

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

GABRIEL ROCHA FURLANETTO

**SÚMULA VINCULANTE: UM ESTUDO ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO
INSTITUTO AO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DESCRITO POR HANS Kelsen NA OBRA “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL”**

CRICIÚMA

2015

GABRIEL ROCHA FURLANETTO

**SÚMULA VINCULANTE: UM ESTUDO ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO
INSTITUTO AO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DESCRITO POR HANS Kelsen NA OBRA “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL”**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Orientador: Professor Msc. Luiz Eduardo Lapolli Conti

CRICIÚMA

2015

GABRIEL ROCHA FURLANETTO

**SÚMULA VINCULANTE: UM ESTUDO ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO
INSTITUTO AO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DESCRITO POR HANS Kelsen NA OBRA “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL”**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, com linha de pesquisa em Direito Constitucional.

Criciúma, 30 de junho de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Luiz Eduardo Lapolli Conti – Orientador

Professor Mestre Rafael Caetano Cherobin

Professor Doutor Lucas Machado Fagundes

Àqueles que dedicaram e permanecem dedicando parte de sua vida à minha criação e educação: José e Sandra.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, precipuamente, aos meus pais, José Furlanetto e Sandra Helena Rocha Furlanetto, sem o apoio dos quais eu, sem o menor resquício de dúvida, não teria chegado até aqui do modo como cheguei.

À minha namorada, Beatriz Felizardo de Andrade, com a qual sempre pude contar, nos momentos bons, mas também nos piores, durante os últimos cinco anos da minha vida, e também durante a elaboração deste trabalho.

Aos meus colegas e amigos de turma, os quais quero evitar aqui nominar para não me olvidar de ninguém, mas que, de certa forma, fizeram, a cada dia, diferença na minha formação.

À professora Mônica Ovinski de Camargo Cortina, com a qual tive a oportunidade de fazer pesquisa científica no ambiente prisional, o que mudou minha forma de ver o mundo e a sociedade em que vivemos.

À professora Raquel Fabiana Lopes SpareMBERGER, que me orientou durante o projeto e o primeiro capítulo deste trabalho, tendo sido fundamental na definição dos seus limites e objetivos.

Ao professor Luiz Eduardo Lapolli Conti, meu orientador final, que não mediu esforços para me auxiliar a concluir este trabalho, o que cheguei a pensar que seria impossível.

Enfim, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, fizeram a diferença em minha formação, pessoal e acadêmica.

*“Tenho a impressão de ter sido uma criança
brincando à beira-mar, divertindo-me em
descobrir uma pedrinha mais lisa ou uma
concha mais bonita que as outras, enquanto o
imenso oceano da verdade continua misterioso
diante de meus olhos.”*

Isaac Newton

RESUMO

O presente trabalho visa verificar a adequação do instituto da súmula vinculante ao sistema de controle de constitucionalidade criado por Hans Kelsen. Para isso, analisou-se a formulação de Kelsen presente na Constituição da Áustria de 1920, exposta por ele na obra “Jurisdição Constitucional”. Após, foi estudado o controle de constitucionalidade, seu surgimento no mundo ocidental e suas formas de manifestação nos diferentes sistemas jurídicos. Com isso, estudou-se também a evolução do controle de constitucionalidade em toda a existência da república brasileira até o atual sistema. Em seguida, foi estudada a uniformização de jurisprudência. Verificou-se que a súmula é uma forma de uniformização de jurisprudência, tendo o constituinte derivado brasileiro, a partir dela, criado a súmula vinculante. Aferiu-se que o instituto da súmula vinculante serviu para corrigir incoerências existentes no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, não descaracterizando o modelo proposto por Kelsen. O método de abordagem utilizado foi o indutivo. O histórico e o comparativo foram utilizados como métodos de procedimento.

Palavras-chave: Súmula vinculante; controle de constitucionalidade; uniformização de jurisprudência; abstrativização do controle difuso; Hans Kelsen.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A EXPOSIÇÃO DE HANS KELSEN NA SESSÃO DE OUTUBRO DE 1928 DO INSTITUTO INTERNACIONAL DE DIREITO PÚBLICO	10
2.1 A RELEVÂNCIA DA AFERIÇÃO DE REGULARIDADE DOS ATOS ESTATAIS...	11
2.2 A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL MONÁRQUICA	11
2.3 A DEFINIÇÃO KELSENIANA DE “CONSTITUIÇÃO”	13
2.4 AS “GARANTIAS DA REGULARIDADE”	15
2.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	15
2.5.1 A quem deve caber a guarda da Constituição?	15
2.5.2 As objeções teóricas à jurisdição constitucional	16
2.5.3 A restrição à anulação legislativa	17
2.5.4 A matéria analisada no controle de constitucionalidade	18
2.5.5 O parâmetro do controle de constitucionalidade	19
2.5.6 A decisão do processo de controle de constitucionalidade e seus efeitos	21
2.5.7 A legitimidade ativa no processo do controle de constitucionalidade	23
2.5.8 As partes do processo de controle de constitucionalidade	24
2.5.9 A forma de publicação da decisão	24
2.6 AS FUNÇÕES EXERCIDAS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO E NA POLÍTICA	25
3 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	27
3.1 OS MODELOS MODERNOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	27
3.1.1 O modelo americano de controle de constitucionalidade	27
3.1.1.1 <i>Marbury versus Madison</i> : a gênese do modelo americano	27
3.1.1.2 O conceito de controle difuso de constitucionalidade.....	30

3.2 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	31
3.2.1 A Constituição de 1891	32
3.2.2 A Constituição de 1934	33
3.2.3 A Constituição de 1937	33
3.2.4 A Constituição de 1946	34
3.2.5 As Constituições de 1967 e 1969	35
3.3 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	36
3.3.1 A tendência à abstrativização do controle judicial difuso de constitucionalidade.....	37
4 DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA À SÚMULA VINCULANTE	46
4.1 <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	46
4.2 A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA.....	48
4.3 A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL	49
4.4 A SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	52
4.5 SÚMULA VINCULANTE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	56
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

Onde não há garantia de respeito à Constituição não há, propriamente, diferença real entre ela e as demais normas.

Com base nessa lógica se desenvolveram pelo mundo formas de garantir a eficácia da Constituição, de modo que suas disposições não sejam violadas, principalmente pelo Estado.

Uma das formas de controle de constitucionalidade existentes atualmente – o controle concentrado – foi exposta por Hans Kelsen na obra “Jurisdição Constitucional”.

O Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, com ênfase, entretanto, no controle concentrado.

Após, no ano de 2004, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da súmula vinculante, por meio da qual pode o Supremo Tribunal Federal – corte constitucional brasileira – editar enunciado que, com sua publicação, passa a ser de observância obrigatória em todo o país.

Portanto, tendo em vista a ausência de previsão, por Hans Kelsen em sua teoria, de mecanismo semelhante, é necessária a aferição da adequação desse instituto ao sistema por ele descrito, considerando a profunda inspiração nesse sistema que teve a Constituição de 1988.

Assim, será, no presente trabalho, inicialmente analisado o modelo proposto por Kelsen em sua obra, com diversos aspectos por ele destacados.

Em seguida, será estudado o surgimento e a evolução do controle de constitucionalidade em suas diversas formas, tanto no Brasil quanto em outros países, até a análise da situação atual do controle de constitucionalidade brasileiro.

Por fim, será observada a forma de uniformização de jurisprudência existente no Brasil e a natureza da súmula vinculante dentro desse sistema de uniformização, verificando-se, ao final, a sua função e adequação.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A EXPOSIÇÃO DE HANS KELSEN NA SESSÃO DE OUTUBRO DE 1928 DO INSTITUTO INTERNACIONAL DE DIREITO PÚBLICO

Na primeira metade do século 20, na Europa, havia discussões sobre como fazer e quem deveria ser responsável por fazer a guarda da Constituição.

Hans Kelsen, nessa época, entendia que essa era uma atribuição que deveria caber a um tribunal instituído para tal tarefa, um tribunal constitucional.

Ao contribuir com a redação do projeto de Constituição da República da Áustria que viria a ser aprovado em 1920, Kelsen foi o responsável por incluir em seu texto a previsão de uma corte responsável pelo controle de constitucionalidade “concentrado”¹ das leis e atos administrativos (CUNHA, 2013).

Outra corrente, por exemplo, cujo representante máximo foi Carl Schmitt, defendia que tal papel caberia ao Presidente do *Reich* alemão, no caso, o chefe do Poder Executivo, que, para ele, seria o único órgão com legitimidade para exercer essa função. Expôs sua teoria na obra “O guardião da Constituição”, publicada em 1929 e republicada em 1931 (MENDES, 2007).

O livro intitulado “Jurisdição Constitucional” é uma compilação de textos de autoria de Hans Kelsen² que dizem respeito à jurisdição constitucional, publicados entre os anos de 1924 e 1942, no qual se expõem detalhes sobre a sua concepção acerca das características que devem estar presentes em qualquer jurisdição constitucional a se instituir em um Estado.

É possível considerar como origem da discussão acerca da jurisdição constitucional a exposição proferida por Kelsen na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, na qual ele falou sobre a natureza da “garantia jurisdicional da Constituição”, bem como sobre como levá-la a efeito, utilizando-se como exemplo a Suprema Corte Constitucional da Áustria, por ele

¹ “Concentrado” é a classificação dada ao controle de constitucionalidade quando a competência para fazê-lo é atribuída a um único órgão.

² Há dois textos, entretanto, que foram inseridos na obra, mas que não foram escritos por Kelsen: “Debate no Instituto Internacional de Direito Público” e “A sanção jurisdicional dos princípios constitucionais (Nota de R. Carré de Malberg)”. Esses escritos se inserem na obra por serem a continuação de um debate iniciado por Kelsen, cuja palestra também é transcrita no livro sob o título “A jurisdição constitucional”. Os três textos, em conjunto, constituem o capítulo “A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público)”.

idealizada e da qual ele, à época da palestra, era membro e relator permanente (KELSEN, 2013, p. 123).

Este capítulo, portanto, tratará da exposição de Kelsen e seus pormenores, de forma a introduzir no trabalho o assunto da jurisdição constitucional em sua gênese teórica.

2.1 A RELEVÂNCIA DA AFERIÇÃO DE REGULARIDADE DOS ATOS ESTATAIS

Na ocasião, Kelsen (2013, p. 125) expôs, inicialmente, que as normas jurídicas, na estrutura hierárquica em que se inserem, relacionam-se umas com as outras ora como aplicação do direito, ora como criação do direito. Para ele, a elaboração de uma lei é aplicação da Constituição, que regula como as leis devem ser elaboradas, mas é criação de parâmetro a ser aplicado em uma sentença judicial, por exemplo.

Por esse motivo, quanto de mais alta hierarquia é a norma, mais liberdade teve o seu elaborador ao fazê-la; do contrário, quanto mais inferior a hierarquia da norma, mais restrita é a sua elaboração (KELSEN, 2013, p. 126).

Sendo assim, toda norma jurídica é, em relação àquelas hierarquicamente superiores, aplicação de outra norma, e por isso é que o controle de regularidade conforme o direito não é possível tão somente nos atos jurídicos individuais (sentença e ato administrativo), mas também nas leis, visto que estas são aplicação da Constituição. Portanto, “[...] as garantias da legalidade dos decretos e da constitucionalidade das leis são tão concebíveis quanto as garantias da regularidade dos atos jurídicos individuais” (KELSEN, 2013, p. 126).

Mas essa observância da hierarquia normativa não se fazia presente, à época, em muitos Estados europeus, e foi sobre o que Kelsen falou a seguir, explicando, inclusive, o motivo.

2.2 A INFLUÊNCIA DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL MONÁRQUICA

Após justificar a necessidade de se fazer controle de constitucionalidade das leis, Kelsen (2013, p. 127) ressaltou que, se nos Estados modernos essa prática não era, à época, adotada, os motivos eram políticos, e não jurídicos. Essa situação, por fim, acabou influenciando os pensadores constitucionais desses Estados, que,

por sua vez, não deram a importância teórica que o controle de constitucionalidade das leis merece.

O alvo principal dessa crítica foram as repúblicas originárias de monarquias constitucionais, como, por exemplo, a Alemanha. Segundo Kelsen (2013, p. 127), nesses Estados, a teoria jurídica da monarquia constitucional influenciou significativamente a doutrina constitucionalista, ao ponto de parte dela pretender organizar o Estado conforme um modelo monárquico, com parcela considerável de poder concentrada no Presidente da República.

Nesse sentido, Kelsen (2013, pp. 127-128) considera que:

[...] Como a monarquia constitucional originou-se da monarquia absoluta, sua doutrina é, conseqüentemente guiada sob muitos aspectos pelo desejo de fazer que pareça a menor e mais insignificante possível a diminuição sofrida pelo monarca, outrora absoluto. Na monarquia absoluta, a distinção entre o grau da Constituição e o grau das leis é, decerto, teoricamente possível, mas não desempenha na prática nenhum papel, já que a Constituição consiste unicamente no princípio de que toda expressão da vontade do monarca é uma norma jurídica obrigatória. Não há portanto forma constitucional particular, isto é, normas jurídicas que submetem a regras diferentes a elaboração das leis e a reforma da Constituição; *nela não tem sentido o problema da constitucionalidade das leis.* [...] (grifo nosso).

Por outro lado, a transição da monarquia absoluta para a constitucional sugere um deslocamento de poder do monarca, visto que a Constituição passa a ditar regras de como as leis e emendas constitucionais devem ser feitas, estas com mais dificuldade procedimental do que aquelas (KELSEN, 2013, p. 128).

Contudo, ao contrário do que se esperava, a doutrina constitucionalista desconsiderou essas mudanças, que ameaçavam o poder do monarca. Nesse sentido, insistiam em considerar o monarca como “[...] o único, ou em todo caso o verdadeiro, fator da legislação, declarando que a lei é expressão unicamente da sua vontade”, desconsiderando a importância do papel do Parlamento (KELSEN, 2013, p. 128).

Para justificar essa posição, utilizou-se como artifício o “princípio monárquico” que, segundo Kelsen (2013, p. 128), é uma ideia estranha ao direito, inserida no ordenamento jurídico como princípio implícito, decorrente da ordem constitucional, mas que serviu, em última análise, para “deformar o direito positivo”.

Diante disso, “[...] reduz-se a quase nada – pelo menos teoricamente – a evolução capital da monarquia absoluta à monarquia constitucional, e em todo caso,

o problema da constitucionalidade das leis e suas garantias” (KELSEN, 2013, p. 129).

Por isso, segundo Kelsen (2013, p. 129):

[...] A inconstitucionalidade de uma lei assinada pelo monarca, *a fortiori* sua anulação por tal causa, não podem de forma alguma se apresentar à consciência jurídica como questões de interesse prático. Além disso, a doutrina constitucionalista, apoiando-se muito menos no texto da Constituição a que fizemos alusão acima, reivindica para o monarca, não apenas a sanção dos textos de lei, mas também, com ela e nela, a promulgação exclusiva das leis. Assinando o texto votado pelo Parlamento, o monarca atestaria a constitucionalidade da elaboração da lei. Existiria portanto, de acordo com essa doutrina, certa garantia, pelo menos quanto a uma parte do procedimento legislativo; *mas é precisamente a instância que deveria ser controlada que reivindica a função de controle.* [...]. (grifo nosso).

Nesse cenário, portanto, Kelsen (2013, pp. 129-130) atribui à doutrina da monarquia constitucional a ideia de que “[...] a constitucionalidade da elaboração das leis é suficientemente garantida pelo poder de promulgação do chefe de Estado”.

Superado o atraso teórico da doutrina constitucional monárquica, Kelsen passou a definir o que é Constituição, a fim de se chegar ao conceito adequado de controle de constitucionalidade.

2.3 A DEFINIÇÃO KELSENIANA DE “CONSTITUIÇÃO”

Ao longo do tempo a Constituição se manifestou de várias formas nos Estados. Todavia, segundo Kelsen (2013, p. 130), “[...] conservou um núcleo permanente”.

Nessa linha, Kelsen (2013, p. 130-131) conceitua a Constituição como “a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”, “o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender”, “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”, ou, ainda, no sentido estrito da palavra *Constituição*:

[...] a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplica-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal. (KELSEN, 2013, p. 131).

Esse *status* de fundamento do Estado é que justifica a diferenciação entre normas constitucionais e infraconstitucionais e a submissão daquelas a processo legislativo específico, com condições mais difíceis de alcançar, pois assim se dá à Constituição a maior estabilidade possível (KELSEN, 2013, p. 131).

Assim, se há no ordenamento jurídico uma espécie de norma com hierarquia superior e requisitos especiais de alteração que define a *forma* como as leis devem ser feitas, nada impede que essa espécie seja utilizada para definir, também, o *conteúdo* das leis, como ocorre nas normas que definem direitos fundamentais e liberdades individuais. Eis o conceito de *Constituição* em sentido amplo, que traça “[...] princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras” (KELSEN, 2013, p. 131).

Dito isso, tem-se que:

[...] A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta. (KELSEN, 2013, p. 132).

Faz-se a distinção, sob tal perspectiva, entre a *inconstitucionalidade material* e a *inconstitucionalidade formal*, sendo esta a decorrente de violação do *procedimento* de elaboração das leis, e aquela a oriunda da inobservância do *conteúdo* que as leis devem ter, segundo a Constituição.

Kelsen (2013, p. 132), entretanto, considera que essa distinção só faz sentido se for feita a ressalva de que, de certa forma, todo caso de inconstitucionalidade material é também um caso de inconstitucionalidade formal, pois se a norma que não condiz com a prescrição de conteúdo dada pela Constituição fosse aprovada sob o procedimento previsto para as emendas constitucionais, modificaria o texto constitucional e seria válida.

Por isso, se o ordenamento constitucional não estabelece procedimentos diferentes para a promulgação de leis ordinárias e de emendas à Constituição, a positivação de limites para o conteúdo das leis no texto constitucional não tem eficácia, como ocorre em casos em que a própria Constituição dá poder ao legislador ordinário para modificá-los (KELSEN, 2013, p. 132).

Definida a noção de Constituição, Kelsen passa a discorrer sobre o que ele chama de “garantias da regularidade”, que são os instrumentos por meio dos quais se busca evitar o abuso do Estado em seus atos.

2.4 AS “GARANTIAS DA REGULARIDADE”

O ponto principal dessa parte da exposição de Kelsen reside na questão da competência para anular um ato irregular, se deve ser confiada ao próprio órgão produtor do ato, ou se deve ser dada a um órgão diverso.

O jurista considera que atribuir essa tarefa ao próprio órgão de onde emanou o ato, significa evitar a perda da autoridade desse órgão (que, a princípio, é supremo) diante de uma reforma de seus atos por outro órgão. Invocam-se, aqui, os dogmas da separação dos poderes e da “soberania” do órgão (KELSEN, 2013, p. 146).

A invocação desses princípios, entretanto, é insuficiente para considerar essa solução mais garantidora do que atribuir tal competência a órgão externo ao que agiu irregularmente (KELSEN, 2013, p. 146).

Segundo Kelsen (2013, p. 147), só existe garantia de regularidade “[...] se a anulação do ato irregular for pronunciada imediatamente por um órgão completamente diferente e independente daquele que produziu o ato irregular”.

2.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como uma forma de garantia da regularidade, a anulação do ato inconstitucional, segundo Kelsen (2013, p.148), é a principal garantia da Constituição, embora haja outros mecanismos capazes de garantir a regularidade dos atos estatais tendo como parâmetro normas infraconstitucionais.

2.5.1 A quem deve caber a guarda da Constituição?

Conforme o pensamento de Kelsen (2013, p. 150), quando se trata de controle de constitucionalidade, a vontade de se dar ao próprio órgão do qual emanou a norma irregular a competência para o anular é tão grande quanto a contraindicação da adoção desse procedimento.

Além disso, prestigiar o legislador com a prerrogativa de anular os próprios atos que foram declarados inconstitucionais por um órgão diverso não possui efeitos práticos. Isso porque “[...] o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de modo eficaz” (KELSEN, 2013, p. 150).

Tal desobrigação imanente – que Kelsen (2013, p. 150) considera como motivo para não se poder contar com o Parlamento quando o objetivo é subordiná-lo à Constituição – se deve ao fato de que o órgão legislativo considera como sua função, em grande medida, unicamente a criação do direito. Contudo, sua liberdade de criação tem os limites traçados na própria Constituição, ainda que minimamente, quando ela estabelece, por exemplo, o processo legislativo e os princípios básicos a serem levados em conta quando da edição das leis.

Portanto, acerca do Parlamento:

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, 2013, p. 150).

À jurisdição constitucional, portanto, a ser exercida por um tribunal constitucional, deve ser confiada a guarda exclusiva da Constituição.

2.5.2 As objeções teóricas à jurisdição constitucional

São comumente feitas, porém, duas objeções à jurisdição constitucional: a “soberania do Parlamento” e a que decorre do princípio da separação dos poderes (KELSEN, 2013, pp. 150-151).

Quanto à suposta “soberania do Parlamento”, Kelsen (2013, p. 150) sustenta a sua inexistência, já que soberano é o Estado, não podendo o ser um de seus órgãos internos.

Assim:

[...] esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração (KELSEN, 2013, pp. 150-151).

Qualquer discordância a esse posicionamento, segundo Kelsen (2013, p. 151), só é justificável se se tiver como escopo a criação de um poder legislativo ilimitado, em violação ao direito positivo. Isso não configura, no entanto, um argumento jurídico válido, mas um argumento político.

Em relação à oposição à jurisdição constitucional fundada no princípio da separação dos poderes, Kelsen (2013, p. 151) diz haver o mesmo problema.

Ele admite que “[...] a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no ‘poder legislativo’, como se costuma dizer” (KELSEN, 2013, p. 151).

Entretanto, explica que, verdadeiramente, quando um órgão anula uma lei inconstitucional, não exerce função jurisdicional, mas sim legislativa, pois nessa prática não se estabelece uma norma individual; a norma estabelecida (anuladora de norma em vigor) tem caráter geral, e é isso que se entende por legislação (KELSEN, 2013, pp. 151-152).

Dessa forma, “um tribunal que tenha o poder de anular as leis é [...] um órgão do poder legislativo”. Nesse caso, portanto, existe uma “repartição do poder legislativo entre dois órgãos” (KELSEN, 2013, p. 152).

Por esses motivos, a jurisdição constitucional exerce, de fato, função de afirmação do princípio da separação dos poderes, e não o contrário (KELSEN, 2013, p. 152).

Seria oportuna, nesse sentido, a análise acerca da organização formal da jurisdição constitucional, já que ela constitui função legislativa, ainda que negativa.

2.5.3 A restrição à anulação legislativa

Não faz sentido, também, se preocupar com a possibilidade de a jurisdição constitucional ser exercida por um órgão organizado na forma de tribunal, pois o controle exercido sobre o Parlamento e o governo evidenciam a necessidade de sua independência (KELSEN 2013, pp. 152-153).

Cumpra, todavia, estudar se o fato de tal órgão exercer função legislativa afetaria a forma de sua composição (KELSEN, 2013, p. 153).

Não há, também nesse ponto, nenhum problema, “[...] porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo

não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis” (KELSEN, 2013, p. 152).

Vem à tona, nesse contexto, a diferença entre elaborar e anular uma lei. A liberdade – quase absoluta, somente limitada pelos preceitos constitucionais – presente na elaboração das leis é invertida quando se aprecia sua anulabilidade. Isso porque “[...] a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição” (KELSEN, 2013, p. 153).

Desse modo, a atuação da jurisdição constitucional é em grande medida similar com a de qualquer outro tribunal, pois sua função se concentra na *aplicação do direito*, e apenas em pequena parte na sua *criação* (KELSEN, 2013, p. 153).

Contudo, para definir a atuação da jurisdição constitucional, faz-se necessário o estabelecimento de seu objeto, a fim de que não se cometam abusos.

2.5.4 A matéria analisada no controle de constitucionalidade

O objeto principal do controle de constitucionalidade, para Kelsen (2013, p. 155), são as leis. Segundo Kelsen (2013, p. 155): “Por leis, cumpre entender os atos assim denominados dos órgãos legislativos, isto é, nas democracias modernas, dos parlamentos centrais ou, tratando-se de um Estado federativo, locais”.

Por isso, todos os atos emanados dos órgãos legislativos, ainda que não possuam conteúdo de lei, mas somente forma, devem estar sujeitos ao controle de constitucionalidade, bem como aqueles em que a forma de lei é dispensada, mas provêm desses órgãos. Também devem ter a constitucionalidade apreciada pela jurisdição constitucional os atos cujo conteúdo é reservado, pela Constituição, às leis, mas foram aprovados sob outra forma, como resoluções, decretos e regulamentos, por exemplo (KELSEN, 2013, p. 155-156).

Kelsen (2013, p. 156) igualmente se refere aos decretos de necessidade – no Brasil existentes sob a forma de “medidas provisórias”, que são editadas pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência, na forma do artigo 62 da Constituição Federal, tendo força de lei (BRASIL, 2015a) – como objetos do controle de constitucionalidade.

Segundo Kelsen (2013, p. 156):

O controle da sua constitucionalidade é tanto mais importante porque qualquer violação à Constituição significa aqui um atentado ao limite, tão

importante politicamente, que se estende entre a esfera do governo e a do Parlamento. Quanto mais estritas as condições em que a Constituição os autoriza, tanto maior o perigo de uma aplicação inconstitucional dessas disposições, e tanto mais necessário um controle jurisdicional de sua regularidade.

Acerca das normas internacionais, Kelsen (2013, p. 159) também as considera objeto do controle de constitucionalidade. Segundo o seu entendimento, se as normas internacionais, quando internalizadas pelo Estado, têm o poder de derogar as leis vigentes, o controle de sua regularidade conforme a Constituição é politicamente recomendado e juridicamente possível.

As questões finais acerca do objeto do controle de constitucionalidade incide nas leis que não estão mais em vigor, bem como nas anteriores à Constituição.

Kelsen (2013, p. 162) propõe a seguinte solução quanto às cuja vigência já encerrou:

[...] se uma norma geral – somente as normas gerais são consideradas aqui – ab-roga outra norma geral sem nenhuma retroatividade, as autoridades deverão continuar a aplicar a norma ab-rogada a todos os fatos que se produziram quando ela ainda estava em vigor. Se se quiser afastar essa aplicação em razão da inconstitucionalidade da norma ab-rogada – supondo-se que não foi o tribunal constitucional que a anulou –, é preciso que essa inconstitucionalidade seja estabelecida de maneira autêntica e que, assim, seja retirado da norma o derradeiro resto de vigor que ela conserva.

A respeito das normas anteriores à Constituição, Kelsen (2013, pp. 162-163) explica que o controle de sua constitucionalidade não é possível, já que, se ela não for “constitucional”, do ponto de vista da adequação de seu conteúdo ao da Constituição, ela foi, na verdade, revogada pela Constituição quando esta entrou em vigor, em razão do princípio da “*lex posterior*”. Para Kelsen (2013, pp. 163-164), entretanto, esse juízo de recepção da norma pela Constituição deve ser, também, atribuição reservada unicamente ao tribunal constitucional.

2.5.5 O parâmetro do controle de constitucionalidade

O critério a ser utilizado no exercício da jurisdição constitucional deve ser a norma hierarquicamente superior à que se verifica a regularidade. No caso das leis, a Constituição; no caso das normas inferiores às leis, as próprias leis (KELSEN, 2013, p. 164).

Kelsen (2013, p. 165) considera, entretanto, haver um detalhe a ser observado quanto a isso: as normas de direito internacional têm possibilidade de ser utilizadas como parâmetro de controle de constitucionalidade?

Em sua concepção, na medida em que a Constituição autoriza o Estado a firmar tratados internacionais, estes se constituem em expressão da volição estatal, assim como são as leis. Dessa forma, “[...] uma lei contrária a um tratado é [...] – pelo menos indiretamente –, inconstitucional” (KELSEN, 2013, p. 165).

O mesmo não ocorre, porém, quando a Constituição não reconhece o direito internacional. Se a Constituição não dá validade às normas internacionais, elas não existem no plano interno, não podendo ser utilizadas como base a uma decisão do tribunal constitucional (KELSEN, 2013, p. 166).

Sobre isso, Kelsen (2013, p. 166) comenta:

Por mais desejável que fosse ver todas as Constituições acolherem, seguindo o exemplo das Constituições alemã e austríaca, as regras do direito internacional geral de maneira a permitir sua aplicação por um tribunal constitucional estatal, há que convir porém que, na falta desse reconhecimento, nada autorizaria juridicamente o tribunal constitucional a declarar uma lei como contrária ao direito internacional [...].

Para ele, o tribunal constitucional que fundamenta suas decisões em normas não reconhecidas pela Constituição perde a qualidade tribunal estatal, passando a ser considerado órgão de uma comunidade jurídica superior ao Estado que o criou; mas considerado apenas de fato, pois juridicamente não deve existir a distribuição de competência, pela Constituição da comunidade jurídica internacional, para que aquele tribunal guarde as suas disposições normativas (KELSEN, 2013, pp. 166-167).

Qualquer tipo de norma “suprapositiva” fica, também, excluída dos parâmetros a serem observados no controle de constitucionalidade (KELSEN, 2013, p. 167).

Se essas normas, vistas como “naturais”, estão inseridas no texto constitucional, sua aplicação é permitida simplesmente por se tratar de norma introduzida pelo legislador no ordenamento jurídico (KELSEN, 2013, p. 167).

Mas, se se trata de princípios que não foram traduzidos em normas de direito positivo, mas que deveria sê-lo só porque seriam equitativos [...], estamos então simplesmente diante de postulados que não são juridicamente obrigatórios, que na realidade exprimem apenas os interesses de certos grupos [...] (KELSEN, 2013, p. 167).

Na hipótese de essas normas não serem previstas pela Constituição, sua utilização não se traduz em aplicação do direito, no sentido técnico (KELSEN, 2013, p. 168).

Quando a Constituição estabelece princípios como “equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade”, sem, contudo, conceituar esses termos, está dando total liberdade para que o legislador ordinário – e somente ele – preencha o seu sentido (KELSEN, 2013, p. 168).

Em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa e não pode significar que a oposição entre o direito positivo e a concepção pessoal que eles possam ter da liberdade, da igualdade, etc. possa dispensar os órgãos de criação do direito de aplicá-lo. As fórmulas em questão não têm, portanto, de modo geral, grande significado. Elas não acrescentam nada ao estado real do direito (KELSEN, 2013, pp. 168-169).

Esses princípios genéricos, nas palavras de Kelsen (2013, p. 169), quando usados pelo tribunal constitucional, “[...] podem desempenhar um papel extremamente perigoso”.

Tais princípios com conteúdo indeterminado pela Constituição devem servir como “diretivas concernentes ao conteúdo das leis”. Caso sejam usadas como parâmetro de controle de constitucionalidade de lei, mesmo sem uma determinação de seu conteúdo, o tamanho do poder do tribunal se tornaria insuportável. Isso porque a maioria dos membros do tribunal, cuja composição é feita de forma “mais ou menos arbitrária do ponto de vista político”, poderia determinar um conteúdo a esses princípios completamente ao contrário do que entende a maioria da população e do Parlamento, que votou a lei (KELSEN, 2013, p. 169).

A fim de solucionar esse problema, Kelsen (2013, pp. 169-170) sugere que, quando a Constituição cria um tribunal constitucional, deve abster-se de prever princípios como os acima expostos, e, se for prever princípios visando determinar o conteúdo das leis, tal previsão deve ser “o mais precisa possível”.

2.5.6 A decisão do processo de controle de constitucionalidade e seus efeitos

Para que a jurisdição constitucional alcance seu objetivo com eficácia, é necessário que a decisão do tribunal com essa incumbência tenha força normativa para, por si só, anular o ato irregular (KELSEN, 2013, 170).

Além disso, a fim de proporcionar segurança jurídica, é prudente não atribuir, como regra, efeito retroativo à decisão do tribunal constitucional (KELSEN, 2013, p. 171).

Entretanto, em relação aos atos cuja irregularidade foi questionada antes da declaração de inconstitucionalidade da norma em que ele se fundamenta, não se deve impedir a retroatividade àquele caso, não havendo que se falar em segurança jurídica (KELSEN, 2013, p. 171).

A retroatividade igualmente é indesejável para impedir o efeito repristinatório³. Ainda que seja inconstitucional a lei revogadora, o efeito de revogação deve subsistir, principalmente se o vício de constitucionalidade for meramente formal. Nesse caso, para evitar que um assunto, de uma hora para a outra, passe a não mais ser regulamentado pelo direito, conferindo liberdade plena aos cidadãos, a modulação de efeitos⁴ se mostra uma boa opção, para que o legislador consiga, a tempo, produzir a lei necessária a preencher o vazio deixado por aquela inconstitucional (KELSEN, 2013, p. 172).

Contudo, em determinados casos o efeito repristinatório pode ser algo desejável, devendo caber ao tribunal a tarefa de aferir a conveniência da restauração da norma anterior, apenas não sendo recomendado que a Constituição seja categórica ao dar, ou não, esse efeito a todas as decisões do tribunal constitucional (KELSEN, 2013, p. 172).

A todas essas recomendações acerca do efeito repristinatório há, todavia, uma exceção: a declaração de inconstitucionalidade da lei que apenas revoga outra lei. Ora, se o único efeito da lei foi revogar outra lei, não faria sentido que sua anulação não permitisse o restabelecimento da lei anterior (KELSEN, 2013, p. 172).

De um modo geral, o efeito repristinatório é indesejável pelo motivo de que, se for tomado como regra, haveria certa ampliação do caráter legislativo do tribunal constitucional, visto que ele poderia, com a intenção de legislar positivamente, restaurar leis anteriores cujo conteúdo lhe interessasse a vigência – ainda que a entrada em vigor de normas se desse tão somente nos moldes do que já fora aprovado pelo legislador ordinário em outra oportunidade (KELSEN, 2013, p. 172).

³ Repristinção é o fenômeno que ocorre quando uma norma revoga a norma que, outrora, revogou uma terceira norma, restabelecendo a vigência desta.

⁴ Providência tomada pelo tribunal para fazer com que sua decisão só produza efeitos a partir de data futura.

Outra peculiaridade acerca da decisão declaratória de inconstitucionalidade é sobre o seu alcance dentro da norma. Para Kelsen (2013, p. 173), é possível conferir ao tribunal a faculdade de anular a lei inteira ou somente alguns dispositivos.

2.5.7 A legitimidade ativa no processo do controle de constitucionalidade

A legitimidade para arguir a inconstitucionalidade de uma norma – com a finalidade de garantir a Constituição o máximo possível – deveria ser dada a qualquer pessoa. No entanto, o provável congestionamento de ações sem fundamento no tribunal constitucional, obstando suas funções, recomenda a não adoção dessa providência (KELSEN, 2013, p. 174).

A esse problema político, Kelsen propõe algumas soluções, a serem tomadas conjuntamente.

A primeira delas consiste em “autorizar e obrigar” aquelas autoridades que, diante de um caso concreto, tenham dúvida acerca da constitucionalidade de uma norma a ser aplicada, a suspender a análise do caso e postular uma posição do tribunal constitucional para, posteriormente e com base em sua decisão, resolver o caso (KELSEN, 2013, p. 174).

Nessa hipótese, contudo, a regra da irretroatividade não deve ser observada, sob pena de esvaziar essa solução, o que motivaria as autoridades a não mais tomá-la (KELSEN, 2013, pp. 174-175).

Essa solução comporta, ainda, a situação de a parte que considera a norma inconstitucional provocar a autoridade julgadora para que remeta a análise da constitucionalidade ao tribunal constitucional, sendo um meio indireto de pedir a posição deste (KELSEN, 2013, p. 175).

Outra solução é traduzida na legitimação dos estados da federação a arguir a inconstitucionalidade de normas da União, bem como na legitimação da União a arguir a das normas dos estados federados (KELSEN, 2013, p. 175).

A terceira solução proposta por Kelsen (2013, p. 175) é a criação de uma instituição com a incumbência de defender a Constituição junto ao tribunal constitucional, promovendo, de ofício, as ações necessárias à garantia da Constituição. A tal órgão deve ser dada a máxima independência, “tanto em relação ao governo como em relação ao Parlamento”.

A quarta solução é dar a legitimação para provocar o tribunal constitucional a uma “minoria qualificada” do Parlamento (KELSEN, 2013, p 176).

A quinta e última solução é semelhante à primeira, com a diferença de que quem analisa o caso concreto é o próprio tribunal constitucional. Nessa situação, em caso de possível inconstitucionalidade da norma que definirá o caso, o próprio tribunal interrompe a análise do caso e passa a aferir, de ofício, a constitucionalidade da norma (KELSEN, 2013, p. 176).

2.5.8 As partes do processo de controle de constitucionalidade

Como princípios a serem observados nos processos de jurisdição constitucional, Kelsen (2013, p. 177) enumera a publicidade e a oralidade.

Os casos de que o tribunal constitucional trata são de um interesse geral tão considerável que não se poderia excluir em princípio a publicidade do procedimento, que somente uma audiência pública garante. Poderíamos até perguntar se o julgamento pelo colégio de juízes também não deveria ocorrer em audiência pública (KELSEN, 2013, p. 177).

Figuram como possíveis partes interessadas no processo: o órgão de origem do ato cuja inconstitucionalidade foi arguida, para promover a defesa de sua regularidade; a pessoa que fez o pedido; o particular, nos casos em que o controle de constitucionalidade decorra de pedido feito incidentalmente por autoridade julgadora; e o particular que possuir a prerrogativa de provocar diretamente o tribunal. Os órgãos estatais devem se fazer representar por seus presidentes, ou autoridade equivalente. Já os particulares, considerando o “caráter eminentemente jurídico do litígio”, devem constituir advogado (KELSEN, 2013, p. 177).

Tem-se, assim, que o processo de controle de constitucionalidade possui certa complexidade em relação às partes envolvidas, já que o que se discute nesses casos não alcança, diretamente, o mundo dos fatos, mas apenas abstrações, o que impossibilita a figura do “autor” e do “réu”.

2.5.9 A forma de publicação da decisão

A anulação pronunciada pela decisão do tribunal deve, para produzir seus efeitos, ser publicada da mesma forma como foi publicada a norma anulada. Tal providência, entretanto, não afasta a possibilidade de o tribunal constitucional

possuir um “Diário Oficial” próprio. Porém, para ser eficaz, além de anular a norma, a decisão do tribunal deve também constituir a obrigação de o órgão que publicou a norma anulada publicar da mesma forma a decisão que declara sua anulação (KELSEN, 2013, p. 178).

Evidencia-se, aqui, um caráter de igual hierarquia normativa entre a norma anulada e a sentença anuladora, justamente por deverem ser publicadas da mesma forma e no mesmo diário, a fim de terem o mesmo alcance.

2.6 AS FUNÇÕES EXERCIDAS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO E NA POLÍTICA

Para Kelsen (2013, p. 179), “[...] uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”. Isso porque, sendo possível a sua violação e inexistindo sanção, seu conteúdo não tem capacidade de obrigar nenhum órgão legislativo. Assim, ocorreria uma contradição consistente na violação, pelas normas infraconstitucionais, da própria norma de onde tiram sua validade – a Constituição.

Mas a jurisdição constitucional não possui somente essa importância, principalmente nas repúblicas democráticas, onde a função de controle dos atos estatais exerce papel fundamental (KELSEN, 2013, p. 181).

Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela [a República democrática], essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista (KELSEN, 2013, p. 181).

A garantia de regularidade dos atos estatais conforme o predefinido pela Constituição impede o “atropelo” da maioria sobre a minoria, cuja dominação deve ser feita dentro dos parâmetros constitucionais. A algumas matérias se exige, conforme a Constituição, maioria qualificada para aprovação, o que pressupõe a aceitação de parte da minoria, sem a qual uma maioria simples não obteria êxito (KELSEN, 2013, p. 181).

Por esse motivo a garantia da Constituição possui elevado valor para a minoria, que, com a “simples ameaça” de pedido ao tribunal constitucional, pode

conseguir impedir a violação, por parte da maioria, de seus interesses protegidos pela Constituição (KELSEN, 2013, p. 182).

Apesar desses significados que tem a jurisdição constitucional, Kelsen (2013, p. 182) considera como mais importante o que ela tem nos Estados cuja forma de organização é a federação.

“A repartição das competências é o cerne político da ideia federalista” (KELSEN, 2013, p. 183), e nisso consiste a importância da jurisdição constitucional, que serve, no caso, como limitadora da invasão da competência de um ente federativo pelo outro.

Seria naturalmente necessário, porém, exigir que o tribunal constitucional a que caberia julgar as leis e regulamentos da União e dos estados federados proporcionasse, por sua composição paritária, garantias de objetividade suficientes, e se apresentasse não como um órgão exclusivo da União ou dos estados federados, mas como o órgão da coletividade que os engloba igualmente, da Constituição total do Estado, cujo respeito seria encarregado assegurar (KELSEN, 2013, pp. 184-185).

Cabe ressaltar, porém, que não existe hierarquia entre o direito federal e o estadual, o que iria frontalmente de encontro à ideia de federação. A instituição capaz de garantir essa igualdade no tratamento das normas é, sem dúvida, o tribunal constitucional (KELSEN, 2013, p. 185).

Jurisdição internacional e jurisdição constitucional têm certa semelhança de objetivos. Assim como aquela visa tornar inútil os confrontos armados, por resolver os conflitos conforme normas superiores às ordens dos Estados envolvidos, esta possui, no seu fim, a função de garantir a paz política interna no Estado à qual corresponde (KELSEN, 2013, p. 186).

Verifica-se, portanto, a atualidade do tema “jurisdição constitucional”, bem como a importância de delimitar o adequado e o inadequado teoricamente nessa matéria, visto que o poder exercido pelo tribunal constitucional é grande e abrangente, o que pode acarretar, em caso de excesso de poder, prejuízos indetermináveis.

3 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.1 OS MODELOS MODERNOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O constitucionalismo moderno consagra três modelos de controle de constitucionalidade: americano, austríaco e francês (BARROSO, 2012, p. 46).

O modelo francês não será aqui tratado por se distanciar, de certa forma, do objeto central deste trabalho, já que se trata de modelo de controle de natureza *não judicial* (BARROSO, 2012, pp. 46-47).

O modelo austríaco é o idealizado por Kelsen e já exposto no capítulo anterior, que tem como principal característica o controle de constitucionalidade realizado de forma concentrada, ou seja, cuja competência se dá a um único tribunal ou a um conjunto limitado deles, os quais são criados para essa finalidade, ou a têm como principal (BARROSO, 2012, pp. 49-50).

O modelo americano, por ter sido o primeiro modelo de controle judicial existente na modernidade constitucional (BARROSO, 2012, p. 47), o qual “vigora no Brasil desde a implantação da República” (STRECK, 2002, p. 340), merece tópico especial dentro deste trabalho, a seguir.

3.1.1 O modelo americano de controle de constitucionalidade

3.1.1.1 *Marbury versus Madison*: a gênese do modelo americano

No final do ano de 1800 foram realizadas eleições nos Estados Unidos da América, nas quais o então presidente John Adams e seu partido (federalista) foram derrotados no cargo de Presidente da República – para o qual foi eleito Thomas Jefferson, do partido republicano, que iria tomar posse em 4 de março de 1801 – e nos cargos parlamentares, que viriam a ser preenchidos, em sua maioria, por republicanos (BARROSO, 2012, p. 25).

Com a iminente perda de poder, o então presidente Adams e seus aliados, que ainda detinham a maioria no parlamento, criaram uma estratégia para minimizar a perda de poder experimentada naquelas eleições. Assim, foi aprovado, em 13 de fevereiro de 1801, *the Circuit Court Act*, uma lei que reorganizava o Judiciário federal, reduzindo o número de cargos na Suprema Corte e criando

dezesseis novos cargos de juiz federal, os quais viriam a ser preenchidos por aliados federalistas de Adams (BARROSO, 2012, p. 25).

Ainda naquele mês, no dia 27, foi promulgado *the Organic Act of the District of Columbia*, uma lei que autorizou a nomeação, pelo Presidente – cargo ainda ocupado por Adams – de quarenta e dois juízes de paz. Com a nomeação, o Senado confirmou os nomes em 3 de março, um dia antes da posse do novo presidente, Thomas Jefferson (BARROSO, 2012, p. 25).

No mesmo dia, Adams assinou os atos de investidura dos juízes de paz e deu a John Marshall, Secretário de Estado, a atribuição de entregar tais atos aos nomeados. Ocorre que, pela exiguidade do tempo, Marshall não deu conta de entregar todos os atos de investidura. No dia seguinte, Thomas Jefferson tomou posse no cargo de Presidente dos Estados Unidos da América (BARROSO, 2012, p. 25).

Novo governo, novos ocupantes de cargos de confiança. James Madison, Secretário de Estado do governo de Jefferson, então, negou a entrega dos atos de investidura assinados pelo presidente Adams àqueles que não os haviam recebido. Por esse motivo, William Marbury – um dos quais não receberam os atos de investidura – ajuizou um *writ of mandamus* (uma espécie de ação judicial) diretamente na Suprema Corte americana. Fundamentou o ajuizamento direto no *Judiciary Act*, de 1789, que atribuíra à Suprema Corte a competência para apreciar aquele tipo de ação (BARROSO, 2012, pp. 25-26).

Sucedo, contudo, que o Congresso, já agora de maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*, de 1801), extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a essa decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de *impeachment* de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte.

Foi nesse ambiente politicamente hostil e de paixões exacerbadas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos (BARROSO, 2012, p. 26).

Antes de adentrar aos pontos da histórica decisão, é de se destacar que John Marshall, Secretário de Estado do governo Adams – aquele que não conseguiu

entregar os atos de investidura a tempo –, havia passado a exercer o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*), pois fora nomeado por Adams e aceito pelo Senado, tendo prestado compromisso em 4 de fevereiro de 1801 (BARROSO, 2012, p. 25).

Marshall consignou, em seu voto, que Marbury era detentor do direito de ocupar o cargo e que, se tinha esse direito, deveria haver um remédio jurídico capaz de assegurar seu cumprimento (BARROSO, 2012, pp. 26-27).

A seguir, passou a analisar “se o *writ of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo”. Quanto ao cabimento do *writ*, respondeu afirmativamente (BARROSO, 2012, p. 27).

Já sobre a possibilidade de a ordem emanar da Suprema Corte, a resposta foi negativa. Segundo Marshall, o *Judiciary Act* de 1789, na medida em que criou a hipótese de competência originária para julgar o *writ of mandamus*, violou a Constituição dos Estados Unidos, já que não se poderia criar novas hipóteses de competência originária da Suprema Corte além das já definidas constitucionalmente (BARROSO, 2012, p. 27).

“Diante do conflito entre a lei e a Constituição, Marshall chegou à questão central do acórdão: pode a Suprema Corte deixar de aplicar, por inválida, uma lei inconstitucional?” (BARROSO, 2012, p. 27).

Como fundamento, o magistrado expôs o que são, para Luís Roberto Barroso (2012, p. 27), “os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade”: a *supremacia da Constituição*, a *nulidade da lei que contrarie a Constituição* e que é o *Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*.

No caso *Marbury versus Madison*, esse juiz demonstrou que, se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. Demonstrou mais que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da constitucionalidade de uma lei. De fato, se duas leis entrarem em conflito, deve o juiz decidir qual aplicará. Ora, se uma lei entrar em conflito com a Constituição, é ao juiz que cabe decidir se aplicará a lei, violando a Constituição, ou, como é lógico, se aplicará a Constituição, recusando a lei (FERREIRA FILHO, 2012, p. 55).

Tamanho foi a “sagacidade política” dessa decisão que, ao mesmo tempo em que o Judiciário encampava seu próprio poder de fazer controle de constitucionalidade dos atos dos outros poderes – algo que dificilmente seria aceito

por aqueles que ocupavam esses poderes –, adotava medida que os agradava, o que fez com que não houvesse resistência por parte deles (mesmo porque é, na prática, impossível descumprir uma decisão que não ordena que se tome nenhuma medida), estabelecendo um precedente aceito politicamente (BARROSO, 2012, p. 28).

Em 1819, a Suprema Corte foi novamente provocada a analisar a constitucionalidade de uma lei federal no julgamento do caso *McCulloch versus Maryland*, mas a declarou constitucional. Só em 1857 é que a Suprema Corte fez, após *Marbury versus Madison*, a primeira declaração de inconstitucionalidade de uma lei, em decisão no caso *Dread Scott versus Stanford* (BARROSO, 2012. Pp. 28-29).

Pode-se afirmar, desse modo, que *Marbury versus Madison* foi a primeira decisão de controle de constitucionalidade proferida na história do direito constitucional moderno (BARROSO, 2012, p. 29).

3.1.1.2 O conceito de controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso de constitucionalidade, segundo Barroso (2012, p. 49) é aquele que “permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”

Nas palavras de Streck (2002, p. 361), este analisando a forma brasileira de controle difuso, tal forma de controle é possível de ser realizada em qualquer ação, não importando se a lei ou ato normativo é municipal, estadual ou federal, e pode ser suscitada por qualquer das partes, além de poder ser declarada de ofício pelo juiz.

Tavares (2013, p. 330) da mesma forma conceitua essa modalidade de controle judicial de constitucionalidade:

O modelo de controle *concreto* ocorre quando for exercido durante determinado processo jurisdicional, desde que se pretenda, com ele, a resolução de algum ponto de Direito para a solução de uma controvérsia intersubjetiva. Este modelo tem matriz norte-americana, inaugurado com a célebre decisão de 1803, no caso *Marbury vs. Madison*.

Mendes e Branco (2014, pp. 1338-1339) ressaltam que a decisão no controle difuso não se dá no objeto da ação, mas em “questão prévia, indispensável

ao julgamento do mérito”. Além disso, tal decisão tão somente afasta a incidência da norma inconstitucional naquele caso, sem, contudo, vincular outros juízes e tribunais.

Segundo Ferreira Filho (2012, pp. 58-59), o sistema americano de controle de constitucionalidade se dá conforme a premissa de que o controle de constitucionalidade exercido por um juiz é mero caso de decisão em sede de conflito de leis, na qual se decide qual lei se aplica a determinado caso.

Entretanto, enseja por muito tempo a dúvida sobre a constitucionalidade, visto como diversos juízes são chamados a apreciar a mesma questão constitucional e podem ter opinião divergente, o que acarretará decisões que se contradizem entre si. De qualquer forma, apenas após a manifestação do mais alto Tribunal ficará definida a questão de constitucionalidade (FERREIRA FILHO, 2012, pp. 58-59).

Ferreira Filho (2012, p. 59) ensina que a modalidade de controle difuso também é chamada de “incidental”, visto que o juiz, ao analisar o caso concreto, apenas usa a (in)constitucionalidade da lei como *razão de decidir*, não decidindo acerca da validade ou não da lei. Ou seja, o juiz somente decide se o direito cabe a uma ou à outra parte. A questão da constitucionalidade faz parte de sua fundamentação.

Nesse sentido, são valiosas as palavras de Streck (2002, p. 362) segundo o qual “qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição”.

Superada a conceituação de controle difuso de constitucionalidade e sua origem, cabe acompanhar o desenvolvimento dessa forma de controle judicial no Brasil e a introdução gradativa do controle concentrado.

3.2 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A teoria constitucional brasileira, é possível dizer, nasceu com a Proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891, momento histórico em que o controle de constitucionalidade foi implantado no Brasil, com inspiração no modelo norte-americano (STRECK, 2002, pp. 339-340).

Por esse motivo, no presente trabalho não se abordará a Constituição do império (1824), já que, em relação a esse período, não há história a ser contada sobre controle judicial de constitucionalidade, pois isso não existia (BARROSO, 2012, p. 57).

Analisar-se-á, portanto, nos seguintes tópicos, como se desenvolveu o controle judicial de constitucionalidade em cada Constituição brasileira que existiu desde o momento em que o Brasil adotou a república como forma de governo.

3.2.1 A Constituição de 1891

Como dito em linhas anteriores, o controle judicial de constitucionalidade passou a existir no Brasil a partir da inserção de previsão expressa no texto original da Constituição de 1891, a qual foi promulgada após a Proclamação da República (BARROSO, 2012, p. 57).

Conforme observam Mendes e Branco (2014, p. 118), acerca das inovações trazidas pela Constituição de 1891:

A Constituição de 1891 criou a Justiça Federal, ao lado da Estadual, situando o Supremo Tribunal Federal no ápice do Poder Judiciário. Ao STF cabia, além de competências originárias, julgar recursos de decisões de juízes e tribunais federais e recursos contra decisões da Justiça estadual que questionassem a validade ou a aplicação de lei federal.

Com a criação do Poder Judiciário no âmbito da União e dos Estados, foi dada a seus membros a competência de declararem a invalidade das leis, tendo como parâmetro a Constituição Federal. Essa competência se deu nos moldes do modelo americano, onde o controle de constitucionalidade é exercido de forma incidental e difusa (BARROSO, 2012, p. 57).

Segundo Streck (2002, p. 341), apesar da inovação trazida pelo texto republicano, não houve previsão de atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, adotou-se o modelo americano, sem, contudo, dar às decisões do Supremo Tribunal Federal a força vinculante que têm os precedentes emitidos pela Suprema Corte americana.

Mesmo que o STF, apreciando recurso extraordinário, julgasse inconstitucional uma lei, qualquer outro juiz ou tribunal poderia continuar a aplicá-la, exatamente pela ausência de um mecanismo que fizesse com que a decisão do Supremo Tribunal alcançasse todo o sistema jurídico (STRECK, 2002, p. 341).

Essa situação, entretanto, foi modificada com a entrada e vigor da Constituição de 1934, consoante será visto a seguir.

3.2.2 A Constituição de 1934

Com a finalidade de acabar com o problema da falta de efetividade das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, a Constituição Brasileira de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência de suspender as leis declaradas inválidas pela corte constitucional (MENDES; BRANCO, 2014, p. 119).

A decisão do STF, assim, assumia efeito retroativo entre as partes envolvidas no processo, e não retroativo em relação ao restante da sociedade, a partir do momento em que o Senado resolvesse pela suspensão da execução da norma (STRECK, 2002, p. 345).

Além disso, essa Constituição introduziu a “representação interventiva”, que Barroso (2012, p. 58) explica:

A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais *sensíveis*, constantes do art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade.

Essa inovação não se trata de controle difuso, mas também não é forma de controle concentrado, se encontrando “a meio caminho” entre eles. Isso porque o Supremo Tribunal Federal não apreciava a violação do “princípio sensível” pelo estado da federação, mas sim a constitucionalidade da norma que decretava a intervenção (STRECK, 2002, p. 348).

A Constituição de 1934, todavia, teve vigência durante pouco mais de três anos, após os quais foi outorgada a Constituição de 1937, estudada nas linhas seguintes.

3.2.3 A Constituição de 1937

Conforme entende Streck (2002, p. 348), a Constituição outorgada em 1937 “representou um visível retrocesso para a incipiente democracia brasileira”.

Tal “retrocesso” se deu pois era possível que o Presidente da República submetesse ao Parlamento uma decisão declaratória de inconstitucionalidade tomada pelo Supremo Tribunal Federal, situação em que os Deputados Federais e Senadores poderiam “afirmar a constitucionalidade do diploma e tornar sem efeito a decisão judicial” (MENDES; BRANCO, 2014, pp. 119-120).

O que aconteceu nesse período ditatorial, entretanto, foi que o Parlamento foi dissolvido, e suas atribuições passaram a ser exercidas unicamente pelo Presidente da República, o qual podia, por isso, praticamente anular a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarasse inconstitucional alguma norma, o que tornou “irrisórias” as declarações de inconstitucionalidades dos atos normativos praticados pelo executivo (MENDES; BRANCO, 2014, p. 120).

Após esse período, com a redemocratização, foi promulgada a Constituição de 1946, abordada no próximo tópico.

3.2.4 A Constituição de 1946

O diploma constitucional promulgado em 1946 praticamente retomou o sistema de controle judicial difuso de constitucionalidade que existia na vigência da Constituição de 1934, com submissão da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal à apreciação do Senado Federal com a finalidade de suspender a eficácia da norma declarada inválida (STRECK, 2002, p. 350).

Quanto à ação interventiva, entretanto, houve mudança. A competência dada ao Supremo Tribunal Federal nessa ação, agora, era a de apreciar a (in)constitucionalidade do ato praticado pelo estado da federação ensejador da intervenção, e não da lei interventiva, como se dava no texto de 1934 (STRECK, 2002, p. 351).

O controle de constitucionalidade só viria a sofrer inovação radical com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, na vigência ainda da Constituição de 1946, mas já sob o regime militar. Por seu intermédio instituiu-se a então denominada ação *genérica* de inconstitucionalidade, prevista no art. 101, I, k, da Carta reformada. Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. O

controle incidental e difuso, por sua vez, não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si (BARROSO, 2012, p. 58).

Alguns estudiosos consideram paradoxal a inauguração do controle concentrado e em abstrato de constitucionalidade ser feita por regime autoritário (STRECK, 2002, p. 354). Segundo Clémerson Clève (apud STRECK, 2002, p. 354) o paradoxo reside “no fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais”.

Sobre isso, é pertinente o observar de Streck (2002, pp. 354-355):

Não vejo paradoxo no proceder do regime militar. Ao contrário, a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizassem ações do *establishment*. Não se deve esquecer que a Constituição de 1946, quando da aprovação da EC 16/65, longe estava de seu texto original. Além disso, o próprio regime preparava uma nova Constituição. Desse modo, o controle concentrado, naquele momento, representava um meio para manter o controle do sistema jurídico-judiciário, uma vez que, como se viu logo em seguida, o próprio Supremo Tribunal Federal sofreu pesadas baixas.

A Constituição que o recém instaurado regime adotava é a de 1967, emendada em 1969, que será estudada em seguida.

3.2.5 As Constituições de 1967 e 1969

Antes de adentrar ao estudo das Constituições de 1967 e 1969, cabe ressaltar que a discussão acerca da natureza de Constituição – ou de simples Emenda Constitucional – do texto de 1969, debate existente na doutrina, não se prestará para o alcance do objeto do presente estudo, sendo que tal emenda, aqui, será considerada uma Constituição autônoma, para facilitar o estudo do que constava escrito em cada um dos diplomas.

A Constituição de 1967 manteve o controle judicial difuso de constitucionalidade e a ação interventiva da mesma forma como tratavam as Constituições anteriores (STRECK, 2002, p. 355).

No campo do controle concentrado, entretanto, não houve previsão da ação genérica estadual, a qual era prevista na Emenda Constitucional n. 16 de 1965 (BARROSO, 2012, p. 58).

A Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969), por sua vez, previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção do Estado em Município. Por fim, a Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, pôs termo à controvérsia acerca do cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo expressamente a competência do Supremo para deferi-la (art. 119, I, *p*). Além disso, por seu intermédio foi instituída a “representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, por via da qual o STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, poderia fixar, em tese e com caráter vinculante, o sentido de uma norma. A Constituição de 1988 suprimiu a medida (BARROSO, 2012, p. 58).

Estudada, ainda que superficialmente, a história do controle de constitucionalidade no Brasil, passa-se a analisar a situação trazida pela Constituição de 1988, atualmente em vigor.

3.3 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988, promulgada em 5 de outubro daquele ano, previu, como a Constituição anterior, as duas modalidades de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado –, “agregando apenas a ação de inconstitucionalidade por omissão, inspirada no constitucionalismo português e iugoslavo” (STRECK, 2002, p. 361).

Sendo assim, a hipótese de remessa da decisão declaratória de inconstitucionalidade ao Senado Federal para deliberação acerca da suspensão da eficácia do texto normativo esteve presente nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969, e foi mantida em 1988 (STRECK, 2002, p. 361).

Entre as inovações trazidas pela chamada Constituição Cidadã, Barroso (2012, p. 59) destaca:

- a) aumento do rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade;
- b) a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, que também tem por objeto a omissão;
- c) “a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual”;
- d) a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental; e

e) a limitação da matéria a ser tratada em recurso extraordinário a temas constitucionais.

O mesmo autor considera:

A principal inovação trazida pelo constituinte de 1988, que ampliou significativamente o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, foi o fim do monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Com a nova Carta, o controle de constitucionalidade por via principal passou a poder ser deflagrado por um extenso elenco de legitimados, alinhados no art. 103: o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BARROSO, 2012, p. 59).

Além do já referido, na vigência da Constituição de 1988 foi aprovada, em março de 1993, a Emenda Constitucional n. 3, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a ação declaratória de constitucionalidade (BARROSO, p. 60).

Constata-se, do breve relato empreendido, uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como um fenômeno “inquietante”. Para tal direcionamento contribuiu, claramente, a ampliação da legitimação ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARROSO, 2012, p. 60).

Esse complexo sistema de controle concentrado, entretanto, não garante, por si só, total eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em sede de controle difuso cujas leis declaradas inconstitucionais não têm a eficácia suspendida pelo Senado. Nessa linha, será abordado no tópico seguinte a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

3.3.1 A tendência à abstrativização do controle judicial difuso de constitucionalidade

Foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no primeiro semestre de 2014, a Reclamação n. 4335, que questionava decisões de juiz de direito que negou progressão de regime com base no dispositivo da lei de crimes hediondos que vedava tal possibilidade, mesmo tendo havido declaração incidental de inconstitucionalidade dessa norma no julgamento anterior do *Habeas Corpus* n. 82959 (BRASIL, 2015d).

No seio desse julgamento, o ministro Gilmar Mendes (relator), ao proferir seu voto, defendeu a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que será exposta nas linhas seguintes.

Ressalta-se que tal ponto de vista não foi acolhido pela maioria do tribunal, servindo, aqui, somente como diretriz de reflexão.

A Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 52, inciso X, que “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2015a).

Segundo Gilmar Mendes, isso foi previsto pelo constituinte originário a fim de dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que declarem inconstitucionalidade de norma (BRASIL, 2015d, p. 14).

Para Luís Roberto Barroso (2012, p. 139), o surgimento dessa fórmula – que se deu na Constituição de 1934, como exposto em tópico anterior – se deveu ao fato de que o Brasil adotou, inicialmente, o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, sem, entretanto, atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal a força vinculante que deveriam ter para garantir a efetividade de suas declarações acerca da constitucionalidade de uma norma.

Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo (BARROSO, 2012, p. 139).

Segundo o relator da reclamação em comento, a atual situação do controle de constitucionalidade em abstrato – dentro do qual é possível, inclusive, a suspensão liminar, pelo próprio tribunal, da eficácia da norma atacada – acaba por quebrar a crença na justificativa do instituto previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição (BRASIL, 2015d, p. 27).

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?
A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. (BRASIL, 2015d, p. 27).

Além disso, esse instituto não serve para dar eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal quando ela declara uma lei constitucional, ou

fixa a orientação acerca da interpretação constitucionalmente correta (BRASIL, 2015d, p. 27).

Semelhantemente ocorre em casos de *interpretação conforme a Constituição*, e de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, situações em que não é possível a edição, pelo Senado Federal, de resolução suspensiva de efeito, já que o texto normativo permanece, só fixando o Supremo Tribunal Federal a sua interpretação (BRASIL, 2015d, p. 28).

Além disso, quando o Supremo Tribunal Federal rejeita o pedido de declaração de inconstitucionalidade (declarando constitucional a norma), a decisão é válida por si só, não servindo para nada, novamente aqui, o instituto em análise (BRASIL, 2015d, p. 29).

Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo (BRASIL, 2015d, p. 29).

A modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, também, “parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal”, já que tal modulação “parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso”. O Supremo Tribunal Federal assume, assim, um papel que era atribuído anteriormente ao Senado Federal (BRASIL, 2015d, p. 29).

“Todas essas razões demonstram o novo significado do instituto de suspensão de execução pelo Senado no contexto normativo da Constituição de 1988” (BRASIL, 2015d, p. 29).

Acerca da cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal – segundo o qual “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” (BRASIL, 2015a) – já foi admitida a desnecessidade de sua observância quando o Supremo Tribunal Federal já houver analisado a questão constitucional envolvida (BRASIL, 2015d, p. 30).

Esse entendimento se origina do fato de que as leis são dotadas de presunção de constitucionalidade até que se declare a sua inconstitucionalidade pelo órgão competente. Assim, tendo o plenário do Supremo Tribunal Federal

declarado inconstitucional uma lei, ainda que em controle difuso, fica afastada a sua presunção de constitucionalidade – mesmo sem ter o Senado editado a resolução prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal –, motivo pelo qual podem os órgãos fracionários dos demais tribunais proceder à declaração de inconstitucionalidade da norma sem remeter a matéria ao plenário ou órgão especial, como determina o artigo 97 da Constituição (BRASIL, 2015d, pp. 31-32).

Esse entendimento 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* (BRASIL, 2015d, p. 32).

Existindo, portanto, essas práticas na rotina constitucional brasileira, é necessário reanalisar o papel que possui o Senado no controle difuso de constitucionalidade (BRASIL, 2015d, p. 32).

A partir do momento em que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de controle concentrado de constitucionalidade em abstrato – com o advento da Emenda Constitucional n. 16/65, e principalmente com a ampliação desse sistema na Constituição de 1988 –, “essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo” (BARROSO, 2012, p. 140).

Isso porque, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da constituição (BRASIL, 2015a), suas decisões plenárias – pouco importando se advieram de controle em concreto ou em abstrato – devem “ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos” (BARROSO, 2012, p. 140).

Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é! (BARROSO, 2012, p. 140).

Gilmar Mendes (BRASIL, 2015d, p. 33) considera que o instituto da suspensão, pelo Senado, da norma declarada inconstitucional pelo Supremo

Tribunal Federal, surgido com a Constituição de 1934 e adotado, ainda, em 1988, “perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas”.

Como visto em tópico anterior, a Constituição de 1988 previu uma ampla lista de legitimados para a proposição das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Para Gilmar Mendes (BRASIL, 2015d, pp. 33-34), a adoção dessa pluralidade de legitimados incrementou o controle abstrato de normas, definindo-o como “peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente”, e acarretando total mudança no sistema de controle de constitucionalidade que era adotado no Brasil até aquele momento: predominantemente difuso, com a existência da representação de inconstitucionalidade, a qual tinha como único legitimado ativo o Procurador-Geral da República.

Com essa valorização do controle concentrado de normas realizada por meio da ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, foi reduzida a importância do controle difuso de constitucionalidade “permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”. Acabou o constituinte, assim, por “restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade” (BRASIL, 2015d, pp. 34-35).

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidental*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015d, p. 35).

Portanto, se o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro continua a ser conceituado como *misto*, é necessário que se admita que o seu escopo se deslocou, em 1988, do controle difuso para o controle concentrado (BRASIL, 2015d, p. 36).

O instituto da suspensão, pelo Senado, da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não foi capaz de apagar a

“incongruência” existente na ausência de força vinculante dessas decisões, o que ocorre nos Estados Unidos da América devido à existência do *stare decisis* (BRASIL, 2015d, pp. 39-40).

A atribuição da competência de suspender a eficácia da norma inconstitucional a um órgão político (o Senado Federal) em detrimento do órgão encarregado de declarar essa inconstitucionalidade trata-se de incoerência que configura a negação da “teoria da nulidade da lei inconstitucional”. “Tal fato reforça a ideia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação” (BRASIL, 2015d, pp. 40-41).

[...] a jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado substancial à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo (BRASIL, 2015d, p. 42).

A constante ampliação do controle concentrado, por outro lado – com a existência de eficácia *erga omnes* e força vinculante das decisões tomadas, por exemplo, em ação direta de inconstitucionalidade –, “alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado” (BRASIL, 2015d, p. 42).

Para se ter uma ideia acerca da incongruência do instituto da suspensão pelo Senado, a decisão de caso concreto que declara a inconstitucionalidade de norma, se tomada em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ação de controle concentrado), tem eficácia *erga omnes* e força vinculante, diferentemente do que ocorreria se tal caso concreto fosse submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário (controle difuso), ocasião em que seria necessária a suspensão da norma inconstitucional pelo Senado para alcançar esses efeitos (BRASIL, 2015d, p. 42).

Além disso, a própria legislação infraconstitucional autoriza que, em recurso extraordinário, o relator negue seu seguimento caso a decisão recorrida esteja de acordo com súmula do Supremo Tribunal Federal, ou que dê, monocraticamente, provimento ao recurso se a decisão for contrária à sua jurisprudência (BRASIL, 2015d, p. 42).

Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada

lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado –, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal.

Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental (BRASIL, 2015d, p. 43).

Ocorre situação relevante, também, quando se observa o controle de constitucionalidade realizado em ações coletivas (ação civil pública, mandado de segurança coletivo e ação popular, por exemplo). Isso porque, por sua natureza, as decisões proferidas nesse tipo de ação tem eficácia *erga omnes*, se mostrando “completamente inútil” a submissão da decisão ao Senado para atribuição desses efeitos (BRASIL, 2015d, pp. 45-46).

Sendo assim, a ampliação do controle concentrado tornou comum a existência de decisões com eficácia geral, o que era exceção no sistema da Emenda Constitucional n. 16/65 e da Constituição de 1967/1969 (BRASIL, 2015d, p. 49).

No sistema anterior a 1988, “a ação direta era apenas uma idiosincrasia no contexto de um amplo e dominante modelo difuso”. Com a promulgação da Constituição de 1988 e, após, da lei 9.882/99, foi estabelecida a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão tomada em arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que “estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental” (BRASIL, 2015d, p. 50).

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente [...] da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

[...] as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, [...]. (BRASIL, 2015d, pp. 50-51).

É necessário fazer uma nova abordagem sobre o tema, tendo em vista que a ampliação da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal diz respeito ao “papel especial da jurisdição constitucional”, ao qual foi dada especial atenção com a alteração na competência do tribunal realizada pela Constituição de 1988, o qual se tornou o guardião da Constituição, tendo como instrumento para tanto a realização de controle de constitucionalidade em sede de ações diretas (BRASIL, 2015d, p. 52).

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 compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988 (BRASIL, 2015d, p. 52).

Gilmar Mendes (BRASIL, 2015d, p. 53) considera que as últimas e expressivas modificações do sistema de controle constitucionalidade brasileiro implicaram *mutação constitucional*, por meio da qual ocorreu “uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*”, de modo que deve inciso X do artigo 52 da Constituição Federal ser agora compreendido de outra forma.

Tal fenômeno se deu pela já mencionada elevação de *status* do controle concentrado brasileiro operada pela Constituição, com a generalização de decisões com eficácia *erga omnes* (BRASIL, 2015d, p. 53).

Algo que também pode ter contribuído para essa alteração de entendimento acerca do instituto da suspensão é a constante “multiplicação de processos idênticos no sistema difuso”, que se acentuou após 1988. Como já dito acima, o Supremo Tribunal Federal já entende desnecessária a observância à cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição de 1988) quando já houver entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em decisão proferida em sede de controle difuso, considerando que se reconhece sua “eficácia mais ampla”, e “talvez até mesmo um certo efeito vinculante” (BRASIL, 2015d, p. 53).

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restrita entre as partes (BRASIL, 2015d, p. 54).

Destarte, para Gilmar Mendes, o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal passou, atualmente, a ter “simples efeito de publicidade”, o que dota de efeitos gerais a decisão declaratória de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal tomada em controle incidental. “Não é (mais) a decisão do

Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*” (BRASIL, 2015d, p. 55).

A ausência de resolução publicada pelo Senado para atender o disposto no artigo 52, inciso X, da Constituição, portanto, não reprime a eficácia jurídica que já contém a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Passemos, agora, à análise do instituto da uniformização de jurisprudência, da súmula vinculante, e de sua coincidência.

4 DA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA À SÚMULA VINCULANTE

A palavra *jurisprudência* contém mais de um significado. Entretanto, o que aqui será adotado é o de jurisprudência como fonte do direito, traduzida no “[...] momento final da interpretação, quando é fixado o entendimento do magistrado (ou colegiado de magistrados) sobre a aplicação da norma, em reiteradas decisões” (CÔRTEZ, 2008, p. 151).

Segundo Streck (1998, p. 101), a razão de ser da uniformização da jurisprudência se deve à existência de vários órgãos judiciais dos quais podem emanar decisões sobre um mesmo ponto.

Antes, porém, de se estudar a uniformização da jurisprudência, é necessário compreender as peculiaridades de cada ordenamento jurídico no qual ela aparece, bem como o significado, alcance e consequências que ela assume em cada realidade, e o papel que tem a jurisprudência nas diferentes tradições jurídicas ocidentais.

Dessa forma, serão estudados os principais sistemas jurídicos do mundo ocidental (*civil law* e *common law*), analisando-se o papel que tem a jurisprudência nesses sistemas, e, aí sim, como se manifesta a uniformização da jurisprudência no sistema da *civil law* – já que, como veremos, essa providência faz parte da própria natureza da *common law*.

4.1 COMMON LAW E CIVIL LAW

O sistema jurídico da *common law* – também chamado de sistema anglo-saxão – surgiu na Inglaterra, e se difundiu principalmente nos países por ela colonizados, como Estados Unidos da América, cujo ordenamento jurídico teve como base o inglês (CÔRTEZ, 2008, p. 106).

Segundo Streck (1998, p. 42), a lei – aqui concebida no sentido estrito, decorrente da produção normativa pelo parlamento –, no Direito Inglês, foi tradicionalmente considerada secundária. Os princípios norteadores do direito vêm das decisões judiciais. A lei tem apenas a função de “aclarar” ou “retificar”, caso a caso, as normas criadas pelo trabalho dos tribunais.

Côrtes (2008, p. 111) assevera que:

Todo o desenvolvimento da *common law* teve uma preocupação central – ajustar o processo para que as demandas pudessem ser resolvidas pelo juiz. [...]

E o respeito à jurisprudência pretérita, bem como aos precedentes, demonstra bem a maior preocupação com a *resolução de casos concretos de forma efetiva a partir de uma base não-legislativa*. (grifo nosso).

O direito, no sistema *common law*, é manifestamente jurisprudencial, tendo como fonte primária não a lei, mas sim as decisões judiciais tomadas em casos precedentes. “Para o jurista inglês [...] é mais fácil contemplar a lei através da sentença, a regra legal através da jurisprudencial” (STRECK, 1998, p. 42).

Sendo assim, a decisão judicial da *common law* assume dois papéis: *resolver o caso concreto apresentado ao judiciário e, com isso, criar um precedente*, o qual deve servir como base em futuros julgamentos (CÔRTEZ, 2008, pp. 112-113).

Tal sistema de vinculação das decisões judiciais é denominado “*stare decisis*”, expressão que se originou de “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos” (FARNSWORTH, E. Allan apud CÔRTEZ, 2008, p. 112).

Palhares Moreira Reis (2009, p. 66) sintetiza o funcionamento desse mecanismo processual:

O chamado *precedente (stare decisis)* utilizado no modelo judicialista, é o caso *já decidido*, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são *induzidos* a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. Este precedente, com o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira).

Já o sistema da *civil law* – ou romano-germânico – tem sua origem no sistema jurídico da Roma antiga, e foi adotado inicialmente nos países continentais da Europa, com as adaptações necessárias à mudança da economia e das tradições da sociedade (STRECK, 1998, p.64-65).

O achado que melhor traduz o direito romano antigo é o *Corpus juris civilis*, que se trata de uma obra que compila doutrinas de juristas romanos, as leis do império, uma parte didática para o ensino do direito e as leis mais recentes, que derogavam as anteriores (STRECK, 1998, pp. 65-66).

Portanto, a característica principal do sistema da *civil law* é a adoção da lei escrita como fonte principal do direito (STRECK, 1998, p. 67).

Embora a lei, na *civil law*, possua essa característica de antecedência, Streck (1998, p. 68) ressalta que: “nos países de família romano-germânica, o Direito não somente é produto do processo legislativo, sendo seu produto final resultante da imbricação com o trabalho hermenêutico-aplicativo dos juízes e tribunais”.

Isso, contudo, não nos faz confundir a *civil law* com a *common law*. Nesta, a jurisprudência assume o papel principal em traduzir o que é o direito. Naquela, conquanto também esteja presente a jurisprudência, sua tarefa é muito mais “modesta” do que a da lei, que, pela característica de principal fonte que lhe é atribuída, muitas vezes é confundida com o próprio direito nos países da *civil law* (STRECK, 1998, p. 68).

Côrtes (2008, p. 119) também destaca as diferenças entre os sistemas:

Em síntese, pode-se afirmar que a regra de direito na Inglaterra tem um caráter diverso da do sistema romano-germânico. Neste, a regra é marcada pela generalidade, é elaborada em cima de princípios desenvolvidos pela doutrina, e objetiva regular as condutas na sociedade. No direito inglês, a regra deve ser apta a dar, de forma imediata, a solução a um litígio. Os juízes têm a preocupação de resolver determinado caso concreto e, quando várias decisões já foram tomadas em um mesmo sentido, podem utilizá-la como precedentes ou até reconhecer um princípio.

Cabe, portanto, adiante, estudar a forma como a jurisprudência é uniformizada nos países do sistema da *civil law*, já que, na *common law*, isso decorre do próprio modelo.

4.2 A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Em Portugal, antes da reforma do seu sistema de direito processual civil, eram adotados os *assentos* como mecanismos de uniformização de jurisprudência. Diante de uma controvérsia jurisprudencial, podiam os tribunais publicar assentos com “força obrigatória de lei”. Essa possibilidade, porém, foi declarada inconstitucional pelo judiciário português (STRECK, 1998, pp. 96-97), e atualmente só está prevista a possibilidade de interposição de “recursos por divergência” (CÔRTEZ, 2008, p. 161).

Na Itália, a Corte de Cassação é a responsável pela uniformização jurisprudencial, com a edição de *máximas* após a reiteradas decisões sobre determinado ponto. Streck (1998, p. 98) ressalta que:

A definição da máxima segue uma sistemática especial e não resulta de um caso concreto. Na verdade, é estabelecida à luz da certeza de que, pela reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação aditada está mais conforme com a lei e com o sentimento de justiça.

Na França não há um procedimento especial para a uniformização de jurisprudência. Naquele país, a *Cour de Cassation* é a responsável por dirimir divergências entre tribunais inferiores, aplicando a lei de um único modo no país inteiro. Para isso, não pode apreciar o mérito dos casos, mas apenas se houve ou não adequada interpretação e aplicação da lei (STRECK, 1998, p. 98). Esse tribunal tem competência semelhante ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro (MARINONI, 2010, p. 61).

4.3 A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

Atualmente, o Brasil adota a súmula como mecanismo uniformizador jurisprudencial, a qual é elaborada após o trâmite de “incidente de uniformização de jurisprudência”.

Encarnacion Alfonso Lor (2009, p. 17) expõe o conceito de “súmula”:

Do latim *summula*, o termo expressa o significado de sumário ou índice de algo. Em sentido estritamente jurídico, a súmula refere-se a entendimentos solidamente assentes pelos Tribunais acerca de uma mesma questão, dos quais se retira um enunciado. Desse enunciado, produto de decisões reiteradas, resulta, convencionalmente numerada, a súmula, preceito doutrinário que ultrapassa os casos concretos originários, servindo de “referencial” em julgamentos posteriores sobre mesma controvérsia.

Segundo a mesma autora, o instituto da súmula foi criado com o fim de sistematizar e acelerar os julgamentos pelos tribunais (LOR, 2009, p. 18).

O Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 2015b) – atualmente em vigor –, quando de sua promulgação, inseriu legalmente a súmula no ordenamento jurídico brasileiro com a seguinte previsão:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

[...]

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015c) – ainda em *vacatio legis* –, manteve a existência da súmula como mecanismo de uniformização de jurisprudência, dispondo:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Portanto, a única inovação nessa matéria trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 é que o procedimento não está mais previsto em lei, cabendo a cada tribunal estabelecer, em seu regimento interno, o meio pelo qual elaborará suas súmulas e o respectivo procedimento. O instituto da súmula, em si, não sofreu alterações.

As súmulas, na forma do Código de Processo Civil de 1973, são elaboradas em incidente de uniformização de jurisprudência suscitado durante o julgamento de um recurso. Não podem ser editadas “do nada”. Nada importa se a questão objeto da súmula é principal ou incidental ao recurso em julgamento, bem como se a questão é levantada em sede de processo de conhecimento, de execução ou cautelar. Também é indiferente se a matéria a ser tratada é de direito material ou processual. A única necessidade existente para a edição de uma súmula por um tribunal é que seja feita por conta do julgamento de um recurso, em incidente específico (STRECK, 1998, pp. 103-104).

Apesar de a súmula ter sido prevista por lei no direito brasileiro apenas em 1973, o Supremo Tribunal Federal já a utilizava desde 1964, autorizado por disposição de seu regimento interno. A lei federal n. 5.010, de 1966, também autorizava o extinto Tribunal Federal de Recursos a editar suas próprias súmulas. O Tribunal Superior do Trabalho, igualmente, passou a editar súmulas a partir da aprovação do seu regimento interno de 1979. Nos outros tribunais brasileiros – federais e estaduais –, a súmula só passou a ser adotada com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 (STRECK, 1998, pp. 109-111).

Lor (2009, p. 19), considera que a súmula, por ser nada mais do que uma “[...] síntese de decisões de um Tribunal sobre o entendimento sedimentado e

uniforme de determinada matéria”, não é de observância obrigatória para casos futuros, nem mesmo para o próprio tribunal de onde proveio.

Mancuso (2010, p. 351) aduz que “[...] a súmula *simples* opera uma *força persuasiva*, influenciando (ainda que poderosamente) na convicção do julgador, mas sem *obrigá-lo*, propriamente, a perfilhar a tese assentada”.

Entretanto, o instituto possui, sim, certa força de obrigatoriedade.

Atualmente, no Direito Processual Civil brasileiro, adota-se a sistemática da “súmula impeditiva de recurso”, prevista no parágrafo primeiro do artigo 518 do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 2015b), que permite ao juiz de primeiro grau que negue seguimento ao recurso de apelação quando a decisão recorrida estiver conforme o entendimento estampado em súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 2015b) também autoriza, em seu artigo 557 – *caput* e parágrafo 1º-A –, a negação, pelo relator, de seguimento do recurso que seja contrário a enunciado de súmula do tribunal ao qual pertence, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, bem como o provimento imediato e monocrático do recurso, se a decisão recorrida for contrária a súmula desses tribunais.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015c), além de manter as regras dos parágrafos acima, trouxe dispositivos que aumentam a força da súmula no processo civil brasileiro, por exemplo:

a) Em casos que dispensam instrução probatória, poderá o juiz julgar improcedente o pedido do autor – ou seja, resolvendo o mérito – sem citar o réu, caso o pedido venha de encontro a enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal local – neste último caso, somente quando se tratar de direito local (BRASIL, 2015c, artigo 332, incisos I e IV); e

b) Na hipótese de a decisão judicial contrariar enunciado de súmula, será considerada não fundamentada – e, portanto, nula – a decisão que não demonstrar que não há subsunção do caso à súmula ou que ela encontra-se superada (BRASIL, 2015c, artigo 489, parágrafo primeiro, inciso VI).

Porém, essas possibilidades não se equiparam ao efeito da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a qual será estudada a seguir.

4.4 A SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A súmula vinculante foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional número 45, de 30 de dezembro 2004, que, entre outras disposições, inseriu o artigo 103-A na Constituição Federal, com a seguinte redação:

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (BRASIL, 2015a).

Da redação constitucional se extraem, portanto, as principais características do instituto (BRASIL, 2015a):

a) somente o Supremo Tribunal Federal pode elaborar súmulas com efeito vinculante;

b) a edição de súmula vinculante pressupõe reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que se caracterizam pela deliberação acerca da “validade”, “interpretação” e “eficácia” de normas, desde que haja controvérsia – entre órgãos do judiciário ou entre o judiciário e o executivo – que resulte em “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”;

c) a súmula vincula todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, em qualquer ente da federação;

d) diante do descumprimento da súmula vinculante, é cabível remédio processual de apreciação originária pelo Supremo Tribunal Federal.

As demais características não dizem respeito ao instituto em si, mas somente às formalidades para sua elaboração.

Segundo Lor (2009, p. 29):

É notória a inspiração da súmula vinculante na doutrina do *stare decisis*. Há entre esses institutos, porém, como esclarece Rodrigo Jansen, algumas distinções fundamentais. A mais relevante é que, no *stare decisis*, as decisões é que são vinculantes, inexistindo a figura da súmula (extrato da decisão). Outra diferença é a origem do efeito vinculante que, na *common law*, faz parte da natureza do sistema e no Direito brasileiro resulta de uma imposição normativa, operada por Emenda à Constituição Federal.

Embora as súmulas não vinculantes elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 não possuam efeito vinculante automático – devendo ser declaradas vinculantes pelo plenário do Supremo Tribunal Federal –, tal providência não pode ser tomada com todas as súmulas existentes, visto que, até 1988, o Supremo Tribunal Federal, além de guardião da Constituição, era também responsável pela “última palavra” em matéria de direito federal, competência que foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça, criado em 1988. Isso porque as súmulas vinculantes devem tratar de matéria constitucional, e, entre as súmulas do Supremo Tribunal Federal editadas antes de 1988, muitas tratam de normas infraconstitucionais (MANCUSO, 2010, p. 348).

Sobre a matéria de que deve tratar a súmula vinculante, Barroso (2012, pp. 69-70) ensina:

As súmulas vinculantes poderão ter por objeto a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas, da Constituição ou da legislação ordinária, editadas por qualquer um dos entes federativos. Nesses termos, tanto poderão conferir eficácia geral ao entendimento do STF sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais (ou mesmo de emenda à Constituição), quanto fixar a interpretação e o alcance que devem ser conferidos a determinado enunciado normativo, incluindo os artigos da própria Carta. Na prática, as súmulas prestam-se a veicular o entendimento do Tribunal acerca de qualquer questão constitucional. Isso porque, estabelecida uma interpretação vinculante para determinado enunciado normativo, a consequência será a invalidade de qualquer ato ou comportamento que lhe seja contrário, oriundo do Poder Público ou mesmo de particulares [...]. Ainda em relação ao objeto, veja-se que a súmula vinculante não se limita a ser um mecanismo para conferir eficácia vinculante a decisões produzidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, embora seja essa uma das aplicações possíveis do instituto. Mais do que isso, as súmulas permitem que o STF estabeleça uma determinada tese jurídica, cristalizando as razões de decidir adotadas pela Corte (*ratio decidendi*) em um enunciado dotado de eficácia geral. Não por acaso, também decisões produzidas em controle abstrato podem dar origem à edição de súmulas vinculantes. Na prática, os enunciados poderão ter objeto mais ou menos amplo de acordo com a redação que venha a ser aprovada pelo STF, variando desde uma afirmação sobre a inconstitucionalidade de determinado dispositivo infraconstitucional até a definição da interpretação adequada de um artigo da própria Constituição.

Sobre a uniformização de jurisprudência operada pela súmula vinculante, são pertinentes as palavras de Souza (2006, p. 299), segundo o qual:

A obediência aos precedentes judiciais é um fator – não é o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade do nosso sistema jurídico. Além de dar aos cidadãos um senso de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas.

Nesse ponto, para Fernando da Costa Tourinho Neto (apud MANCUSO, 2010, p. 355), é inadmissível que o que é decidido pelo Supremo Tribunal Federal de uma forma seja decidido por outros tribunais de maneira diferente. Isso porque é ilógico que o litigante tenha que percorrer, durante “anos e anos”, todas as instâncias até o Supremo para, aí sim, obter provimento jurisdicional de acordo com o previamente decidido pela corte máxima.

Nesse sentido, a partir da existência da súmula vinculante no Brasil, “[...] o *referencial jurídico do país* passa a fundar-se no binômio *norma legal-precedente judiciário*” (MANCUSO, 2010, p. 351).

Mancuso (2010, pp. 355-356) assevera que a súmula vinculante é dotada de um “efeito preventivo geral”, pois suas consequências não se limitam às contendas judiciais, mas, pelo conhecimento que a população passa a ter dela, acaba “influenciando ou até condicionando os comportamentos”.

E acrescenta:

Poder-se-ia contra argumentar que o *poder preventivo geral*, desempenhado pela súmula vinculativa, não operaria, socialmente, com a mesma eficácia social ou com a mesma credibilidade da norma legal, como, por exemplo, aquelas que buscam regular o trânsito de veículos e a ocupação, por estes, dos espaços públicos. Mesmo assim, pensamos que é apenas na *fonte de onde promanam* e no seu *âmbito de abrangência* que súmula e norma se podem distinguir, porque, *em substância*, ambas têm aptidão para balizar condutas em modo impositivo: a norma, emanada do ambiente parlamentar, é direcionada aos cidadãos e pessoas jurídicas de direito público e privado; a súmula, proveniente do ambiente judiciário, é dirigida aos órgãos judiciais e à Administração Pública, mas, através desta e daqueles acaba alcançando, reflexamente, os jurisdicionados e, de modo geral, os que tratam com o serviço público (MANCUSO, 2010, p. 356).

Nessa linha, Sérgio Seiji Shimura (apud MANCUSO, 2010, p. 357) considera a súmula vinculante um instrumento para expandir a coisa julgada, de forma que esta atinja também aquelas pessoas que não participaram do processo, garantindo que o direito reconhecido a um cidadão seja aplicado igualmente aos demais.

Mancuso (2010, p. 360) defende que:

Ainda em prol da eficácia da súmula vinculante labora a circunstância de que, enquanto a norma legal se exterioriza num comando que pressupõe uma prévia interpretação (mesmo a *clareza* da lei precisa ser demonstrada...), já a interpretação da súmula resta facilitada, por isso que ela – ao contrário da lei, que provém do ambiente dialético do Parlamento – deriva de um longo processo de *decantação* de muitos julgados uniformes, prolatados sobre um mesmo tema, restando ao juiz do caso concreto, basicamente, duas opções: (i) apreender a exata compreensão e extensão do enunciado, ou seja, sua vera inteligência; (ii) aferir se o caso concreto nele está subsumido, para, conforme o caso, aplicar *ou não* a súmula (sim, porque *aplicar indevidamente* a súmula é, também, um modo de... descumpri-la, ficando a decisão equivocada sujeita a cassação pelo STF).

Assim:

[...] Parece-nos que a filiação jurídica do Brasil tornou-se híbrida ou eclética, a meio-caminho entre a *common law* [...] e a *civil law* [...], ou seja, a fonte de direitos e obrigações dentre nós deixou de ser apenas a *norma*, para também incluir a *súmula vinculante* (MANCUSO, 2010, p. 409).

A emissão da súmula vinculante, por ela ser um instrumento que se origina de um órgão formado por pessoas recrutadas por sua capacidade técnica, e não por escolha do povo, o que afasta do teor da súmula vinculante uma demonstração da vontade política daquele momento, “[...] deve ocorrer nos casos absolutamente necessários, ou mesmo inadiáveis, e com o máximo de atenção, técnica e sensibilidade jurídica em sua formulação” (MANCUSO, 2010, p. 362).

Com isso, o autor lista os principais benefícios que a súmula vinculante inseriu no Brasil, tanto no plano jurídico como social (MANCUSO, 2010, pp. 364-365):

a) A súmula vinculante “exerce pressão e controle” sobre as condutas dos jurisdicionados, por tornar público o entendimento do STF sobre o que é ou não conforme o direito em determinada situação;

b) Além disso, torna previsível o resultado de qualquer processo idêntico àquele que à súmula deu origem, fazendo com que, a depender do teor da súmula, milhares de outros processos não sejam ajuizados;

c) Também se mostra como fonte do direito, capaz de basear as relações entre particulares, ou entre estes e o Estado;

d) Exerce papel maior do que as fontes secundárias do direito na persuasão racional do magistrado;

e) Torna mais simples a fundamentação das decisões judiciais que, ao invés de terem que indicar a interpretação a ser dada a determinada norma legal,

fundamentando inclusive o motivo pela escolha daquele modo de interpretação, podem simplesmente mencionar a súmula vinculante, que já é o resultado de diversos outros debates acerca da interpretação e aplicação daquela norma legal;

f) Tende a extirpar do ordenamento jurídico aquelas decisões diferentes sobre o mesmo caso;

g) Torna mais ágil a prestação jurisdicional, “na medida em que a súmula já significa o extrato do entendimento predominante no tribunal competente, acerca da matéria, num dado espaço-tempo, superando possíveis argumentos contrários ao seu enunciado”;

h) Pela união das consequências já listadas, contribui para a “desobstrução do serviço judiciário”, resumindo o longo espaço de tempo comumente existente entre a petição inicial e o trânsito em julgado;

i) Nas ocasiões em que há recursos, agiliza o juízo de admissibilidade, e possibilita até mesmo o julgamento sumário deles, mormente nos tribunais superiores.

Por último, o autor menciona:

[...] propicia a *uniformização contemporânea da jurisprudência*, pela aplicação de um único juízo de valor aos casos análogos – pendentes e futuros – sem embargo de eventual alteração ou mesmo revogação da súmula, se e quando tal se justifique: pela superveniente alteração das *fontes substanciais* da norma de regência, pela modificação/supressão desse texto ou, enfim, pelo advento de exegese que torne superada a precedente (o *overruling*, praticado nos países da *common law*) (MANCUSO, 2010, p. 365).

Do até aqui explanado denota-se certa inclinação da doutrina em favor do instituto da súmula vinculante em sua função uniformizadora de jurisprudência. Cabe, portanto, analisar a adequação do instituto ao sistema de controle de constitucionalidade criado por Kelsen, objeto central deste trabalho.

4.5 SÚMULA VINCULANTE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, acima estudada, recebeu especial atenção dos ministros do tribunal por ocasião do julgamento da Reclamação n. 4335, também já abordada no item 3.3.1 deste trabalho.

Naquele julgamento, o próprio relator, ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2015d, p. 56) – o qual defendia a ideia de que as decisões do Supremo Tribunal

Federal em controle incidental de constitucionalidade possuem, por si sós, força vinculante e eficácia *erga omnes* –, admitiu que a inclusão do instituto da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro reforçou a ideia de superação do instituto da suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, já tratado no item 3.3.1, visto que o Supremo pode, editando súmula vinculante, tornar sua decisão vinculante “sem qualquer interferência do Senado Federal”.

O ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2015d, pp. 94-95), apesar de discordar das ideias do relator acerca do instituto da suspensão, teceu considerações, em seu voto, sobre a súmula vinculante:

A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão. De tal modo que reproduzirei no meu voto, para efeitos didáticos, o dispositivo do vigente art. 102, § 3o, que vincula, ele sim, a súmula vinculante, editada na conformidade da Lei de 2006, que a disciplinou. Vincula, nos termos da Constituição, sim, não apenas os tribunais, no que o eminente Ministro Gilmar Mendes, cada vez mais religioso, chama de efeitos transcendentais, mas este restrito aos tribunais que tenham de enfrentar a mesma questão de inconstitucionalidade. E tenho dúvidas se até ai seria vinculante, porque a dispensa da remessa ao Plenário da arguição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal do efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante. Esta, sim, vinculante de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, e dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Joaquim Barbosa (BRASIL, 2015d, p. 97), também votando contrário ao relator no ponto do instituto da suspensão, admitiu que vêm sendo criados, por meio da jurisprudência e da legislação, “novos mecanismos que aperfeiçoam o sistema concebido no texto original da Constituição Federal de 1988”, exemplificando com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, as alterações realizadas na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, e também a súmula vinculante.

Asseverou, ainda, o ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2015d, p. 99):

Reforça minha convicção a circunstância, revelada pelo próprio relator, de que o STF não depende mais do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão

constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito (BRASIL, 2015d, p. 99).

Em discussões posteriores aos votos já comentados, o ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2015d, p. 106) disse ser do seu entendimento que o instituto da suspensão e a súmula vinculante convivem mutuamente, podendo o Supremo Tribunal Federal exercer a competência que lhe cabe independentemente do Senado Federal, editando súmula vinculante a fim de dar eficácia geral e *erga omnes* às suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade tomadas em sede de controle difuso.

Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2015d, p. 128) concordou com o ministro Sepúlveda Pertence. Segundo Lewandowski, “se se deseja emprestar maior alcance às decisões do Supremo nessa sede, basta lançar mão das súmulas vinculantes”.

De fato, é grande o poder conferido a esta Corte pelos constituintes derivados, pois, como registrei em palestra que proferi na Associação dos Advogados de São Paulo, em evento organizado pelo Instituto Victor Nunes Leal, que ao Supremo, não só é dado, agora, conferir efeito vinculante às suas decisões, tomadas reiteradamente em sede de controle difuso de constitucionalidade, por meio de súmulas, como “(...) poderá modular os seus efeitos temporais ou restringir o seu âmbito material de incidência, delimitando o alcance subjetivo do enunciado, de maneira a torná-lo de observância obrigatória apenas a determinados órgãos ou entes da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal, casuisticamente, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, assim como o faz nas ADIs (art. 4º da Lei)”. Desse modo, também entendo que é possível e conveniente utilizar o referido instituto para ampliar o alcance das decisões da Corte no controle difuso de constitucionalidade, sem que se vulnere a competência do Senado Federal para manifestar-se sobre o tema, no exercício de uma competência que, como bem acentuou o ilustre Relator, tem um caráter eminentemente político (BRASIL, 2015d, p. 129).

O ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2015d, p. 160), por sua vez, considerou a introdução da súmula vinculante no direito brasileiro operada pela emenda constitucional n. 45 de 2004 uma contribuição significativa no sentido de frisar a “força expansiva das decisões do STF”.

Como já mencionado no primeiro capítulo, Kelsen (2013, p. 152) considera a jurisdição constitucional uma afirmação do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o tribunal constitucional, sendo legislador negativo, exerce o poder legislativo, que, no caso brasileiro e somente nesse ponto, se divide entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, é a súmula vinculante um mecanismo inserido no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a fim de suprir a falta de um mecanismo similar ao *stare decisis* americano para as decisões proferidas em controle difuso, a fim de dar a essa forma de controle de constitucionalidade tratamento similar ao dado por Kelsen ao controle concentrado, sendo o instituto, dessa forma, adequado ao sistema criado pelo jurista em 1920, desde que coexistam os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

5 CONCLUSÃO

No capítulo inaugural deste trabalho pôde-se estudar os detalhes do sistema de controle de constitucionalidade aplicado na Áustria em 1920. Foi visto que, nesse sistema, o controle de constitucionalidade é exercido por um único tribunal, que tem essa função exclusiva.

Após esse estudo, foi verificado o surgimento do controle de constitucionalidade no mundo ocidental, que se deu sob a forma de controle difuso, nos Estados Unidos da América.

Em seguida, observou-se que esse sistema de controle difuso predominou ao longo da história constitucional da república brasileira, até que, em 1988, fosse adotado um sistema de controle predominantemente concentrado, bastante similar ao exposto por Kelsen, mas com traços remanescentes do sistema de controle difuso.

Nessa oportunidade, foi exposta a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, segundo a qual a Constituição de 1988, por sua valorização do controle concentrado, passou a conferir maior eficácia às decisões tomadas em sede de controle difuso, como ocorre nos Estados Unidos e como já é da natureza do controle concentrado.

Por último, discorreu-se acerca da uniformização de jurisprudência. Nesse estudo, verificou-se que, no Brasil, tal uniformização é feita por meio de súmula, entre outros mecanismos. Criou-se, a partir da súmula, a súmula vinculante, que serviu justamente para corrigir incongruências existentes entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

Tendo a súmula vinculante surgido para a correção dos problemas apontados, concluiu-se que ela, além de não profanar o sistema de controle de constitucionalidade descrito por Hans Kelsen em 1928, dá ao controle de constitucionalidade brasileiro a coerência necessária entre controle concentrado e difuso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 06 abr 2015a.

_____. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 31 mar 2015b.

_____. Lei n. 13105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 31 mar 2015c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 24 maio 2015d.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

LOR, Encarnacion Alfonso. *Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Palhares Moreira. *A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Consulex, 2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.