado! De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro “ao lado dos outros poderes”: um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado? É desse tribunal ou do chefe de Estado que devemos dizer que – se chamado a exercer a função de guardião da Constituição – recebe essa função “adicionalmente”, adquirindo destarte uma “preponderância” sobre os outros poderes instituídos pela Constituição, na medida em que assim “poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle”? Nem mesmo a ideologia de Benjamin Constant do pouvoir neutre do monarca poderia obscurecer tanto essa interrogação a ponto de tornar a resposta seriamente duvidosa.¹²

KELSEN contestava a afirmação de Schmitt de que a atribuição de “guardião da Constituição” a um Corte Constitucional implicaria sua indesejável politização. Sustentava que toda função estatal é, de algum modo, política, de sorte que a distinção está na intensidade; trata-se de diferença quantitativa e não qualitativa, pois, para KELSEN, sempre que houver uma margem de discricionariedade, i.e., sempre que a lei deixar ao juiz o poder de decidir dentro de certos parâmetros, este terá o poder de criação do direito; poder este que não se distingue substancialmente do atribuído ao parlamento, ainda que exercido em menor intensidade.¹³ Destarte, para KELSEN, carece de relevância a discussão acerca do viés político que eventualmente tenha a Corte Constitucional, pois “todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e, portanto, toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política”¹⁴. Como consequência, nada impede que se atribua a um tribunal independente (porque não submetido às ordens do executivo nem do legislativo) a função de guarda da Constituição, pois, “de todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto é de fato insignificante: o de se tal órgão seria um tribunal e sua função verdadeiramente jurisdicional.”¹⁵

A sistemática implantada por KELSEN na Áustria representou profunda transformação no constitucionalismo contemporâneo, tendo inspirado diversas Constituições, dos mais variados países, a criarem Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas responsáveis, ainda

12 KELSEN, op. cit., p. 285-286.

13 Ibid., p. 251.

14 Ibid., p. 252.

15 Ibid., p. 248.

que não só, mas em última ou única instância, pelo controle dos atos legislativos. BARROSO¹⁶ relata a expansão do modelo austríaco para quase todas as nações da Europa Continental:

O modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (como Polônia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique).

E, diferentemente do que ocorre na jurisdição constitucional norte-americana, no modelo kelseniano os juízes e tribunais devem suspender o processo no qual tenha sido feita uma plausível arguição de inconstitucionalidade de determinada norma e remeter a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional, após cujo pronunciamento (que se limitará à questão constitucional¹⁷), a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente será retomada para a resolução do mérito da causa.¹⁸

Segundo KELSEN¹⁹, se a ordem jurídica conferisse a qualquer pessoa competência para decidir uma questão jurídica, dificilmente se formaria uma decisão judicial que vinculasse as partes envolvidas. Por isso, a questão somente pode ser decidida pelo próprio tribunal competente ou por um tribunal superior.

Para KELSEN, no que tange à sindicabilidade dos atos legislativos, o grande inconveniente do sistema norte-americano de controle constitucionalidade é que este não está atribuído exclusivamente a uma Corte Constitucional, de modo que a revisão judicial da legislação só se torna possível em um processo subjetivo, ou seja, em um processo no

16 KELSEN, op. cit., p. 44.

17 Procedimento semelhante é previsto no nosso CPC (artigos 480, 481 e 482), a estabelecer que, arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público em processo sob julgamento em qualquer Tribunal, a questão deverá ser submetida ao colegiado competente do respectivo Tribunal, colegiado este que, nos termos do art. 97 da CF, coincidirá com o seu Plenário ou Órgão Especial, necessariamente, exceto “quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão” (parágrafo único do art. 481 do CPC).

18 Ibid., p. 41.

19 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 284.

qual a constitucionalidade da lei não é o seu objeto, senão apenas questão prejudicial.

Por isso, KELSEN entende que o controle exercido pelo Judiciário estadunidense, por exemplo, é falho na tentativa de assegurar, de modo uniforme e concentrado, a constitucionalidade da legislação, ainda que o *stare decisis* possa contribuir na vinculação dos tribunais inferiores:

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.²⁰

Assim, no modelo austríaco, o controle de constitucionalidade é cometido a um só tribunal, de modo que não cabe aos juízes singulares apreciar a constitucionalidade das leis, mas sim remeter tal apreciação ao Tribunal Constitucional (consoante a reforma de 1929), a quem caberá pronunciar-se com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

E BINEMBOJM²¹ lembra que na Áustria os juízes de primeiro grau, além de não poderem exercer o controle de constitucionalidade, tampouco podem submeter à Corte Constitucional tal controle, uma vez que somente os tribunais de segunda instância podem fazê-lo, e, ainda assim, apenas no caso concreto:

O sistema austríaco, nos seus primórdios, era inteiramente desvinculado dos casos concretos, uma vez que os juízes e tribunais não apenas não tinham competência para decidir, incidentalmente, as questões de constitucionalidade surgidas nos processos de sua

20 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 311-312.

21 *Ibid.*, p. 38.

alçada, como também não estavam legitimados a submetê-las à Corte Constitucional para que esta exercesse o controle que lhes era vedado. Com a reforma constitucional de 1929, o art. 140 da Constituição austríaca é alterado para ampliar o elenco de legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, nele incluindo os tribunais de segunda instância (a Corte Suprema para causas civis e penais e a Corte Suprema para causas administrativas). Tais órgãos jurisdicionais, no entanto, não podem arguir a questão de constitucionalidade mediante ação direta – como os outros legitimados – mas apenas em via incidental, isto é, no curso de um processo que se esteja desenvolvendo e para cuja decisão seja relevante o deslinde da controvérsia sobre a constitucionalidade da lei federal ou estadual.

O modelo austríaco influenciou o Constituinte brasileiro a adotar a representação de inconstitucionalidade, instituída através da Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946, que inaugurou o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil, visto que a ação direta como procedimento preliminar do processo interventivo, já introduzida anteriormente na Constituição de 1934, ainda não constituía um controle abstrato propriamente dito.

Consoante pontua André Ramos TAVARES²², o modelo de Corte Constitucional foi pensado para ser uma estrutura externa ao Judiciário, cujas decisões, por não serem proferidas em casos concretos, não seriam tecnicamente consideradas jurisdicionais e não formariam precedentes vinculantes. A vinculação se daria, obliquamente, pela eficácia geral e abstrata, contra todos (*erga omnes*), que é própria desse tipo de jurisdição, que muito se aproximaria da própria atividade legislativa (na modalidade negativa, ou revogatória).

Importante aqui registrar que na Alemanha, onde este modelo também foi adotado, não há qualquer dispositivo constitucional que trate expressamente controle de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. No ordenamento jurídico alemão, tais temas foram deixados pelo Constituinte ao legislador infraconstitucional. Humberto ÁVILA²³ deixa isso bem claro ao comparar o sistema brasileiro com o alemão, acentuando que a nossa Constituição, ao contrário da alemã, deixa claro, de modo explícito, a absoluta inadmissibilidade de normas inconstitucionais e

22 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94-95.

23 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 532.

a máxima proteção que o Constituinte brasileiro procurou outorgar à Carta de 1988:

Como se vê, além de a CF/88 contrapor “inconstitucionalidade” e “constitucionalidade”, sem prever uma decisão intermediária entre esses dois limites, ela previu instrumentos para tornar efetiva a Constituição, vinculando todos os Poderes que eventualmente questionem a validade de normas infraconstitucionais. Toda a preocupação constitucional está em restaurar o estado de constitucionalidade por meio da atribuição de maior eficácia possível às decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive com o mecanismo da reclamação, que ultrapassa todas as instâncias para acelerar a referida restauração. Nenhum – insista-se: nenhum – desses dispositivos encontra paralelo na Lei Fundamental Alemã. Nesta não se fala em (in)constitucionalidade, nem em efeitos, nem em (in)validade de normas infraconstitucionais. Esses temas, assumidos pela CF/88, no sistema alemão foram deixados para o legislador infraconstitucional regular.

E ÁVILA ²⁴ completa na sequência seu raciocínio:

Com essas observações se quer registrar que, enquanto o controle de constitucionalidade é regulado pela própria CF/88, com a finalidade de afastar, com maior eficácia e abrangência, qualquer tipo de violação à Constituição, tal matéria é deixada pela Lei Fundamental alemã para definição por meio do Poder Legislativo. Essa distinção não pode ser colocada de lado (ÁVILA, 2012, p. 532).

O modelo brasileiro, conforme já se antecipou, contempla um sistema misto ou híbrido, ostentando características dos três modelos clássicos (austríaco, francês e estadunidense) e ainda lhes acrescentando outras próprias, fazendo com que o controle de constitucionalidade possa ser realizado por órgão político (Legislativo e Executivo) e judicial (nas formas concentrada e difusa, quanto ao órgão judicial, e nas formas principal e incidental, quanto ao tipo de processo), nas modalidades preventiva e repressiva.

O sistema francês influenciou sobremaneira o modelo de controle instituído pela Constituição Imperial Brasileira (1824) ²⁵, ao outorgar ao

²⁴ ÁVILA, op. cit., p. 532.

²⁵ A Constituição Imperial de 1824 não admitia controle de constitucionalidade algum, estando claramente influenciada pela teoria da “supremacia do parlamento”. Assim, cabia apenas ao legislativo dizer o sentido

Poder Legislativo a atribuição de “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º). MENDES²⁶ destaca tratar-se tal modelo de verdadeira “consagração do dogma da soberania do Parlamento”.

Em verdade, na França, não só o controle de constitucionalidade, mas a própria sindicância dos atos administrativos em geral já era, desde a Constituição de 1791, subtraída à jurisdição comum. Dessa maneira, de qualquer sorte, ainda que não houvesse o Conselho Constitucional, as questões de direito público não seriam mesmo resolvidas no Judiciário francês, mas sim em seu Conselho de Estado (*Conseil d'État*)²⁷. Sistema semelhante se dá na Itália, em que também se observa o contencioso administrativo, a ser exercido exclusivamente pelo *Consiglio di Stato*²⁸.

Esse desenho institucional se justificava pelo fato de que a Revolução, pondo fim ao antigo regime, buscava conferir garantias efetivas aos direitos e liberdades individuais, de modo que sempre caberia aos legítimos representantes do povo impor limites ao monarca. Partindo-se da premissa de que o povo detinha um poder absoluto (não podendo a vontade geral sofrer limitações), nada mais natural que o Legislativo, como seu legítimo representante, passasse a gozar de supremacia, logo, seus editos haveriam de ficar imunes ao crivo dos juízes.

das normas, interpretando, suspendendo e as revogando, nos termos do artigo 15, inciso VII. Também o Imperador, como titular do poder moderador, exercia, em certa medida, tal função, já que lhe incumbia velar pela manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos poderes, nos termos do seu artigo 98. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 10.09.2014.

26 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189-190.

27 Note-se que a jurisdição na França, ao contrário do que ocorre no Brasil, não é *una*, pois é regida pelo “contencioso administrativo”, de sorte que as controvérsias envolvendo a Administração Pública não podem ser submetidas ao Poder Judiciário comum (cujo órgão de cúpula é a *Cour de Cassation*), mas devem ser resolvidas, exclusivamente, perante uma Justiça Administrativa, cujo órgão de cúpula é o *Conseil d'Etat*. O Conselho de Estado foi estabelecido por Napoleão em 1799 e julga os recursos das Cortes Administrativas, cassando as decisões que equivocadamente apliquem uma norma de direito público. Esse Conselho também desempenha atividade consultiva quando para tanto instado por uma Corte Administrativa que tenha dúvida sobre a validade ou a interpretação de uma determinada lei. No caso de conflito de competência entre a Justiça Administrativa e a Comum, a questão é resolvida pelo *Tribunal des Conflits*, que existe só para solucionar esses casos de conflito de competência (CHASE; HERSHKOFF, 2007, p. 120-121). Já a Corte de Cassação, criada em 1790, embora inicialmente não fizesse parte do Poder Judiciário (até porque sua criação visava limitar o poder judicial), é a única corte nacional com competência civil e criminal simultaneamente e tem aproximadamente duzentos membros que se dividem em cinco câmaras cíveis e uma criminal. A *Cour de Cassation* não julga o mérito das controvérsias, senão apenas estabelece a regra de direito que deverá orientar a sua resolução, a qual se dará posteriormente por uma Corte de Apelação (CHASE; HERSHKOFF, 2007, p. 118-119).

28 Realizamos, durante o Curso a que se refere este artigo, visita institucional ao Conselho de Estado italiano.

Não obstante, Max MÖLLER²⁹ ensina que a “soberania do parlamento”³⁰, na concepção dos revolucionários franceses, não se amolda ao que hoje se entende por Constituição, ressaltando-se a pertinente distinção:

Todavia, a concepção do governo revolucionário francês, no sentido de que a “vontade geral” do povo soberano pudesse ser revelada através dos representantes reunidos no Poder Legislativo, impede que se encontre nesse modelo uma concepção de constituição tal como hoje concebe o constitucionalismo. Ao contrário, no modelo francês pós-revolucionário, a “constituição” está totalmente absorvida pela ideia de soberania popular manifestada através da lei, onde o legislador, soberano, não é representado como um poder, mas como uma vontade originária. Ao invés de contrapesos, o que se impõe é a primazia do legislador, de modo que não é possível sustentar um modelo claro de separação de poderes, ainda que este estivesse expressamente presente na constituição francesa pós-revolucionária. [...] Através do princípio da legalidade, o “legislador soberano” mantém sob seu controle o Poder Executivo. Em relação ao Poder Judiciário, para assegurar o império da lei e a hegemonia do legislador, o sistema francês cria o Tribunal de Cassação, braço do Legislativo que, na definição do próprio Robespierre, é o “protetor da lei e órgão de vigilância e controle dos juízes.

Essa soberania do Parlamento encontra-se, ainda hoje, tão arraigada no ideário francês, que se manteve mesmo após a reforma constitucional de 2008, de modo que ainda é vedado aos juízes apreciar a constitucionalidade das leis, cabendo-lhes apenas aplicá-las. O Conselho Constitucional, que sequer integra qualquer dos Poderes³¹, é o único órgão competente para a análise da constitucionalidade das leis, e, até o

29 MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 148-149.

30 MARINONI anota profunda diferença entre a “supremacia do parlamento” na França e na Inglaterra, já que, nesta última, tal supremacia, afirmada pela Revolução Gloriosa de 1688, não objetivou marcar o início de um novo direito, não tendo o propósito desconsiderar o passado, mas, ao contrário, o de preservá-lo, afirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava. Na França, ao revés, a Revolução pretendeu a derrocada total do Antigo Regime, cujos juízes não mereciam confiança, de modo que a supremacia do parlamento foi engendrada como sujeição do juiz à lei, o qual estava proibido, inclusive, de interpretá-la, para que não houvesse riscos de distorção da vontade sufragada pelo povo (MARINONI, 2010, p. 48-49).

31 O Conselho Constitucional francês não integra qualquer dos poderes, sendo, portanto, órgão autônomo. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>. Acesso em: 10.09.2014).

ano de 2010, somente podia exercer tal atribuição antes de promulgada a lei examinada (tratava-se, pois, de controle meramente preventivo).

Conforme informações colhidas do Portal Internacional do STF³², somente com o advento da Lei Orgânica n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009 (que, entrando em vigor em 10.03.2010, regulamentou o artigo 61-1 e o artigo 62 da Constituição Francesa, de 04.10.1958), o sistema francês passou a admitir a denominada “questão prioritária de constitucionalidade”³³ (*question prioritaire de constitutionnalité*), por meio da qual qualquer pessoa que seja parte em um processo, em qualquer instância, administrativa ou judiciária, tem o direito de questionar um dispositivo legal sob o argumento de que ele atenta contra os direitos e liberdades garantidos na Constituição. Se as condições de admissibilidade forem preenchidas, caberá ao Conselho Constitucional se pronunciar e, se for o caso, ab-rogar o dispositivo. Como se vê, trata-se de novidade impactante, já que, antes de março de 2010, não era possível contestar-se a constitucionalidade de uma lei que já estivesse em vigor no território francês.

Trata-se da consolidação, ainda que tardia, da formulação da idéia que, segundo Gustavo BINENBOJM³⁴, foi objeto de pronunciamento no célebre discurso que o abade Emmanuel Sieyès fez na “Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano III da República”, em que o referido revolucionário sustentou que “a obediência à Constituição não poderia ficar na dependência da ‘boa vontade’ do Poder Legislativo, propugnando pela instituição de um Tribunal Constitucional encarregado de excluir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais”.

Assim, o Conselho Constitucional francês, embora organicamente instituído pela Constituição de 1958, somente passou a estar institucionalmente habilitado a exercer o controle repressivo de constitucionalidade a partir de 10 de março de 2010, quando entrou em vigor a Lei Orgânica n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, já que até então sua função se restringia a prevenir a edição de leis inconstitucionais (controle preventivo por iniciativa exclusiva de algumas poucas altas

32 Disponível em: <www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929>. Acesso em: 09.09.2014.

33 José dos Santos CARVALHO FILHO relata que a questão prioritária de constitucionalidade, malgrado tenha sido regulamentada somente em dez/2009, fora inserida no ordenamento jurídico francês através da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008 (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A evolução da jurisdição constitucional na França*. Consultor Jurídico: artigo de 15 de junho de 2013. <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca#author>>. Acesso em: 16/09/2014).

34 *Ibid.*, p. 24.

autoridades da República) e a dirimir controvérsias de competência entre o Parlamento e o Executivo.

Já o sistema americano, também conhecido como *judicial review*, é o que realmente inaugurou o modelo de controle judicial de constitucionalidade tal como é universalmente conhecido hoje, sendo o precedente *Marbury versus Madison* (1803) considerado a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de lei que considerava inconstitucional, malgrado se possa falar da existência, consoante adverte BARROSO³⁵, de precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos do período colonial (com base no direito inglês), o que de certa forma mitiga o pioneirismo daquele clássico precedente.

O modelo da *judicial review* influenciou personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, o que, para MENDES³⁶, parece ter sido fator decisivo para a consolidação do modelo difuso em nossa Carta Republicana de 1891. Assim como a Constituição americana, a brasileira também não se referia expressamente ao controle de constitucionalidade, o que levou Rui Barbosa a destacar a elástica amplitude do novel instituto, verbis:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seç. 2^a, cujo teor reza assim: 'O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'.

Porém, no *judicial review* do sistema estadunidense, que tem por função assegurar a supremacia da Constituição, os precedentes não têm a mesma força vinculante que se observa nos precedentes britânicos, conforme observa SOTELO³⁷:

En ese contexto resultó más fácil admitir tempranamente el poder de overruling para poder revocar una precedente decisión, anulándolo como precedente por considerarlo erróneo, o incluso el poder de redefinirlo o formularlo mejor sin anularlo formalmente (overstatement). [...]

35 Ibid., p. 5-6.

36 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191.

37 SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na "common law" e na "civil law". In *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual*. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 364.

Como ya se ha dicho antes, no debe olvidarse la influencia del factor universitário. La formación universitaria de los juristas norteamericanos, a diferencia de Inglaterra, milito en contra de la aceptación mecánica de todo precedente, que supone en definitiva aceptar la imposición de una regla burocrática.

Não obstante, a tradicional distinção segundo a qual o common law seria fundado sobre precedentes, ao passo que o civil law seria fundado na lei escrita, atualmente, não tem mais qualquer valor descritivo, na abalizada opinião de Michele TARUFFO³⁸, para quem “nos sistemas de civil law se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de common law se faz amplo uso da lei escrita”. Dessa forma, o direito material define-se empiricamente, na medida em que as questões são levadas à apreciação dos julgadores, que constroem a solução valendo-se de um método indutivo (partindo do particular para o geral), ao contrário do que se dá no sistema romano, em que a solução é engendrada a partir da norma geral em direção ao caso específico (método dedutivo).³⁹

Por outro lado, contudo, se não houver uma constante atenção por parte dos julgadores no que tange às especificidades dos casos que lhe são rotineiramente submetidos à apreciação, esse sistema pode acabar deixando de ser assim tão dinâmico, dado o risco de que não se faça a devida distinção (distinguishing) entre o precedente norteador e o caso que está sob julgamento. Afora isto, tal sistema, para que se mantenha dinâmico, deve também sempre estar aberto à possibilidade de superação (overruling) dos seus precedentes, sempre que estes passem a se mostrar inadequados face às mudanças pelas quais passa a sociedade.

Outra preocupação constante é não deixar que a regra de direito haurida do precedente se desgarre do caso concreto e passe a funcionar como uma norma geral e abstrata (na verdade, como uma lei), pois, segundo TARUFFO⁴⁰, “não se compreende o precedente se a interpretação da norma que nele foi aplicada não vem conexa diretamente com a *fattispecie* concreta que foi decidida”. Essa é, aliás,

38 TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Revista de Processo, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2011. p. 140.

39 TARUFFO observa que a argumentação jurídica, na aplicação do precedente, não tem “uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura *tópica*, no mesmo sentido esclarecido por Viehweg em *Topik und Jurisprudenz*”, de sorte que os precedentes “representam, de fato, os *topoi* que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da *Rechtsfindung* e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa (por exemplo, na motivação da sentença)” (Ibid., p. 140-141).

40 Ibid., p. 141.

uma das críticas que se fazem à súmula vinculante, já que, na maior parte dos casos, depois que a súmula é editada, esquecem-se completamente as peculiaridades dos casos concretos que levaram à sua edição, o que faz com que o precedente passa funcionar como lei, aplicando-se a situações gerais que não guardam perfeita consonância com o precedente. Outra preocupação constante é o modo generalizante pelo qual às vezes se concebe a súmula, a qual, por não se basear em um caso específico, não raro já nasce desconectada de uma *fattispecie*.

Essas preocupações são objeto de sucinta abordagem no item abaixo.

3 A TENDÊNCIA DE OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

Como se viu acima, a importação incompleta do modelo concentrado de origem kelseniana acabou por gerar uma tendência de objetivação (abstrativização ou dessubjetivação) do controle difuso, tendência esta ressaltada pela doutrina, tal como observa Pedro Miranda de OLIVEIRA⁴¹:

O requisito da repercussão geral reforça, portanto, a ideia de que o principal no recurso extraordinário não é o caso concreto, mas a questão constitucional nele veiculada. O exame do caso concreto é uma consequência da sedimentação da tese, ou seja, da correta interpretação das questões jurídicas debatidas naquele processo. A esse fenômeno convencionou-se denominar objetivação do recurso extraordinário.

Também a abonar a irradiação de efeitos, para além das partes originárias, das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, Arruda ALVIM⁴² assevera:

Conquanto a validade e a eficácia das decisões sejam, predominantemente, circunscritas às partes, as que são proferidas pelos tribunais de cúpula - e particularmente as proferidas pelo STF

41 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante - Necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: *Direito jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 725.

42 ALVIM, João Manoel de Arruda. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR. Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Wiliam Santos (coords.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

– transcendem o ambiente das partes, e com isto projetam o prestígio e a autoridade da decisão no segmento da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda.

Todavia, a abstratização não tem o propósito de desprezar a função primeira dos recursos extraordinários, qual seja, a de satisfazer a aspiração do recorrente em ver revertida decisão que lhe fora desfavorável. Neste sentido é a posição de DINAMARCO⁴³:

Não comungo da ideia de que a ação rescisória, recurso especial e recurso extraordinário fossem institutos voltados exclusivamente à estabilidade da ordem jurídico-positiva e outros escopos de ordem pública, sem guardar relação com as aspirações dos sujeitos em conflito ou com o valor do justo. De algum modo, todos os institutos processuais inserem-se invariavelmente num equilibrado conjunto de disposições que favorecem a insistente busca de satisfação de pretensões e disposições destinadas a promover a estabilização do julgado, a bem da segurança jurídica.

A eficácia em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, tal como atribuído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 às súmulas vinculantes, é definida por Rodolfo de Camargo MANCUSO⁴⁴ como “eficácia expandida panprocessual”, no sentido de que a eficácia da decisão do STF em matéria constitucional não fique confinada dentro dos estreitos limites do processo em que é proferida:

É crescente a tendência à valorização do perfil objetivo do acórdão do STF em recurso extraordinário, a saber, sua aptidão para ir além da resolução do caso sub iudice, por modo que, tomado como paradigma, passe a projetar efeitos pan-processuais em face de casos análogos, dado que uma querela constitucional, uma vez resolvida pelo Tribunal máximo do país, deve ter seu aproveitamento otimizado, não se justificando que sua eficácia se confine no estreito horizonte endoprocessual. Por essa vertente, o pronunciamento sobre questão constitucional, embora feito incidentalmente no bojo de recurso extraordinário, projeta efeito extra-autos, ou ao menos

43 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 999.

44 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 559.

ultrapartes, dispensando, a um tempo, a observância da reserva de Plenário (CF, art. 97) e a intervenção ulterior do Senado Federal (CF, art. 52, X).

No Recurso Extraordinário n.º 388.830-7/RJ⁴⁵, o Min. Gilmar Mendes destacou posição convergente ao entendimento acima transcrito:

A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

Exemplos de clara manifestação (doutrinária, legislativa e jurisprudencial) deste processo de *objetivação* por que passa o controle difuso são numerosos.⁴⁶

45 STF, 2.ª Turma, RE 388.830-7, julgado em 12.02.2006, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 10.03.2006.

46 Destacam-se os seguintes: 1) a aplicação no controle difuso, pelo STF, da modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99, o que em rigor só se observava em controle concentrado, mas que acabou se dando tanto no RE 197.917, Relator Ministro Maurício Corrêa (DJ de 31.3.2004), que tratava do número de vereadores, quanto no HC nº 82.959, em que se declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 com eficácia não-retroativa (*ex nunc*) à decisão; 2) o Decreto nº 2.346, de 10/10/1998, art. 1º, § 3º, que franqueou o Presidente da República a autorizar, dentro da Administração Pública Federal, a extensão dos efeitos das decisões proferidas pelo STF em controle incidental; 3) a dispensa de reexame necessário, prevista no § 3º do art. 475 do CPC (incluído pela Lei nº 10.352/01), quando a sentença se baseie em posicionamento do Pleno do STF, ainda que em sede incidental ou difusa; 4) a utilização de causa de pedir aberta no RE, tal como já ocorria em sede de controle concentrado, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em fundamento diverso do apontado pelo recorrente (RE nº 298.694); 5) a possibilidade de participação de interessados e dos órgãos responsáveis pela norma impugnada no RE interposto em face de decisão dos Juizados Especiais Federais, nos termos do art. 14, § 10, da Lei nº 10.259/01; 6) a transformação da ação rescisória em um poderoso instrumento de correção de inconstitucionalidade de decisões judiciais transitadas em julgado, com a mitigação dos verbetes nº 343 e 400 da Súmula do STF, que aceitavam a interpretação controvertida à época da prolação da decisão como subterfúgio para isentá-la de novo controle pelos tribunais, o que passou a ser contestado por doutrinadores como Teresa Wambier e José Medina (WAMBIER, MEDINA, 2003, p. 58), para quem a vetusta doutrina que norteara aquela jurisprudência revela-se, atualmente, avessa aos princípios da legalidade e da isonomia, nova orientação esta que já vem sendo acatada pelo STF e STJ; 7) os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 4.335, no sentido de estender aos reclamantes a tese fixada no referido HC nº 82.959, para garantir a autoridade desta decisão, ainda que a mesma tivesse sido tomada em sede de controle incidental; 8) a decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie no AI nº 375011 (noticiado Informativo nº 365), que, visando homenagear o posicionamento do STF sobre a inconstitucionalidade de determinada lei estadual, relativizou a exigência do prequestionamento, asseverando, para tanto, que regras de prequestionamento devem ser flexibilizadas "nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra -

Entrementes, não se defende no presente artigo a importação, para o Brasil, do modelo austríaco puro, cuja configuração não admite que Tribunais e juízes diversos da Corte Constitucional pronunciem a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo Parlamento. Tampouco se pretende a importação do constitucionalismo germânico⁴⁷, cujas técnicas são muitas vezes difundidas no Brasil de modo descuidado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Defende-se apenas que as decisões do STF sobre questões constitucionais, ainda que proferidas em controle difuso, sejam seguidas por todos os Tribunais e pela Administração, sem necessidade de suspensão pelo Senado (art. 52, X, da CF), em homenagem aos

em questões de direito - proferida” pelo STF (AI-AgR 375011 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28-10-2004); 9) a Lei nº 9.756/98, que atribuiu ao relator poderes para inadmitir monocraticamente recursos que estejam em confronto com a jurisprudência do STF e STJ e para dar provimento, também monocraticamente, aos recursos que impugnem decisões contrárias à jurisprudência dessas Altas Cortes; 10) a Lei nº 11.232/05, que, incluindo o parágrafo único ao art. 741 e o § 1º ao art. 475-L, ambos do CPC, reputa inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal; 11) a Lei nº 11.418/06, que, incorporando o art. 543-A ao CPC, estende a participação de *amicus curiae* ao controle difuso e pressupõe, no § 3º deste dispositivo legal, a existência de “repercussão geral” sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF; e, incorporando o art. 543-B, § 3º, estabelece que, havendo multiplicidade de recursos idênticos, a orientação firmada pelo STF no caso paradigma deverá ser aplicada pelos tribunais de origem nos recursos ali sobrestados, sob pena de o STF cassar ou reformar liminarmente (art. 543-B, § 4º) a decisão do tribunal local que divirja daquela orientação; 12) o precedente firmado no Agravo Regimental na ADI nº 4.071-DF, noticiado no Informativo STF nº 563, de 21/10/2009, em que o STF, referendando o indeferimento monocrático da inicial da ADI com fulcro no art. 4º da Lei nº 9.868/99, considerou manifestamente improcedente ADI que verse sobre norma cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo seu Plenário, mesmo que em sede de RE.

47 Virgílio Afonso da Silva, fazendo uma leitura crítica desse fenômeno, observa que nem mesmo na Alemanha houve sedimentação de determinados institutos que a doutrina brasileira costuma importar para cá: “Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido na literatura germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional o caso pode ser considerado como ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico *enraizado* e *sedimentado* em um determinado país. É possível que se suponha que os “novos” métodos de interpretação constitucional sejam métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país. Não o são. Nesse caso, não se pode falar de uma “importação” de um modelo alemão de interpretação constitucional. E por uma razão óbvia: um tal modelo não existe. Os *princípios* de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente uniforme, faz referência são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional. No caso dos *métodos* a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre métodos de interpretação constitucional” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116-117).

princípios da economia, da celeridade, da efetividade, da racionalidade dos serviços judiciários, da segurança jurídica e da igualdade.

Tal concepção aproximaria, na visão de ZAVASCKI⁴⁸, o sistema brasileiro da doutrina do *stare decisis*. E, para ampliar a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo em controle difuso, e assim preservar os princípios acima listados, tornou-se necessária a adoção de alguns mecanismos, entre os quais se destacam os seguintes: a) a atribuição ao Senado, pela Constituição de 1934, de competência para suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo STF; b) a vinculação, para os tribunais, das decisões do STF em matéria constitucional; c) o enaltecimento da força de precedente das decisões do STF, ensejando, com a sua adoção, julgamento simplificado dos recursos e o acolhimento de ação rescisória.

Aliás, assevera MARINONI⁴⁹, com base em Mauro Cappelletti, que a introdução do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade no civil law somente faria sentido se, juntamente com este modelo, também fosse introduzida a doutrina do *stare decisis*:

É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei. Como corretamente adverte Cappelletti, a introdução no civil law do método americano de controle de constitucionalidade conduziria à consequência de que uma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional, mas, no mesmo instante e época, ser aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional. Ademais – diz o professor italiano –, nada impediria que o juiz que aplicasse determinada lei não a considerasse no dia seguinte ou vice-versa, ou, ainda, que se formassem verdadeiras facções jurisprudenciais nos diferentes graus de jurisdição, simplesmente por uma visão distinta dos órgãos jurisdicionais inferiores, em geral compostos de juízes mais jovens e, assim, mais propensos a ver uma lei como inconstitucional, exatamente como aconteceu na Itália no período entre 1948 e 1956. Demonstra Cappelletti que, desta situação, poderia advir uma grave situação de incerteza jurídica e de conflito entre órgãos do judiciário.

48 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 28-30.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

Portanto, longe de pretender transformar nosso modelo no sistema kelseniano puro, a tese do precedente vinculante poder conferir um mínimo de racionalidade ao sistema difuso, até porque, conforme anota SAMPAIO⁵⁰, as sentenças judiciais podem ser classificadas desde a modalidade clássica, cuja repercussão se esgotaria no caso concreto, sem qualquer desdobramento ulterior em relação a situações não tratadas naquele processo específico, até a modalidade de sentença que equivale a um ato plenamente legislativo. Assim, no que tange à extensão dos seus efeitos, a sentença clássica seria a ponta de um extremo, enquanto a sentença “plenamente legislativa” seria a ponta do outro extremo. Entre esses extremos se poderiam encontrar a sentença que cria precedente, a sentença normativa, a jurisprudência vinculante e os atos quase legislativos, assim dispostas as sentenças em uma ordem crescente de produção de efeitos panprocessuais.

O próprio KELSEN⁵¹ reconhecia que essa eficácia da jurisdição constitucional produz efeitos para além das partes envolvidas no processo:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional” não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Nos países de civil law, o órgão uniformizador da jurisprudência pode ser uma Corte de Cassação (como ocorre na França e na Itália), ou um Tribunal Supremo, que é o caso de Portugal, da Alemanha e da Espanha (que nunca adotou o típico modelo puro do recurso de cassação nos moldes franco-italianos), aqui também se podendo incluir o Brasil.

Já em países de common law, como ocorre na Suprema Corte estadunidense e na recente Suprema Corte do Reino Unido, o número anual de processos julgados é infinitamente menor do que

50 SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 75, jul./set., 1985. p. 5-20.

51 KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 290.

os julgados, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro ou pela Corte de Cassação italiana⁵². Naquelas verdadeiras “cortes de precedentes”, ao contrário destes últimos, os Tribunais de cúpula sabem que precisam julgar poucos casos para que estes sejam considerados precedentes raros, marcantes e dotados de autoridade e universalidade.

Por isso TARUFFO⁵³ atribui aos precedentes um papel ordenador daquilo que chama de “caos da jurisprudência” ou “caos indistinto da praxe judiciária”:

Os precedentes poderiam operar como as estruturas dissipadoras das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem dentro da desordem do fluir do caos da jurisprudência. Eles, de fato, poderiam constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade, pois, flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento na incontável quantidade e variedade dos casos que são decididos pelas cortes. Para que isso aconteça, todavia, é necessário que eles não sejam, na vez deles, um elemento de desordem e de variação casual legada à especificidade dos casos singulares concretos: é necessário, portanto, que se trate de precedentes em sentido próprio e, por isso, que eles apresentem os caracteres distintivos de “raridade”, autoridade e universalidade em função dos quais eles possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.

Somente assim a racionalidade envolvida nos julgamentos poderá ser devidamente captada pelos jurisdicionados e demais tribunais, deixando claro para todos o que razoavelmente se pode esperar do Judiciário. Tomara que o Supremo Tribunal Federal, seguindo essa valiosa lição, consiga, por meio de sua jurisdição constitucional, formar precedentes que organizem esse “caos indistinto da praxe judiciária” e sirvam de norte interpretativo à comunidade jurídica, a fim de que o Direito possa, enfim, proporcionar à sociedade a segurança jurídica e a isonomia que a Constituição tanto preza.

52 Taruffo aponta que a *House of Lords* (hoje substituída pela *UK Supreme Court*) profere, em média, menos de cem decisões por ano, e que a Suprema Corte estadunidense decide menos de duzentos casos anualmente, ao passo que a Corte de Cassação italiana prolata em média *cinquenta mil* sentenças por ano! (TARUFFO, 2011, p. 145). Já o *Supremo Tribunal Federal* julga *aproximadamente o dobro do que a Corte de Cassação italiana*. Só para se ter uma noção, no ano de 2008, o STF proferiu 128.823 decisões. Mas este número, felizmente, vem caindo, pois em 2012 o total de decisões correspondeu a 90.056. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em: 08.09.2014.

53 *Ibid.*, p. 155.

4 CONCLUSÃO

Na Europa continental, o controle de constitucionalidade segue o modelo concentrado, concebido nos termos dos clássicos modelos da Áustria (Constituição kelseniana) e da França (que, embora contasse desde a Constituição de 1958 com uma Corte Constitucional voltada aos objetivos que haviam sido propugnados por Sieyès já nos idos de 1795, passou a ter um controle repressivo somente a partir de 2010, com a entrada em vigor da lei que regulamentou a chamada “questão prioritária de constitucionalidade”), cujas Cortes Constitucionais detêm o monopólio da função de confrontar a existência de compatibilidade entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, para, no caso de serem estas incompatíveis, afastar do mundo jurídico, com eficácia geral e vinculante, a lei reputada inconstitucional.

Esse modelo continental espalhou-se mundo afora a partir da II Guerra Mundial e acabou influenciando decisivamente o sistema brasileiro com a introdução do controle abstrato de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65 na Constituição de 1946, quando o Brasil passou a conviver com os modelos difuso e concentrado, pois, até o ano de 1965, o sistema pátrio seguia eminentemente o modelo estadunidense de controle.

Entretanto, ao se inspirar no modelo continental e, assim, estabelecer uma jurisdição constitucional concentrada para julgamento das ações diretas inconstitucionalidade (ADI), ações diretas inconstitucionalidade por omissão (ADIO), arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), o Constituinte brasileiro olvidou-se de atentar para o fato de que, tanto no sistema kelseniano de controle quanto no esquema francês, a Corte Constitucional detém o monopólio da sindicância jurisdicional de constitucionalidade, o que, como se sabe, não se aplica ao Brasil, em cujo território todo e qualquer juiz, ainda que de primeiro grau e recém empossado, pode liminarmente afastar uma lei aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, por considerá-la inconstitucional.

No Brasil, há até quem defenda, em nome da independência dos magistrados, que um juiz de primeiro grau pode, inclusive, contrariar frontalmente o entendimento formado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de uma lei, simplesmente discordando do fundamento constitucional utilizado pelo Supremo, desde que o entendimento firmado pelo STF não tenha ocorrido em sede de controle concentrado (ADI, ADIO, ADC

e ADPF), pois nesta hipótese o texto constitucional é expresso ao prever a eficácia contra todos e o efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta (Constituição, art. 102, § 2º).

Como resposta aos inconvenientes dessa proliferação de decisões judiciais absolutamente díspares entre si, ainda que relativamente a questões jurídicas idênticas, observa-se uma tendência, sobretudo a partir da EC 45/04, de abstrativização (objetivação ou dessubjetivação) do controle difuso, fenômeno este que passou a atribuir eficácia panprocessual aos pronunciamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, cujas razões de decidir deixam de ficar circunspectas ao processo subjetivo por elas regulado, para transcenderem como *ratio* e aplicarem-se a todos os casos em que a discussão jurídica seja a mesma.

O objetivo dos autores e Ministros que defendem esse fenômeno, ao revés de engessar a hermenêutica constitucional ou de cercear a garantia da independência judicial, colima apenas dirimir aquilo que Michele Taruffo denomina de “caos indistinto da praxe judiciária”, dando-se assim mais racionalidade à jurisprudência e maior previsibilidade ao sistema judicial, a fim de que os jurisdicionados possam realizar negócios jurídicos sem serem surpreendidos pelo próprio Estado com decisões que, apreciando situações praticamente idênticas, conferem tratamentos judiciais diametralmente opostos entre si.

Em conclusão, propõe-se, enfim, que os pronunciamentos do Supremo sobre a inconstitucionalidade de uma lei sirvam de norte interpretativo à comunidade jurídica e à sociedade civil em geral, a fim de que o Direito possa, de modo efetivo e organizado, assegurar o respeito institucional às cláusulas constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, sem as quais não existe sistema jurídico racional, senão apenas um verdadeiro caos judiciário. Como visto, não se propõe, no presente trabalho, a importação integral do sistema continental puro, no qual apenas as Cortes Constitucionais podem exercer o controle de constitucionalidade – até porque isso nem seria possível sem uma radical alteração do nosso texto constitucional -, mas se espera que a tendência de objetivação do controle difuso ganhe ainda mais adeptos, com vistas a tornar nosso sistema mais racional, previsível, seguro, efetivo e isonômico, no qual situações jurídicas iguais recebam tratamento judicial equivalente, isto é, um sistema sem distorções desarrazoadas.

5 REFERÊNCIAS

ALVIM, João Manoel de Arruda. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR. Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Wiliam Santos (coords.). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumento de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A evolução da jurisdição constitucional na França*. Consultor Jurídico: artigo de 15 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca#author>> Acesso em: 16/09/2014.

CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; et al. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

KELSEN, Hans. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug; Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante - Necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: *Direito jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 675-750.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 75, jul./set., 1985. p. 5-20.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116-143.

SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na “common law” e na “civil law”. In *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual*. Organizado por Petrônio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 323-382.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2011. p. 139-155.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

