



**CAIO TODD SILVA FREIRE**

**O FUSIONAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA E DA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – a (i)legitimidade dos juízes  
ordinários brasileiros**

**BRASÍLIA**

**2010**

**CAIO TODD SILVA FREIRE**

**O FUSIONAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA E DA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – a (i)legitimidade dos juízes  
ordinários brasileiros**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

**BRASÍLIA  
2010**

FREIRE, Caio Todd Silva.

O fusionalamento da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional – a (i)legitimidade dos juizes ordinários brasileiros./ Caio Todd Silva Freire.

Brasília: UniCEUB, 2010.

55 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

**CAIO TODD SILVA FREIRE**

**O FUSIONAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA E DA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – a (i)legitimidade dos juízes  
ordinários brasileiros**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach

Brasília, DF, 03 de setembro de 2010

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Nome completo

---

Prof. Dr. Nome completo

---

Prof. Dr. Nome completo

**BRASÍLIA  
2010**

## RESUMO

A jurisdição constitucional é, por excelência, uma atividade política e jurídica, pois se presta a interpretar um documento que é, simultaneamente, jurídico e político. O exercício de tal jurisdição por juízes cujo modo de ingresso, no órgão constitucionalmente previsto para o controle de constitucionalidade, não possui nenhum caráter político, ou que seja parte de um órgão com atribuição específica que não a guarda da Constituição, é ilegítimo.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional, Fusionamento, Legitimidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 ASPECTOS PRELIMINARES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b>	<b>9</b>
<b>1.1 Graphe Paranomon, Idade Média e Common Law .....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 Modelo Europeu .....</b>	<b>13</b>
<b>1.3 Modelo Norte-Americano .....</b>	<b>19</b>
<b>1.4 “Modelo” brasileiro .....</b>	<b>24</b>
<b>2 CARACTERÍSTICAS DOS MODELOS, DICOTOMIA E NATUREZA DO CONTROLE .....</b>	<b>29</b>
<b>2.1 Dicotomia entre Modelos .....</b>	<b>29</b>
<b>2.2 Aparente desaparecimento da dicotomia entre controle concentrado e difuso .....</b>	<b>30</b>
<b>2.3 Natureza da Constituição e da normas constitucionais .....</b>	<b>33</b>
<b>2.4 Da Legitimidade dos membros dos Tribunais Constitucionais .....</b>	<b>38</b>
<b>2.5 Da legitimidade dos juízes ordinários nos Estados Unidos .....</b>	<b>40</b>
<b>2.6 Da “legitimidade” dos juízes brasileiros .....</b>	<b>41</b>
<b>3 PROPOSTAS ACERCA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>45</b>
<b>3.1 Criação da “Remessa de Inconstitucionalidade” .....</b>	<b>47</b>
<b>3.2 Alterações no instituto da Reclamação .....</b>	<b>48</b>
<b>3.3 Alterações no Recurso Extraordinário .....</b>	<b>49</b>
<b>3.3.1 Cabimento do Recurso Extraordinário na Justiça Federal e do Trabalho .....</b>	<b>50</b>
<b>3.3.2 Cabimento do Recurso Extraordinário na Justiça Estadual .....</b>	<b>52</b>
<b>3.3.3 Cabimento do Recurso Extraordinário na Justiça Eleitoral .....</b>	<b>53</b>
<b>3.3.4 Cabimento do Recurso Extraordinário de decisões de Tribunais Superiores .....</b>	<b>54</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo abordar o problema da legitimidade, no exercício da jurisdição constitucional, dos juízes brasileiros.

A jurisdição constitucional é, nos Estados Democráticos de Direito, a salvaguarda do Texto Fundamental. Não há falar-se em eficácia e supremacia efetivas da Constituição em um sistema que não preveja qualquer forma de impugnação de normas, atos e decisões jurídicas que violem a Carta Magna. Não há falar-se, hodiernamente, em vinculação das demais normas à Constituição onde inexistente controle de constitucionalidade.

É fácil notar, portanto, que se o exercício da jurisdição constitucional se afigura como meio de manutenção da integridade da Constituição e, como decorrência, do próprio ordenamento jurídico, a questão atinente a quem são os detentores de tal competência é de fundamental importância para a compreensão do sistema. O poder de julgar as leis frente a Constituição – e não meramente um caso concreto face à lei – é, sem dúvida, atribuição das mais delicadas.

Nesta quadra, o tema abordado pela presente monografia possui elevada relevância política, na medida em que objetiva discutir em que medida os juízes ordinários brasileiros são legítimos ou não para tal afastar a incidência de uma lei aprovada pelo Parlamento, interpretando diretamente a Constituição, visto que seu ingresso no Poder Judiciário se dá, via de regra, mediante concurso público, modalidade que preza pelo caráter técnico em detrimento do político.

O tema em comento possui, igualmente, relevância acadêmica e científica, considerando-se que, muito embora parte da doutrina veja com naturalidade tal situação ou, mesmo em obras específicas sobre jurisdição constitucional, nem tratem de tal problemática,

fato é que parcela significativa dos estudiosos questiona o atual modelo adotado pelo direito brasileiro, estando o tema longe de ter solução pacífica.

Com relação à metodologia a ser utilizada, explicam-se abaixo os fatores que nortearão a realização do presente trabalho.

Quanto à pesquisa a se utilizar para a produção desta monografia, tem-se que será do tipo dogmática, ou instrumental, vez que utilizará como fundamento a doutrina, a fim de se solucionar uma realidade problemática existente no plano jurídico atual.

Paralelamente, ressalta-se que a fonte de pesquisa a ser utilizada na presente monografia será eminentemente bibliográfica, pois se fundamentará em artigos e livros para buscar o seu embasamento argumentativo e o seu conseqüente desenvolvimento.

Já com referência à divisão dos capítulos que demarcarão o trabalho em tela, explica-se que o primeiro deles abordará o surgimento e o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade nas Idades Antiga e Média, expondo, em seguida, como se deu a criação do modelo americano e do modelo europeu de controle de constitucionalidade, tratando-se, ao fim, da experiência ao longo das Constituições brasileiras.

Em seguida, tratar-se-á da legitimidade para o exercício da jurisdição constitucional nos dois clássicos modelos, focando-se, especificamente, na forma de ingresso, nas estruturas do Poder, daqueles que detêm tal atribuição. Cuidar-se-á, igualmente, da problemática atinente à questão brasileira, no que toca à forma de provimento dos cargos da magistratura e seu exercício.

Por fim, analisando-se as diferentes Cortes Constitucionais européias, parte-se para a enunciação de algumas propostas que objetivem adequar a realidade institucional brasileira ao que se sustentou, no anterior capítulo, como sendo um correto e legítimo exercício do controle de constitucionalidade.

# 1 ASPECTOS PRELIMINARES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

## 1.1 Graphe Paranomon, Idade Média e Common Law

No ano de 1963, o professor James A. C. Grant publicou, em língua espanhola, obra cujo título é, certamente, fértil a suscitar debates. Trata-se de “*El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Uma Contribución de las Américas a la Ciencia Política*”. Sustentava Grant que “en verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecida por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política”<sup>1</sup>.

Ao analisar tal asserção, Mauro Cappelletti assinala que “esta tese contém em si um núcleo importante de verdade; ela é, em outras palavras, substancialmente verdadeira, sem ser, porém, historicamente, de todo correta.”<sup>2</sup>. O modelo norte-americano de *judicial review* [of the constitutionality of legislation] inaugura, como consabido, um sistema, um modelo, uma forma de controle das leis. Pode-se afirmar, até, que a experiência americana inaugura o próprio controle de constitucionalidade das leis, vez que a Constituição de 1787 surge como primeiro texto ao qual se atribuiu, efetivamente, supremacia sobre as demais normas que compõem um ordenamento jurídico. Neste quadro, conquanto se possa corretamente atribuir à construção jurídica americana a inauguração do controle de *constitucionalidade* de normas, a idéia que a esse instituto subjaz é, talvez, fato jurídico dos mais antigos.

---

<sup>1</sup> GRANT, James A. C.. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Uma Contribución de las Américas a la Ciencia Política*. Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 46.

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 46.

Esta idéia a que se alude é a de estratificação das normas jurídicas. As variadas ordens jurídicas, por mais antigas e distintas que fossem, possuíam muito clara a noção de hierarquia entre normas. Decorria logicamente do Direito que houvesse leis cujo conteúdo deveria ser observado por outras. Neste sentido, preleciona Cappelletti que

De fato, embora não expressa e conscientemente configurada como “supremacia da Constituição” em relação às leis ordinárias, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de *supremacia de uma dada lei ou de um dado copo de leis* – que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis “constitucionais” ou “fundamentais”, *Grundgesetze* – em relação às outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar leis “ordinárias”<sup>3</sup>. [grifado no original]

Situação histórica que bem demonstra tal afirmação é a organização político-jurídica da cidade de Atenas na época da antiguidade clássica. Havia, naquela época, fundamentalmente, dois tipos de normas: os *nómoi* e o *pséfisma*. Tais espécies legislativas distinguiam-se tanto por sua forma como por seu conteúdo. Os *nómoi* dispunham sobre a organização do Estado, e sua modificação dependia de procedimento distinto, especial, características que marcam, hodiernamente, os textos constitucionais. O *pséfisma*, ao contrário, era o equivalente às leis em sentido estrito, cujo conteúdo era o mais variado possível, e sua alteração era algo atribuído à Assembléia Popular, em seu exercício ordinário de legislação.<sup>4</sup>

Neste contexto, tinha-se como claro que a Assembléia, conquanto detivesse poder de legiferar, deveria fazê-lo de tal forma que o *pséfisma* estivesse de acordo com os *nomói*. Conforme lição de Cappelletti, a inobservância de tal preceito gerava

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 48-49.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 49-50.

uma responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto, responsabilidade que se podia fazer valer dentro de um ano, mediante uma ação pública de ilegalidade, chamada *grafê paranómon*. Por outro lado, julga-se que derivasse, ainda, a *invalidade* do decreto contrário à lei, por força do princípio que se encontra afirmado em um trecho de Demóstenes, segundo o qual o *nómos*, quando estava em contraste com um *pséfisma*, prevalecia sobre este.<sup>5 6</sup>

Tal precedente revela que, inobstante a prática grega da Antiguidade não tenha conhecido uma Constituição propriamente dita, o fenômeno de supremacia de uma lei, e de sua cogente observância, era uma realidade.

O período medieval conheceu, igualmente, da idéia de hierarquia de leis, uma sobre as outras.

Tomás de Aquino, na *Summa Theologica*, aponta a existência de quatro espécies de lei: a lei eterna, a lei natural, a lei divina e a lei humana.

A lei eterna é espelho da razão divina, infensa às inconstâncias que afetam o caráter humano; é “o princípio e o fim do todo universal”<sup>7</sup>, nada escapando de sua governança. A lei natural, por sua vez, é “uma participação racional na lei eterna”.<sup>8</sup> A lei humana, é a concretização da lei natural, i.e., a positivação dos princípios que são inerentes à

---

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 50.

<sup>6</sup> Imagine-se, apenas a título de reflexão, se tal responsabilidade penal subsistisse em nosso ordenamento jurídico. Dados do Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal dão conta que, de 1988 a 2010 (com atualização no dia 28 de fevereiro), 65,5% das ações diretas de inconstitucionalidade possuem decisão final. Destas, 41,7% não foram conhecidas, 15,9% foram julgadas totalmente procedentes, 4,1% parcialmente procedentes, e apenas 3,9% improcedentes. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>)

<sup>7</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 205.

<sup>8</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 205.

lei natural. A lei divina, por fim, é “a explicitação das normas que hão de conduzir os homens à salvação eterna.”<sup>9</sup>

Tratando da relação que existe entre as leis humana e natural, citando Tomás de Aquino, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que

A lei natural, descoberta pela razão humana, é a mesma para todos e imutável nos seus princípios primeiros. É ela superior à lei humana, que dela deriva. “Toda lei positiva humana não será uma lei senão na medida em que resultar da lei natural. Se, em qualquer ponto ela não está de acordo com a lei natural, ela não é mais lei, e sim corrupção da lei.”<sup>10</sup>

Mesmo a Inglaterra, nação em que vigora, há muitos anos, a soberania do Parlamento, conheceu, ainda no século XVII, episódio em que se cuidou de julgar inválido um ato do Legislativo quando confrontado com o *common law*.

Em 1610, ao apreciar o caso do Dr. Thomas Bonham, preso por supostamente exercer irregularmente a medicina, Sir Edward Coke, membro da *Common of Pleas*, votou pela invalidade da lei promulgada pelo parlamento, assentando, segundo Matteucci

*que el common law regula y controla los actos del Parlamento, y, em ocasiones los juzga del todo nulos y sin eficacia, ya que, cuando un acto del Parlamento es contrario al derecho y a la razón común, o repugna, o es imposible, el common law lo controlará y lo juzgará nulo y sin eficacia.*<sup>11</sup>

Afirma ainda que, na concepção de Coke

<sup>9</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 09.

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 09.

<sup>11</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 91.

*existe un derecho superior a la ley del Parlamento: un estatuto tiene validez formal cuando deriva del Parlamento, una validez sustancial, cuando es racional; y el control de su contenido corresponde a los jueces de common law.*<sup>12</sup>

Neste quadro histórico, parece inquestionável que, muito antes que se pensasse falar em constitucionalismo, ou que sequer se cogitasse a idéia de uma Constituição nos moldes em que primeiro se instituiu, sempre existiu no ideário jurídico-político a noção de que há, e sempre houve, uma norma superior a outras, e cuja integridade deve ser mantida pela observância de seus preceitos pelas normas inferiores.

Neste diapasão, poder-se-ia até mesmo dizer que o reconhecimento de que a Constituição é a norma superior de um ordenamento, e que todas as demais leis devem-lhe ser conformes, não constitui uma característica ínsita ao Texto Constitucional em si considerado. Em verdade, se há, em qualquer ordem jurídica dada, uma norma máxima, parece ser plausível afirmar que a Constituição é a lei superior de um determinado Estado porque assim se convencionou, num processo histórico e político complexo, e não necessariamente porque a Constituição ostenta, *de per si*, preeminência sobre as demais normas.

## **1.2 Modelo Europeu**

Tal assertiva encontra respaldo histórico na análise da evolução europeia do controle de constitucionalidade. Com efeito, ainda que a partir dos movimentos liberais tenham sido promulgadas diversas Constituições, seu desvalor era manifesto. Neste sentido é a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, que afirma que, no continente europeu,

---

<sup>12</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 91.

os movimentos liberais a partir do século XVIII enfatizaram o princípio da supremacia da lei e do Parlamento, o que terminou por deixar ensombrecido o prestígio jurídico da Constituição como norma vinculante, reduzindo o impacto do ideário constitucionalista sobre a prática política real.<sup>13</sup>

A idéia de supremacia do Parlamento e, conseqüentemente, da lei, possui raízes bem delineadas no desenrolar das idéias e acontecimentos pré e pós-Revolução Francesa.

Pouco mais de 100 anos antes da Revolução, Thomas Hobbes publicou, em 1651, o *Leviatã*<sup>14</sup>, obra que impactou a concepção política de Estado e sociedade, mesmo gerações após seu lançamento.

Na concepção do pensador de Malmesbury, a existência do Estado como ente político é fundamentada na necessidade. Na ausência do *Leviatã*, os homens vivem num estado de natureza em que possuem todos os direitos. Apesar disto (ou, em verdade, em decorrência disto), o conflito entre os indivíduos é sempre premente, na medida em que o entrelaçamento de interesses é inevitável. Daí surge a necessidade de haver um ente que, por sua preeminência em relação aos cidadãos componentes da sociedade, pode efetivamente tutelar direitos – transferidos pelos homens – que outrora eram constantemente violados sem punição.

O conceito de estado de natureza lançado por Hobbes teve impacto em outro autor inglês, John Locke. No entanto, diferentemente daquele, entende Locke que a condição na qual o homem se encontrava previamente à instituição do Estado não seria propriamente aquela em que o homem seria o lobo do homem, mas, ao contrário, um estado de paz.<sup>15</sup> Considera ainda que o homem possui um direito natural à propriedade mas, ao contrário do

---

<sup>13</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

<sup>14</sup> Obra cujo frontispício original ostentava a inscrição: *Leviathan or The Matter, Forme and Power of Common Wealth Ecclesiasticall and Civil* (*Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*).

<sup>15</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 232.

que cogitava Hobbes, não possui o direito de fazer mal a outrem, situação que deveria ser punida pelas leis do direito natural.<sup>16</sup> Neste quadro, a função do Estado não seria a de frear e impedir as conseqüências da guerra de todos contra todos, mas a de compor as lides que eventualmente surgissem no exercício dos direitos inatos ao homem.

Ademais, Locke rejeita a idéia, presente em Hobbes, de concentração dos poderes do Estado. Com efeito, só numa organização política em que as funções estatais estivessem devidamente repartidas é que haveria falar-se em real tutela dos direitos civis. O escopo da Constituição, assim, seria o de assegurar que essa separação fosse efetiva.

Esta idéia, delineada por Locke, ganha força e substância na obra do Barão de Montesquieu. Em *Do Espírito das Leis*, publicado em 1748, Montesquieu faz a conhecida análise da constituição da Inglaterra, apontando-lhe como principal virtude a existência de separação, existente entre o poder legislativo, o poder executivo segundo o direito das gentes e o poder executivo segundo o direito civil.

Tal separação, anote-se, não é absoluta. Para que a engenharia do Estado seja tal que este não venha a suprimir as liberdades dos cidadãos de forma despótica e abusiva, é necessário que o poder freie o poder. Anotando com surpresa que a mesmo a virtude necessita de limites, assenta Montesquieu que

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de tal forma que ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.;

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 164-165.

Para que o poder possa efetivamente conter o poder é preciso que as funções do Estado se arranjam não numa separação absoluta, mas num sistema tal que cada uma possa interferir, de forma harmônica, na outra, a fim de evitar-se o abuso.

Existe, assim, nas idéias de Locke e de Montesquieu certa similitude. Sobre este fato, anota o professor Paulo Gonet que

O constitucionalismo de Locke e de Montesquieu constringe os poderes públicos, filiando-se a uma matriz político-liberal, marcada pela preocupação de preservar as liberdades individuais. As duas medidas empregadas para conter o arbítrio e impor a moderação ao governante são a separação dos poderes e a proclamação de direitos fundamentais.<sup>18</sup>

Na linha de raciocínio contratualista, mas com pensamentos revolucionários, a obra de Jean-Jacques Rousseau põe-se também como importante fundamento para os rumos que o prestígio da Constituição haveria de tomar.

A teoria proposta por Rousseau no seu *Contrato Social* (1762) tem como forte marca a soberania popular. Os governantes do povo representariam, como delegatários, a vontade da população considerada como uma unidade, não como mera expressão da maioria votante. As deliberações do Parlamento, assim, representariam a vontade geral do povo, de modo que a ninguém seria dado furtar-se de suas disposições.<sup>19</sup>

É fácil ver, neste contexto, que estava posto o arcabouço teórico necessário para que a Revolução Francesa pudesse concretizar seus anseios. Levada a cabo, a revolução feita pelo povo suplantou, a sangue e guilhotina, as estruturas do *Ancien Regime*, não havendo, então, surpresa em que se considerasse que aos indivíduos é que seria concedido todo o poder político, sendo o povo, portanto, soberano. Por isso é que, “sendo a expressão do

---

<sup>18</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19

<sup>19</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001, p. 84

povo soberano, o Parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição.”<sup>20</sup>

Destarte, e muito embora as constituições francesas propugnarem de forma inequívoca a separação de poderes, fato é que o Parlamento sobressaía como o representante legítimo do povo. Tanto sobre o monarca como sobre os juízes pairava grande desconfiança, visto que sempre foram contrários à revolução e mantenedores das estruturas do Antigo Regime. Desta forma, a ilação de que à lei nada se contrapunha, porque produto da vontade do povo, não era em nada anacrônica e nem tida como ofensiva à Constituição.<sup>21</sup>

Em verdade, à Constituição foi reservado um papel quase ornamental, porque não protegida. A soberania do Parlamento e a natureza quase mística da lei redundavam no fato inevitável de obscurecimento da valia da Constituição, mesmo porque não se dispunha de meios hábeis para controle das normas expedidas pelo Parlamento. Questionar-se a validade da lei seria, sem dúvida, ato de lesa-pátria, porque implicaria no questionamento do único órgão no qual havia efetiva busca e concretização da vontade geral.<sup>22</sup>

Passados séculos desde a Revolução, sem que os ordenamentos jurídicos nacionais dispusessem de meios efetivos de controle da validez das normas editadas pelo Parlamento, a Europa viu-se numa conjuntura política, social e econômica, em princípios do século XX, extremamente conturbada. A sensação que se punha no velho continente era a de falência do Estado liberal e da Revolução Industrial considerados frente aos novos anseios e necessidades da população.

---

<sup>20</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Júzo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

Demais disso, a prática político-institucional tinha feito surgir na Europa diversos regimes parlamentaristas, que por essência são de aproximação entre Executivo e Legislativo. Assim, para que a conturbação social fosse contida, passou o Legislativo a delegar ao Executivo diversas funções, por meio dos chamados atos de habilitação.<sup>23</sup>

No plano teórico, Hans Kelsen já havia lançado a idéia que revolucionaria o Direito – a de um órgão, situado fora do Poder Judiciário, e único legitimado para o exercício do controle de constitucionalidade: o Tribunal Constitucional.

Nada obstante, tanto a curta prática de jurisdição constitucional que se desenvolveu na Áustria na vigência da Constituição de 1920 sob os auspícios da teoria kelseniana, como o debate teórico entre Kelsen e Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, foram interrompidos com o advento da 2ª Grande Guerra.

O horror que a Guerra revelou ao seu término mostrou a ineficiência do Poder Legislativo em controlar a delegação que houvera dado ao Executivo – e, em casos mais sombrios, sua leniência com os atos. Durante o período bélico, tampouco foi o Judiciário efetivo para conter os arbítrios dos Governantes. A devastação moral e ética que acometeu a Europa fez surgir importante debate sobre a necessidade de um mínimo de valores que deveriam guiar as nações.

Neste momento histórico, as Constituições passam a ser o documento no qual são insculpidas declarações de direitos e de organização política, que agora não servem somente para existência meramente figurativa, mas com fito de assegurar-se aos indivíduos seus direitos fundamentais e aos ordenamentos jurídicos sua garantia de higidez e equilíbrio. A jurisdição constitucional, assim, alastra-se como meio válido e eficaz para que a Constituição, com roupagem de norma fundamental do Estado e apta a garantir o compromisso deste com os valores proclamados no pós-Guerra, seja efetivamente observada

---

<sup>23</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estudo da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 161-162.

por aqueles que detém o poder; a democracia passa a exigir que haja jurisdição constitucional, como requisito essencial para que prospere.

### 1.3 Modelo Norte-Americano

Nos Estados Unidos da América, o prestígio da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico foi desde logo reconhecido. A *supremacy clause* da Constituição norte-americana, prevista no artigo VI, cláusula 2<sup>a</sup>, dispõe que:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

Além da própria disposição do textual da Carta, a conjuntura política encontrada nos Estados Unidos era propícia para que a Constituição tivesse seu valor reconhecido. Sobre o momento histórico, afirma a doutrina que

Nos Estados Unidos, ao contrário do que acontecia na Europa na mesma época, não havia preocupação maior com o poder do Executivo. A eleição do Presidente da República tinha origem em voto popular, particularidade a mais a diferenciar o chefe do Executivo americano dos monarcas do final do absolutismo e do período da restauração. O perigo que assustava, na América do Norte, era, diversamente, o da expansão do Poder Legislativo. O caminho que os americanos buscavam era o de equilíbrio dos poderes, precavendo-se contra as ambições hegemônicas do Congresso.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

Com efeito, a relação que as então Treze Colônias possuíam com o Parlamento britânico, se em um momento passado fora de aparente tranqüilidade, certamente passara, em meados do século XVIII, a ostentar nítido caráter de enfrentamento.

No ano de 1765, Parlamento da Inglaterra editou o *Stamp Act of 1765*. Tal lei impunha o pagamento de imposto pelas colônias norte-americanas incidentes sobre diversos materiais impressos. A edição de tal norma encontrou grande resistência, mormente porque vista como violadora do princípio básico de direito natural a não ser taxado sem representação. Acendeu-se, assim, a chama de desconfiança com o Legislativo.<sup>25</sup>

Em 1773, o Parlamento da Grã-Bretanha promulgou o *Tea Act*, objetivando consolidar o monopólio da Companhia Britânica das Índias Orientais no comércio de chá para as colônias. A revolta que se instalou no continente americano foi tal que culminou na conhecida *Boston Tea Party*, em que revolucionários americanos, após a rejeição de que navios carregados de chá retornassem para a Inglaterra, subiram a bordo e jogaram um sem número de caixas do produto no porto de Boston.<sup>26</sup>

Em resposta, o Parlamento britânico editou o que se convencionou chamar de *Intolerable Acts*, em 1774. Dos quatro atos, três avultaram-se no cenário político com caráter nitidamente despótico. O *Boston Port Act* determinava o fechamento do porto da cidade de Boston até o pagamento pelo prejuízo advindo da *Boston Tea Party*; o *Massachussetts Government Act* submeteu grande parte do governo da colônia de Massachussetts a direto controle do Rei da Inglaterra ou do Governador da colônia, que era por aquele apontado; o *Administration of Justice Act* previa que, se o Governador entendesse que um oficial do Império britânico contra o qual havia sido proposta uma demanda judicial

---

<sup>25</sup> HEALE, M. J. *A Revolução Americana*. São Paulo: Ática, 1991, p. 15.

<sup>26</sup> HEALE, M. J. *A Revolução Americana*. São Paulo: Ática, 1991, p. 20.

não pudesse ter um julgamento imparcial em Massachusetts, o processo poderia ser movido para ser julgado em outra colônia ou até mesmo na Inglaterra.<sup>27</sup>

Assim, não há surpresa no fato de que o ideário americano via o Legislativo como um poder potencialmente despótico, necessitando de claros limites. Fácil notar, portanto, que os fatos históricos e políticos convergiam para que se assentasse e acentuasse na Constituição o caráter vinculante, limitador de todos os poderes, mesmo o Legislativo, situação inimaginável do outro lado do Atlântico.

Apesar disto, muito embora se tenha atribuído à Constituição um caráter superior às demais normas, havia uma dificuldade de ordem prática na manutenção da sua integridade. É que, conquanto já houvesse no plano teórico a possibilidade de negar-se vigência a uma lei contrária à Constituição, não houve expressa menção à essa faculdade no texto constitucional.<sup>28</sup> Daí porque diz a doutrina que a prática da jurisdição constitucional “foi *construída* pela jurisprudência da Corte Suprema, na ausência de preceito expresso na Constituição”<sup>29</sup>. A decisão tomada pela Suprema Corte Americana no caso *Marbury v. Madison* lançaria as bases para que o *judicial review* se desenvolvesse.

Em 1800, foi eleito presidente dos Estados Unidos da América o republicano Thomas Jefferson, impondo grande derrota não só ao candidato à reeleição, o então presidente John Adams, mas também ao Partido Federalista, ao qual este era filiado. No Congresso, o Partido Federalista, que viria a se extinguir em 1816, também amargara derrota perante os republicanos e democratas.

---

<sup>27</sup> HEALE, M. J. *A Revolução Americana*. São Paulo: Ática, 1991, p. 21-22.

<sup>28</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

<sup>29</sup> BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 12-13.

Não estava, todavia, nos planos dos federalistas deixar que os republicanos tomassem conta de todas as estruturas do governo, de modo que, para permanecer na vida pública, instalaram-se no Poder Judiciário.<sup>30</sup>

Entre a eleição do presidente Jefferson e sua efetiva posse, vários juízes ligados ao Partido Federalista foram nomeados. Muitos deles, inclusive, na noite anterior à posse do presidente eleito, o que lhes garantiu o título de *midnight judges*.

Incluído entres estes estava William Marbury, nomeado para ser juiz de paz, aprovado pelo Congresso, e cujo diploma havia sido selado pelo então Secretário de Estado, John Marshall. Entretanto, no apagar das luzes do governo do presidente Adams, acabou-se esquecendo de enviar o diploma a Marbury, formalidade necessária para o aperfeiçoamento do ato.<sup>31</sup>

Após a posse de Jefferson, Marbury procurou o novo Secretário de Estado, James Madison, objetivando sua nomeação. A resposta dada, que fora negativa, em nada surpreende, visto que Madison fora instruído pelo próprio presidente para que a resposta fosse a negativa.<sup>32</sup>

Marbury, então, ajuizou perante a Suprema Corte um *writ of mandamus*, pleiteando que lhe fosse concedida a posse no cargo para o qual fora nomeado.

O pano de fundo estava posto para uma série de controvérsias político-institucionais. O presidente Jefferson manifestara-se no sentido de entender incabível que a Corte constrangesse o Executivo a fazer algo. O Congresso, por sua vez, mudou o calendário de atividades da Suprema Corte, suprimindo a data em que havia de iniciar-se o julgamento.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 227.

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 227.

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 228.

Finalmente, o caso foi levado a julgamento. A decisão da corte foi redigida por Marshall, que negou a ordem a Marbury. O argumento fundamental, contudo, não foi propriamente o mérito da questão, mas o fato de que a competência atribuída à Suprema Corte para julgar tal *writ* havia sido dada por lei ordinária, fato que revelaria incompatibilidade com a Constituição, na medida em que só esta poderia dispor sobre as competências do Tribunal.

Daí a instituir as bases para a moderna jurisdição constitucional, bastava a lógica do raciocínio. No dizer do próprio Marshall, segundo anota Lúcio Bittencourt,

Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará êle, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual se o fôsse? Seria subverter, de fato, o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

[...]

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito.<sup>34</sup>

Sintetizando o que preceitua a doutrina do controle de constitucionalidade das leis, leciona Paulo Gonet que esta possui três assertivas básicas:

- a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país.
- b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição.

---

<sup>34</sup> BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 13.

c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais poderes.<sup>35</sup>

É tendo em conta este quadro histórico que afirma a doutrina que

A assertiva de que a Constituição tem valor de norma – e de norma suprema do ordenamento jurídico –, se nos nossos dias passa por um truísmo, exprime, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes desencontrados.<sup>36</sup>

De fato, a análise histórica dos percursos pelos quais a Constituição passou até que tivesse reconhecido seu valor mostra que a afirmação de que ela é a norma superior do ordenamento jurídico nem sempre foi uma verdade posta, mas, sobretudo, construída.

#### **1.4 “Modelo” brasileiro**

A trajetória das Constituições brasileiras em sede de controle de constitucionalidade também serve para o melhor entendimento da situação jurídica hodierna na matéria.

A Constituição Política do Império, de 1824, não trazia hipótese alguma em que seria dado ao Judiciário deixar de aplicar uma lei para fazer cumprir a Constituição. Ao contrário, a teor do art. 15, VII e IX do Texto, cabia à Assembléia Geral fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, assim como velar pela guarda da Constituição.

Ademais, assim dispunha o art. 98 da Constituição de 1824:

---

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

<sup>36</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização [sic] Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Comentando o citado artigo, ensina Lucio Bittencourt que, num sistema em que houvesse tal controle sobre os três poderes “normais”, “é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador.”<sup>37</sup>

Com nítida influência norte-americana, o sistema do *judicial review* surge no ordenamento pátrio com “na Constituição Provisória, de 22 de outubro de 1890 (art. 58, § 1º, al. b) e no dec. nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, als. a e c.)”<sup>38</sup>

A Constituição brasileira de 1891, seguindo o que já fora previsto, dispôs caber recurso para o Supremo Tribunal Federal das decisões em que se questionasse “sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela” (art. 59, § 1º, a) e quando fosse contestada “a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” (art. 59, § 1º, b). O inciso II do art. 59 estendia apreciação das matérias constantes do § 1º quando as decisões fossem resolvidas por juízes e tribunais federais. De outro lado, a Lei nº 221 de 1894, que terminou de organizar a Justiça Federal, dispôs expressamente, no seu artigo 13, § 10, que

Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente

<sup>37</sup> BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 28.

<sup>38</sup> BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 28.

inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.<sup>39</sup>

Antes de entrar em vigência a Constituição de 1934, houve, em 1926, uma reforma constitucional. Sobre esta reforma afirma Bittencourt que

A reforma constitucional de 1926 tornou ainda mais claro e explícito o princípio, facultando o recurso para o Supremo Tribunal Federal sempre que se questionasse “*sobra a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição*” e a decisão do tribunal do Estado lhes negasse aplicação (art. 60, § 1º, al. a.)<sup>40</sup> [grifado no original]

O Texto Constitucional de 1934 replicou as disposições das Constituições anteriores, tendo inovado, contudo, na criação da regra do *full bench*, i.e., que somente pela maioria absoluta de seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de uma lei (art. 179).<sup>41</sup> Consagrou, outrossim, a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>42</sup>

Quanto à Constituição de 1937, a doutrina parece concordar que houve retrocesso no controle de constitucionalidade.<sup>43</sup> Tal se dá em razão do parágrafo único do artigo 96, que dispunha que

---

<sup>39</sup> cf., BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 29.

<sup>40</sup> BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 29.

<sup>41</sup> BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 30.

<sup>42</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 57, 2006, p. 101. cf. tb. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1086.

<sup>43</sup> BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 20; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1088.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Assim, atribuía-se ao Parlamento, além do juízo exercido pelo Senado sobre a possibilidade ou não de suspensão da lei, uma competência sobre a análise da própria decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, podendo, em quórum qualificado e atendidos os demais requisitos, cassar o pronunciamento do tribunal.<sup>44</sup>

A Constituição de 1946 repetiu as hipóteses de recurso extraordinário, tendo, contudo, suprimido a disposição do art. 96, parágrafo único, da Constituição anterior. Em 1965, contudo, houve radical transformação no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito brasileiro. De fato, a EC nº 16/1965, introduziu no sistema a alínea k ao inciso I do art. 101, dispondo que ser da competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento da “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual”, de iniciativa do Procurador-Geral da República.<sup>45</sup>

O Texto Constitucional de 1967 manteve o sistema da coexistência do controle concentrado com o controle difuso. A titularidade para provocação do Supremo Tribunal Federal na via principal manteve-se, igualmente, sob a esfera de atuação exclusiva do Procurador-Geral da República. Houve, no entanto, com a EC nº 7/1977, “uma típica

---

<sup>44</sup> Destaque-se que, apesar do referido instituto aparentar ter caráter antidemocrático, a experiência canadense conhece, hodiernamente, a cláusula do *notwithstanding*, que dá ao Parlamento semelhante atribuição à concedida ao Congresso Nacional. Sobre o tema, cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120-126.

<sup>45</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 57, 2006, p. 101.

reforma do Poder Judiciário, com diversas novidades sobre processo constitucional”<sup>46</sup>, como, por exemplo, “a representação interpretativa, a argüição de relevância e a advocatória.”<sup>47</sup>

A Constituição Federal de 1988, em sede de controle difuso, previu as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário (artigo 102, III), versando somente sobre matéria de índole constitucional.<sup>48</sup> O controle concentrado, por sua vez, sofreu considerável alargamento, seja no texto originário da Constituição, seja no que foi acrescido pelas emendas promulgadas. Dentre várias inovações, podem ser destacadas, *v.g.*, a ampliação da legitimação ativa para propositura de ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal, outrora de titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República; a criação da ação declaratória de constitucionalidade, com o advento da EC 3/1993; o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental; a súmula de efeitos vinculantes, instituto criado pela EC 45/2004; a repercussão geral das questões constitucionais discutidas, como requisito do recurso extraordinário.

Vê-se, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro possui diversos mecanismos de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Tal multiplicidade, todavia, não deve causar, *ipso facto*, a sensação de que o controle é melhor ou mais efetivo. Em verdade, há situações de colisão entre os diversos meios de impugnação da constitucionalidade das leis que podem resultar numa situação de insegurança jurídica.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> AMARAL JÚNIOR. José Levi Mello do. *Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 57, 2006, p. 101.

<sup>47</sup> AMARAL JÚNIOR. José Levi Mello do. *Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 57, 2006, p. 101.

<sup>48</sup> A Constituição pretérita conferia ao Supremo Tribunal Federal a guarda também da legislação infraconstitucional, a teor do art. 119, III. Com o advento do novo Texto Constitucional, tal atribuição passou a ser da competência do Superior Tribunal de Justiça, consoante o art. 105, III.

<sup>49</sup> Neste sentido, interessante é a situação da ADC nº 18/DF. No julgamento da medida cautelar, o Ministro Marco Aurélio suscitou questão de ordem para que a Corte deliberasse sobre o prosseguimento do julgamento do RE 240.785/MG, que versa sobre a mesma matéria, ante o disposto no art. 138 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, o Tribunal decidiu que o controle concentrado precede o controle difuso, suspendendo julgamento já iniciado, e que já contava seis votos (maioria) num mesmo sentido.

## 2 CARACTERÍSTICAS DOS MODELOS, DICOTOMIA E NATUREZA DO CONTROLE

Fixadas as premissas históricas que ensejaram o surgimento e desenvolvimento da jurisdição constitucional nos dois sistemas, cumpre traçar as diferenças fundamentais entre os mesmos.

### 2.1 Dicotomia entre Modelos

Três aspectos diferem substancialmente o controle de tipo americano e o controle de tipo austríaco: o número de órgãos legitimados para exercer o controle; a forma de impugnação da norma; o efeito das decisões.

No sistema de tipo americano, todos os órgãos judiciários são legitimados para exercer a jurisdição constitucional, por isso dito *difuso*. O questionamento da validade da norma não consubstancia, o escopo fundamental do processo; a declaração de inconstitucionalidade é feita tão-somente porque requisito para a resolução do caso concreto, daí ser este controle *incidental e concreto*. Daí decorre, igualmente, a característica de que seus efeitos geram, de ordinário, vinculação *inter partes*. Visto que o *judicial review* é exercido no bojo de um processo, em que o que se discute não é, especificamente, a inconstitucionalidade em si, o efeito da decisão prolatada vale somente entre as partes.<sup>50</sup>

O controle de tipo austríaco, por sua vez, é exercido somente por um órgão; apenas ao Tribunal ou à Corte Constitucional é dado declarar a inconstitucionalidade de uma

---

<sup>50</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38-39.

lei, daí porque o controle é *concentrado*.<sup>51</sup> Tal órgão, ressalte-se, não integra a estrutura do Poder Judiciário. O processo levado ao conhecimento da corte tem por objeto exclusivo a declaração de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade, em alguns sistemas), do ato normativo impugnado, independentemente e não pressupondo controvérsia jurídica concreta; o controle é, assim, *abstrato* e *principal*. Os efeitos da decisão, assim, são *erga omnes*, porquanto vinculam a todos, ainda que não sejam partes no processo.<sup>52/53</sup>

## 2.2 Aparente desaparecimento da dicotomia entre controle concentrado e difuso

As distinções apontadas, como sendo características de cada tipo específico de controle da constitucionalidade das leis, resultam, inequivocamente, do momento em que surgiram no ordenamento jurídico de cada país. A sacralidade atribuída à lei, no continente europeu, afastava qualquer tentativa em conferir ao Poder Judiciário a atribuição de julgá-la desconforme a Constituição. Na América, ausência de previsão expressa relativamente ao próprio *judicial review* revela o quão irreal seria sugerir que houvesse outro tribunal, fora da estrutura clássica da separação dos poderes, a quem se conferisse o poder de cotejar, em abstrato, as leis com a Constituição.

---

<sup>51</sup> Por isso, há, aparentemente, certa impropriedade em dizer-se que o Supremo Tribunal Federal é a Corte Constitucional brasileira. O que caracteriza um tribunal como sendo constitucional não é o fato de *este só* exercer controle de constitucionalidade, mas que *só este* pode realizar tal atividade. Não é errado dizer, assim, que a aferição da natureza da corte, se constitucional ou não, faz-se mais ao se olhar as atribuições dos órgãos do Poder Judiciário do que a da corte propriamente dita. Se estes também exercem jurisdição constitucional, aquele não é tribunal constitucional. A questão atinente às demais atribuições de uma corte constitucional tem a ver com sua *pureza*, não com sua *natureza*. Neste sentido, cf. FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 19; LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 57, 2006.

<sup>52</sup> Há certa divergência doutrinária em dizer-se que há *parte* em processos de tipo objetivo, como são, no Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ações de controle concentrado-principal-abstrato.

<sup>53</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38-39.

Nada obstante, há entendimento no sentido de que a dicotomia controle concentrado/controle difuso tem perdido sua razão de existir. Francisco Fernández Segado deu, a um artigo seu sobre o tema, o sugestivo título de *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*.<sup>54</sup>

Anota Segado, ressaltando a convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade que

Além disso, uma opinião doutrinária muito difundida hoje, se não quase universal, destaca a existência de uma clara tendência de convergência entre os dois modelos clássicos. Este é o caso, dentre muitos, de Cappelletti, para quem o controle de jurisdicional das leis em funcionamento no mundo contemporâneo, revela o colapso das velhas dicotomias, os dois modelos no processo de se chegar a um só, em definitiva unificação.<sup>55</sup>

Apontam-se vários motivos indicativos da ruína do muro divisor entre controle concentrado e controle difuso. A doutrina nacional elenca tais razões de forma didática, quais sejam:

(a) a introdução do procedimento de reenvio ou incidente de inconstitucionalidade como mecanismo processual assemelhado ao controle incidental, pois admite, em países de sistema europeu-kelseniano, a participação dos órgãos judiciais no controle de constitucionalidade das leis a partir das controvérsias instauradas em processos ordinários.

<sup>54</sup> SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, ano I, nº 02, out-dez de 2003, p. 55-82.

<sup>55</sup> No original: Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida em nuestros días, si es que no casi generalizada, subraya la existencia de una clara tendencia convergente entre los dos clásicos modelos. Es el caso, entre otros muchos, de Cappelletti, para quien el control judicial de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno sólo, en proceso, en definitiva, de unificación. SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, ano I, nº 02, out-dez de 2003, p. 65-66.

- (b) a similitude entre o *stare decisis* e a eficácia *erga omnes*, conferindo às decisões proferidas no sistema estadunidense efeito impositivo contra todos, a exemplo do que ocorre no modelo europeu.
- (c) a flexibilidade no arbitramento das eficácias *ex tunc* e *ex nunc*, preponderando, nos países de sistema europeu-kelseniano, a eficácia retroativa dos julgados da justiça constitucional, vinculada à concepção declaratória adotada entre os norte-americanos e contrária à prevalência da eficácia *ex nunc* sustentada por Kelsen.
- (d) a configuração da Suprema Corte, mediante o uso do *writ of certiorari*, como órgão de justiça constitucional, assemelhado, portanto, às Cortes Constitucionais, pois limita-se a examinar apenas os casos de maior relevância, geralmente questões de índole constitucional;
- (e) a superação, nos países de sistema europeu-kelseniano, do perfil de legislador negativo, uma vez que as Cortes Constitucionais passaram a emitir provimentos de natureza positiva, mediante a adoção, dentre outras soluções, de sentenças aditivas ou substitutivas, de instrumentos de modulação da eficácia temporal de suas decisões e de variadas técnicas interpretativas.
- (f) a instituição, em vários países, de modelos híbridos, que combinam características e instrumentos de ambos os modelos clássicos.<sup>56</sup>

Sem adentrar de forma detida em cada motivo enumerado<sup>57</sup>, neles se vê uma motivação notadamente procedimental, isto é, emanadas de uma observação empírica de como os modelos norte-americano e austríaco têm, na prática, sido exercidos nos países que os adotam.

A despeito disto, não parece que tais circunstâncias sejam indicadoras de uma convergência que culminará num modelo uno de controle de constitucionalidade das leis.<sup>58</sup> A despeito de todas as diferenciações que se fazem, quanto ao modo de controle,

<sup>56</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 57, 2006, p. 64.

<sup>57</sup> Para uma análise substancial de tais razões, cf. LEAL, Roger. A convergência dos sistemas de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 57, 2006.

<sup>58</sup> No dizer de Roger Leal: “De outra parte, as eventuais parencas de procedimento entre os modelos não avançam sobre o núcleo essencial de sua diferença. O âmago da dicotomia entre os sistemas de justiça constitucional não reside na mera processualística implantada.” A convergência dos sistemas de

efeitos de decisões, momento processual de declaração da inconstitucionalidade, v. g., o ponto nevrálgico de distinção entre os tipos de controle está em quem o faz, não propriamente como.

Necessário se faz, antes de adentrar qual seja propriamente a problemática na legitimidade do exercício da jurisdição constitucional, determinar qual é o caráter, se político, jurídico ou misto do controle que se faz da constitucionalidade das leis.

### 2.3 Natureza da Constituição e da normas constitucionais

A doutrina especializada em Direito Constitucional, ao tratar especificamente do controle de constitucionalidade, costuma dividir suas formas em razão de seus efeitos, da natureza da decisão, do modo, forma e momento processual em que é exercido, etc.<sup>59</sup>

Há, costumeiramente, divisão que leva em conta qual órgão é legitimado para conhecer da constitucionalidade, mormente no que concerne a sua inserção ou não no Poder Judiciário. Fala-se, assim, em controle político quando “a verificação de constitucionalidade é confiada a órgão não pertencente ao Poder Judiciário”<sup>60</sup> e em controle judiciário quando a “concordância entre um ato e as regras constitucionais é conferida a órgão integrado no Poder Judiciário, contando com as garantias deste.”<sup>61</sup>

Nada obstante, a afirmação de que o controle de constitucionalidade levado a cabo por órgãos do Poder Judiciário é meramente jurídico, na medida em que exercido por

---

constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 57, 2006, p. 73.

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1060 e ss.; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 895 e ss.

<sup>60</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

<sup>61</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

membros da judicatura, parece padecer de algumas considerações importantes sobre o cotejo que se faz.

Não se questiona, é certo, a afirmação contundente de que

a verificação de constitucionalidade não é senão um caso particular de verificação de legalidade, ou seja, da verificação da concordância de um ato qualquer, como de um regulamento, à lei, tarefa que rotineiramente é desempenhada pelo judiciário.<sup>62</sup>

Todavia, a particularidade de tal caso parece ser considerável o suficiente para que se questione a naturalidade do Judiciário para apreciar tais questões, mormente no sistema brasileiro. Isto se dá tendo-se em conta que a Constituição não é como as demais leis do ordenamento jurídico.

Irrelevante parece ser, em verdade, a escolha de tal ou qual teoria sobre o que venha a ser a Constituição. Quer se considere a Constituição como estatuto do poder, como propugnava Bourdeau<sup>63</sup>, como, sendo real, residente unicamente nos “factores reais e efectivos de poder que dominem” em determinada sociedade, afirmação de Lassalle<sup>64</sup>, ou mesmo como mera lei processual, em que “se estabelecem competências, regulam-se processos e definem-se limites para a ação política”<sup>65</sup>, consoante ensinava Hennis, fato é que, sobretudo em um Estado de Direito, a Constituição ostenta valor que sobrepuja e subordina as demais normas.

Neste sentido é a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citado por Celso Ribeiro Bastos, quando afirma que

---

<sup>62</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

<sup>64</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. II, p. 55.

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

a lei constitucional chama-se lei apenas por metáfora, ela não é igual às outras leis. A constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade.<sup>66</sup>

Como afirmado anteriormente, o valor da Constituição nem sempre foi a ela atribuído como ínsito, e muitas vezes foi completamente desconsiderado. Entretanto, o andar da história culminou por apontar no Texto Constitucional valia superior aos demais atos normativos de um determinado ordenamento jurídico.

Assim, é possível considerar a Constituição, hodiernamente, como “base da ordem jurídica e fonte de sua validade.”<sup>67</sup> Deste modo, parece decorrer logicamente que, tanto seu conteúdo como sua forma não são, e nem devem ser, como os da legislação ordinária, que na Constituição se assenta.

Por outro lado, é imprescindível destacar que a Constituição é documento político. Sua mais comezinha<sup>68</sup> noção, inserta no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirma ser necessário que seja assegurada a garantia dos direitos e estabelecida a separação de poderes, a revelar ser função precípua da Constituição a organização dos poderes (ou das funções do Poder), estabelecendo-lhes atribuições e limites. Tal função é eminentemente política, transbordando do aspecto jurídico do texto.

Ao tratar das normas constitucionais, afirma Luís Roberto Barroso que estas são “políticas quanto à sua origem, quanto ao seu objeto e quanto aos resultados de sua aplicação.”<sup>69</sup> Prossegue o autor ainda na afirmação de que

---

<sup>66</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 50.

<sup>67</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

<sup>68</sup> Diz-se comezinha, aqui, no sentido de ser a mais básica, considerando que as demais teorias sobre a Constituição partem destes pressupostos e acrescentam-lhe outros.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. ,rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114.

A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem as competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política [...] <sup>70</sup>

Parece ser inviável, portanto, afirmar a existência de um controle de constitucionalidade político e um controle jurídico “puros”, na justa medida em que a Constituição não é uma norma política ou juridicamente “pura”. Decorre disto que toda e qualquer interpretação constitucional, quer seja ela dada incidentalmente em uma ação de cobrança, quer seja em uma argüição por descumprimento de preceito fundamental, é eivada de nítido caráter político, pelo fato inarredável de interpretar-se determinado dispositivo – legal, regulamentar, de norma administrativa interna – à luz de um documento político.

Se, portanto, a jurisdição constitucional, efetuada em que órgão for, tem sempre um viés político, inexoravelmente aqueles que a efetuam possuem e exercem atividade também política.

Reconhece-se, consoante ensina a doutrina, que “praticamente todos os indivíduos acabam interpretando o Texto Supremo” <sup>71</sup>, considerando-se, sobretudo, que

---

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115.

<sup>71</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 66.

a causa dessa pluralidade não é outra senão o nível hierárquico superior no qual se encontra a Carta Magna. Todos estão submetidos aos mandamentos da Constituição [...] <sup>72</sup>

O portar-se de forma consentânea com o ordenamento jurídico exige, ainda que minimamente, uma atividade interpretativa por parte do indivíduo. Apenas ao estabelecer qual o possível conteúdo de determinada norma, proibitiva de direitos, concessiva de faculdades, etc., é que o indivíduo pode agir em conformidade com as mesmas. Há, em direito brasileiro, regra segundo a qual a ninguém é dado alegar o desconhecimento de lei para justificar seu descumprimento. <sup>73</sup> Tal fato, todavia, demanda do destinatário do preceito jurídico, ainda que de forma rudimentar, interpretação do sentido deste, a fim de que sua conduta se amolde ao quanto prescrito.

Assim também o é com o Texto Constitucional. A noção basilar, inserta no ideário social de que ninguém pode, de forma legítima, compelir outrem a agir de determinada maneira sem que haja respaldo em qualquer tipo de norma consubstancia, em certa medida, interpretação do princípio da legalidade, em sua vinculação negativa.

Nada obstante, a interpretação dada pelos indivíduos, conquanto possa se caracterizar também como política, na estrita medida de interpretar documento político, não causa maiores conseqüências, porque, de ordinário, estão circunscritas às esferas da vida privada de cada indivíduo.

A atividade interpretativa que efetivamente demanda análise mais cuidadosa e detida é a feita pelo Poder Judiciário, “seja na adequação a cada caso concreto, da norma abstrata, seja na verificação em abstrato da constitucionalidade de determinada regra.” <sup>74</sup> Isto

---

<sup>72</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 66.

<sup>73</sup> Artigo 3º, Decreto-Lei nº 4.657/42. Cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 1, p. 103-104.

<sup>74</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 65.

porque as decisões proferidas pelo Judiciário, quando irrecorríveis ou quando precluso o prazo para interposição de recurso, formam coisa julgada, subordinando os litigantes ao conteúdo do pronunciamento exarado, e tornando imutável a decisão proferida.<sup>7576</sup>

A forma de composição de tais órgãos, i.e., daqueles encarregados do controle de constitucionalidade, e cujas decisões tenham caráter definitivo, é de fundamental importância para o exercício adequado da jurisdição constitucional.

## 2.4 Da Legitimidade dos membros dos Tribunais Constitucionais

Uma das características que difere o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional daquele efetuado por todo e qualquer membro do Poder Judiciário situa-se na indicação política dos membros que o compõem. Afirma Favoreu que as Cortes Constitucionais,

ao contrário de jurisdições ordinárias, não são compostas por magistrados de carreira, que alcançaram seu posto por meio de promoções regulares e progressivas. A indicação dos membros das Cortes não obedece aos critérios tradicionais, o que os distingue das jurisdições ordinárias [...] os juízes não são necessariamente magistrados, podem ser escolhidos também entre os professores de Direito, advogados, funcionários, como na França, onde não é mister que sejam juristas.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de conhecimento*. 48ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, v. I, p. 600; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I., p. 457-458.

<sup>76</sup> E, no caso do controle concentrado, em que vigora o efeito *erga omnes*, subordinando toda a sociedade.

<sup>77</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 28.

Longe de tal circunstância significar um problema, afirma Favoreu que “essa intervenção, longe de ser um defeito é, ao contrário, uma qualidade, na medida em que esse tipo de indicação reforça sua legitimidade”<sup>78</sup>. Por outro lado

o perfil do magistrado de carreira, habituado às funções tradicionais do Poder Judiciário, não enseja, segundo ensina Favoreu, a habilitação necessária para o exercício da jurisdição constitucional, atividade que vai além, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, da acanhada tarefa de exegese da lei.<sup>79</sup>, daí a afirmação de ser exigível dos membros do tribunal “profunda sensibilidade político-institucional, ante a complexidade, a gravidade e a proximidade dos fatos políticos que serão submetidos a seu juízo.”<sup>80</sup>

Assim, a legitimidade que os membros do Tribunal Constitucional detêm para exercer o controle de constitucionalidade decorre de sua indicação política. No dizer de Jorge Miranda

é, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar actos com a força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.<sup>81</sup>

A legitimidade das autoridades que apontam os indicados “contamina, de certo modo, a Corte.”<sup>82</sup>

<sup>78</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 28.

<sup>79</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

<sup>80</sup> ROGER, LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

<sup>81</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. VI, p. 121.

<sup>82</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

## 2.5 Da legitimidade dos juízes ordinários nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos da América, qualquer juiz é legitimado a exercer jurisdição constitucional. Assim, não cabe somente à Suprema Corte conhecer das questões que envolvem a análise e a interpretação da Constituição, pois é ínsito ao sistema que qualquer autoridade judiciária possa fazê-lo.

Nada obstante, a forma de ingresso do magistrado norte-americano no Poder Judiciário não ocorre, como no Brasil e em países europeus, mediante concurso público.

Os juízes federais são escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado.<sup>83</sup> Por sua vez, os juízes estaduais são, de ordinário, escolhidos mediante sufrágio. Afirma a doutrina que

Quarenta dos Estados admitiram, numa preocupação democrática, depois da eleição de Jackson à presidência dos Estados Unidos em 1828, o princípio da eleição dos juízes por sufrágio universal.<sup>84</sup>

Assim, se no caso das Cortes Constitucionais de tipo europeu havia falar-se em legitimidade porque, por via *indireta*<sup>85</sup>, os membros do tribunal advinham da mesma origem que os integrantes de órgãos políticos, no direito norte-americano o ingresso no Poder Judiciário se dá, via de regra, da mesma forma pela qual se ingressa no Poder Legislativo ou na chefia do Poder Executivo. A legitimidade de tal exercício parece ser, assim, possivelmente até mais ampla que a dos juízes dos tribunais constitucionais, que obtém legitimidade de forma mediata, enquanto aqueles a adquirem de forma imediata.

---

<sup>83</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 488.

<sup>84</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 489. Cf também FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 29.

<sup>85</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. VI, p. 121.

## 2.6 Da “legitimidade” dos juízes brasileiros

Em direito brasileiro, o ingresso na magistratura ordinária, seja na Justiça Federal, seja na Justiça dos Estados-membros, dá-se mediante concurso público de provas e títulos. O art. 93, I, da Constituição Federal enuncia que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, cuidará do Estatuto da Magistratura, observando-se que

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Ressalvadas, portanto, as exceções feitas pela Constituição – o quinto constitucional para membros do Ministério Público e da advocacia (artigos 104, II, 111-A, I, 122, parágrafo único, I e II) e a indicação direta para ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 101, parágrafo único) -, não há outro meio de ingresso no Poder Judiciário senão mediante concurso público.

Há que se ter em conta, por outro lado, que o concurso público

é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.<sup>86</sup>

Vê-se que o escopo do certame para ingresso em cargo público não é outro senão a aferição da capacidade técnica daquele que pretende assumir um determinado cargo.

---

<sup>86</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.4.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 461-462.

A exigência de concurso público, decorrente dos princípios da igualdade e da moralidade<sup>87</sup> visa, assim, obstar o acesso aos cargos públicos por parte

[d]os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.<sup>88</sup>

A afirmação do professor Hely Lopes Meirelles demonstra, por outro lado, que, tanto quanto possível, o critério político deve ser afastado, preponderando a avaliação técnica, mormente porque “o concurso visa selecionar os candidatos mais capazes.”<sup>89</sup>

A partir de todas as premissas acima afirmadas, acerca de ser o controle de constitucionalidade uma atividade que sempre tem caráter político, e de que o concurso público é uma forma de aferição técnica de conhecimentos, parece ser possível afirmar que o Direito brasileiro vive um paradoxo institucional.

Por um lado, atribui-se a juízes de carreira a possibilidade de julgar leis e demais atos normativos como sendo contrários à Constituição, o que configura, como sobredito, exercício político. Por outro, o escolher-se dos magistrados dá-se não por uma forma política, mas por uma forma que dela em muito dista, que é o concurso público. Assim, não há, quando do exame das condições para acesso de candidatos a membros do Poder Judiciário, aferição de sua sensibilidade político-institucional, atributo que devem deter aqueles que interpretam a Constituição.<sup>90</sup> O Estado tira, por um lado, qualquer tipo de

---

<sup>87</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 263; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atualizada até as Emendas 41 (da previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257.

<sup>88</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.4.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 462.

<sup>89</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.4.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 463.

<sup>90</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

avaliação sobre as noções e concepções políticas do candidato à magistratura e, por outro, concede que o aprovado no certame exerça atividade interpretativa marcadamente política.

Neste sentido, afirma a doutrina, comentando os modelos de controle de constitucionalidade que

Em nenhum dos sistemas se ousou atribuir, como regra geral, o exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis em razão unicamente dos méritos demonstrados em concursos públicos.<sup>91</sup>

Por outro lado, é válido o questionamento, feito por Rodrigo Vallin, em mesa-redonda ocorrida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ao indagar sobre a possibilidade de avaliação de um saber político em concurso público, concluindo por sua inviabilidade.<sup>92</sup>

Nesta quadra, é inevitável considerar que falta legitimidade ao juiz ordinário brasileiro<sup>93</sup> para o exercício do controle de constitucionalidade. Com efeito, a ausência de qualquer elemento que possa, minimamente, emprestar algo de político ao ingresso do magistrado na carreira acarreta que este não detém qualquer legitimidade político-democrática para declarar normas incompatíveis com a Constituição. Sobre tal aspecto, comenta a doutrina que

A função de intérprete máximo da Constituição, atividade precípua do Tribunal Constitucional, exige de seus titulares profunda sensibilidade político-institucional, ante a complexidade, a gravidade e a proximidade dos fatos políticos que serão submetidos ao seu juízo. A interpretação constitucional *vive*, segundo a expressão de Jorge Miranda, *paredes-meias com a política*. Desse modo, seja porque o ofício da interpretação constitucional não guarda perfeita compatibilidade com o apogeu de uma

---

<sup>91</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

<sup>92</sup> VALLIN, Rodrigo. In SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição Constitucional, jurisdição ordinária e ordem legal: reflexões e alternativas*. Porto Alegre: Brejo biblio-bureau, 2009, p. 40.

<sup>93</sup> Entenda-se aqui, como juiz ordinário, qualquer que não seja integrante do Supremo Tribunal Federal.

carreira cuja especialidade não observa propriamente os critérios por ele exigidos, seja porque, sem regra, o acesso do magistrado à carreira não afere sua sensibilidade político-institucional, a composição dos Tribunais Constitucionais é realizada diversamente das demais magistraturas, mediante a adoção de procedimentos de seleção que, de alguma forma, presumam a apreciação política de seus membros.<sup>94</sup>

Assim, se a designação mesma para o Tribunal Constitucional, órgão politicamente legitimado para o exercício da jurisdição constitucional, ante o “empréstimo” de legitimidade que ocorre em razão da forma de designação dos seus membros, deve desconsiderar, ou, ao menos, considerar de menos valia o exercício da atividade judicante ordinária, tanto mais relevante deve ser o fato de o juiz ter ingressado na carreira via concurso público, o que não lhe concede, em verdade, nenhum atributo específico que torne o controle de constitucionalidade legítimo.

---

<sup>94</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

### 3 PROPOSTAS ACERCA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Afirmou-se no capítulo antecedente que o juiz ordinário, no Brasil, não tem legitimidade para exercer jurisdição constitucional. Nada obstante, em que pese não haver expressa previsão para que os magistrados de primeiro grau exerçam tal mister, é inquestionável que, no direito brasileiro, todos os magistrados fazem controle de constitucionalidade.

Diz-se que inexistente disposição expressa a sustentar o exercício da jurisdição constitucional porque a Constituição do Brasil de 1988 não prevê que os juízes singulares possuam tal atribuição. Os artigos que tratam do controle de constitucionalidade na via difusa não possuem qualquer indicativo de que existe referida competência.

O artigo 97 da Constituição, que trata da regra do *full bench*, estipula a forma pela qual os Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade das leis, sem fazer qualquer referência a magistrados de primeira instância.

Por sua vez, o artigo 102, III, do Texto Constitucional, que disciplina a competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal aduz caber o apelo extremo de “decisão” que contrarie a Constituição (letra a), declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (letra b), julgue válido ato de governo local em face da Constituição (letra c) e julgue válida lei local contestada em face de lei federal (letra d).

Nada obstante, a interpretação sistêmica do dispositivo enuncia, segundo a doutrina<sup>95</sup> e a jurisprudência<sup>96</sup>, que a expressão “causas decididas em última ou única instância”, inserta no inciso III, demanda o esgotamento das vias recursais, significando que o

---

<sup>95</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. atual de acordo com a Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 735-736.

<sup>96</sup> RE-AgR 218.372/CE, Rel. Ministro Néri da Silveira. Segunda Turma. Publicado no DJ de 14/06/2002.

acesso à via extraordinária “depende da prévia utilização dos recursos cabíveis no órgão judiciário de origem.”.<sup>97</sup>

É bem verdade, reconhece-se, que há entendimento no sentido de caber recurso extraordinário diretamente de magistrados de primeira instância<sup>98</sup> e de Turmas de Juizados Especiais<sup>99</sup>, que não são Tribunais. O próprio Supremo Tribunal Federal possui entendimento sumulado no sentido de tal possibilidade. Diz o enunciado nº 640 de sua Súmula que “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.”.

Tal situação, no entanto, mormente no que toca ao cabimento do extraordinário contra juiz de primeiro grau, não parece ser relevante o suficiente para chegar-se à afirmação de que aos juízes ordinários detém expressa competência outorgada pela Constituição para exercer controle de constitucionalidade.

Parece bastante razoável afirmar-se que tal atividade é por eles feita como uma decorrência lógica do sistema. De fato, no sistema de tipo difuso, todo e qualquer órgão judiciário detém legitimidade para a jurisdição constitucional. Todavia, a inexistência de expressa previsão parece de fundamental importância, mormente quando se tratar de alteração do modelo até então instituído.

Passa-se, assim, a enunciar quais as possíveis alterações no ordenamento constitucional brasileiro, a fim de adequar-se o exercício da jurisdição constitucional ao que se tem aqui afirmado ser correto.

---

<sup>97</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. atual de acordo com a Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 736.

<sup>98</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. atual de acordo com a Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 737. Na jurisprudência: RE 136.154/DF, Relator p/ o acórdão Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Publicado no DJ de 23/04/1993; RE 162.933/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma. Publicado no DJ de 20/06/1995.

<sup>99</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. atual de acordo com a Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 737. Assim também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: RE-AgR 352.360/DF, Relator Ministro Eros Grau. Primeira Turma. Publicado no DJ de 23/08/2005.

### 3.1 Criação da “Remessa de Inconstitucionalidade”

Vários sistemas constitucionais conhecem da remessa, ao Tribunal Constitucional, de questões suscitadas pelas cortes e juízes de origem.<sup>100</sup>

Na Espanha, “a remessa pode ser feita por qualquer ‘órgão judiciário’, não importando sua hierarquia, desde que seja reconhecido seu caráter jurisdicional.”<sup>101</sup> Assim também é, por exemplo, na Itália.<sup>102</sup>

A prática no Brasil poderia ter tais contornos. Qualquer juiz, *ex officio*, a requerimento das partes ou do Ministério Público é legitimado para provocar o Tribunal Constitucional quando questionada a constitucionalidade de uma norma. A remessa seria feita ao Supremo Tribunal Federal, facultando-se a este dela conhecer ou não. Por outro lado, abre-se a oportunidade de o juiz, quando requerido a remeter a questão, negar-se a fazê-lo.

Em casos de grande repercussão, ou com potencial efeito multiplicador, facultar-se-ia ao Supremo Tribunal valer-se do quanto disposto no artigo 328 de seu Regimento Interno, *in verbis*:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

---

<sup>100</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 48-49, 68, 82, 109.

<sup>101</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 109.

<sup>102</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004, p. 83.

Assim, todas as causas que versarem sobre a *quaestio juris* objeto da remessa ficariam sobrestadas até o pronunciamento final da Corte sobre a constitucionalidade da norma impugnada.

A decisão final do Supremo Tribunal deveria ter, necessariamente, eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*. De fato, de nada faria sentido remeter-se uma questão ao Tribunal se não houvesse a obrigação de que, posteriormente, todos os demais órgãos do Judiciário perfilhassem o entendimento adotado.

Analogamente ao entendimento da doutrina sobre a participação de terceiros no incidente de inconstitucionalidade perante os tribunais, parece de todo recomendável que demais interessados no julgamento da causa dele participem<sup>103</sup>, mormente se se considerar que a decisão terá eficácia vinculante e efeito contra todos. Assim, seria facultada a participação do Ministério Público, dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e de outros órgãos e entidades que detenham interesse na causa.<sup>104</sup>

### 3.2 Alterações no instituto da Reclamação

A reclamação, instrumento constitucional consagrado para assegurar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e lhe preservar a competência tem, hodiernamente, cabimento vinculado a processos tipicamente objetivos,<sup>105</sup> estando pendente

---

<sup>103</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1123.

<sup>104</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1124.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1346-1353, *passim*.

de julgamento reclamação que aduz existir descumprimento de decisão do Supremo tomada em *habeas corpus*.<sup>106</sup>

No novo sistema, todavia, haveria alargamento do parâmetro de controle da reclamação. Não só se poderia questionar o descumprimento de decisões tomadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental, mas também daquelas tomadas na “remessa de inconstitucionalidade”. Com efeito, se o escopo do instrumento é assegurar a autoridade das decisões da Suprema Corte, nada mais lógico que admitir-se a reclamação para fazer valer o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

### 3.3 Alterações no Recurso Extraordinário

O recurso extraordinário é, por excelência, a forma de julgar, no controle difuso, a constitucionalidade das leis. De fato, é mediante ele que

a Corte Suprema rejulga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.<sup>107</sup>

Considerando que, a qualquer momento processual seria possível a utilização da “remessa de inconstitucionalidade”, parece que somente caberia recurso

<sup>106</sup> Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes. Informativos 454 e 463

<sup>107</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 7. ed., rev., ampl., e atual. de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TST, as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.341/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07, 11.495/07, 11.636/07, 11.672/08, a Emenda Regimental n. 21/2007-STF (repercussão geral no recurso extraordinário) e a Resolução do STJ n. 8/2008 (regulamento do processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos). Salvador: JusPODIVM, 2009, v. 3, p. 325.

extraordinário quando denegada, na primeira instância, a referida remessa ou em caso de surgimento de questionamento sobre a validade constitucional da lei após o julgamento de recursos.

Necessário se faz, todavia, cuidar de forma mais detida de cada ramo do Poder Judiciário.

### *3.3.1 Cabimento do Recurso Extraordinário na Justiça Federal e do Trabalho*

A Constituição Federal assegura que, nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho, um quinto de sua composição será formado dentre advogados e membros do Ministério Público (artigos 107, I e 115, I) e os demais mediante promoção, alternadamente, por antigüidade e merecimento (artigos 107, II e 115, II).<sup>108</sup>

Prepondera na composição da Corte, portanto, magistrados de carreira, cujo ingresso deu-se, por certo, mediante concurso público, a afastar qualquer elemento de legitimidade político-institucional que os habilite para exercer o controle de constitucionalidade.

Assim, se a alegação de inconstitucionalidade surgisse antes do término do julgamento por parte do Tribunal, impor-se-ia a adoção da “remessa de inconstitucionalidade” diretamente ao Supremo.

Por outro lado, verificada, por qualquer das partes ou do Ministério Público a existência de eventual confronto entre a norma aplicada e a Constituição, restaria intacta a via do extraordinário para impugnação perante o Supremo Tribunal Federal.

Há que se destacar, no entanto, que para que tal ocorra, necessária se faz a superação do requisito do pré-questionamento.

---

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1020, 1026.

O pré-questionamento, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, tem fundamento no inciso III do artigo 102 da Constituição, traduzindo-se na circunstância de que

“se a questão constitucional não foi decidida em nenhum julgamento proferido no processo, ou foi solucionada apenas na primeira decisão jurisdicional, mas não na última, o recurso nem ultrapassa o juízo de admissibilidade, conforme demonstram os enunciados 282 e 356.”<sup>109</sup>

Nada obstante, no sistema aqui proposto o pré-questionamento não possui qualquer razão de sequer existir. Se é negado aos juízes de primeira e segunda instância o exercício do contencioso constitucional, evidente que a abertura da via extraordinária não pode depender de pronunciamento anterior do Tribunal ou juiz *a quo*, porque tal atividade lhes seria vedada.

Deste modo, a questão constitucional pode surgir, pela primeira vez, nas razões de recurso deduzidas pela parte sucumbente, sem haja falar-se em não conhecimento do recurso por falta de requisito de admissibilidade.

Por outro lado, a Justiça do Trabalho possui uma especificidade que a difere da Justiça Comum, Estadual e Federal. Nestas, em havendo violação direta a dispositivo constitucional, o recurso cabível é o extraordinário, a teor do artigo 102, III, da Constituição.

Naquela, todavia, em havendo violação literal de dispositivo do Texto Constitucional, dentre outras hipóteses, é cabível, de decisões de Tribunais Regionais do

---

<sup>109</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. atual de acordo com a Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 733.

Trabalho, recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, a teor do artigo 896, c, da Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>110</sup>

Tal hipótese, assim, não seria mais possível. Com o surgimento de questão constitucional após o julgamento perante a Justiça do Trabalho de 2ª instância, a via adequada para a impugnação da constitucionalidade de normas e/ou decisões seria a extraordinária para o Supremo Tribunal Federal, subsistindo a competência do Tribunal Superior do Trabalho para conhecer da violação literal a lei federal.

### *3.3.2 Cabimento do Recurso Extraordinário na Justiça Estadual*

Quanto aos Tribunais de Justiça, apesar de não haver previsão constitucional expressa, sua composição dá-se da mesma forma que a das supracitadas cortes, de modo a manifestar-se, outrossim, a ilegitimidade para exercer controle de constitucionalidade pela via difusa. Tal circunstância, destaque-se, dá-se somente em face da Constituição Federal.

Por outro lado, a Constituição assegura aos Tribunais de Justiça, em seu artigo 125, § 2º, a competência para julgar a representação de inconstitucionalidade quando o parâmetro for a Constituição Estadual. Ocorre, assim, controle de constitucionalidade pela via concreta, por escolha do próprio constituinte originário.<sup>111</sup>

Caso haja discussão, na primeira instância, sobre a constitucionalidade, em face do Texto da Constituição Estadual, somente, de determinada norma, o instituto da “remessa de inconstitucionalidade” parece absolutamente cabível. Caso a norma questionada seja cotejada em face da Constituição Federal, todavia, a “remessa” deve ser encaminhada diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>110</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 27. ed, 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 420.

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1356

Caberia recurso extraordinário, portanto, da decisão que, como na Justiça Federal e do Trabalho, deixasse de aplicar a Constituição, desde que a alegação tenha sido posterior ao julgamento da causa.

Ademais, fica ressalvada o cabimento do recurso, tanto em controle difuso como em concentrado, de decisão cujo parâmetro que, conquanto seja norma da Constituição estadual, configure norma de reprodução obrigatória.<sup>112</sup>

### 3.3.3 Cabimento do Recurso Extraordinário na Justiça Eleitoral

Assim como a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral, toda ela, é voltada para uma atuação, tanto jurisdicional como administrativa, focada num ramo específico do Direito.<sup>113</sup>

A forma de composição de suas cortes, tanto a do Tribunal Superior Eleitoral (artigo 119) como a dos Tribunais Regionais Eleitorais (artigo 120, § 1º) é bastante singular, e seus membros ocupam mandatos.<sup>114</sup>

Nada obstante pareça que a forma de ingresso nos quadros das cortes eleitorais tenha elementos políticos, a função da Justiça Eleitoral é, toda ela, voltada para a análise da legislação eleitoral – e, como propõe este trabalho, deve ser restrita às normas infraconstitucionais.

---

<sup>112</sup> Tal possibilidade de interposição de RE já é consagrada pela doutrina MENDES, p. 1367 e pela jurisprudência. Neste sentido: Rcl 383/SP, Relator Ministro Moreira Alves. Tribunal Pleno. Publicado no DJ de 21/05/1993; SLS-AgR 10/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Publicado no DJ de 16/04/2004; Pet-AgR 2.788/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Publicado no DJ de 31/10/2003; RE-AgR 353.350/ES, Relator Ministro Carlos Velloso. Segunda Turma. Publicado no DJ de 21/05/2004.

<sup>113</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1021.

<sup>114</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 1021-1022.

### 3.3.4 Cabimento do Recurso Extraordinário de decisões de Tribunais Superiores

A questão do presente trabalho gira em torno da legitimidade, ou melhor, da falta de legitimidade de juízes não eleitos e cujo ingresso na magistratura se dá mediante concurso público têm para exercer o controle de constitucionalidade.

No âmbito dos Tribunais Superiores, no entanto, o ingresso de seus integrantes tem caráter marcadamente político.

No Superior Tribunal de Justiça (artigo 104, *caput* e parágrafo único, I e II) um terço das vagas são preenchidas por juízes dos Tribunais Regionais Federais, um terço por desembargadores dos Tribunais de Justiça e um terço, em partes iguais, por membros da advocacia e do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal e Territórios, alternadamente.<sup>115</sup>

A Corte elabora lista tríplice que é enviada ao Presidente da República que indica, a seu critério, um dos candidatos, que é submetido a sabatina perante o Senado Federal e, se aprovado, é nomeado pelo Presidente.

No Tribunal Superior do Trabalho (artigo 111-A, I e II), o procedimento segue o mesmo rito, diferenciando-se que a proporção entre membros dos Tribunais Regionais do Trabalho e advogados e membros do Ministério Público do Trabalho é de quatro quintos para um quinto. Não há, por outro lado, menção expressa a elaboração de lista tríplice.<sup>116</sup>

Os indicados são, igualmente, escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal.

---

<sup>115</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1014-1015.

<sup>116</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1019.

A composição do Superior Tribunal Militar dá-se na seguinte proporção, consoante o artigo 123, *caput* e parágrafo único da Constituição: três membros são oficiais-generais da Marinha, três oficiais-generais da Aeronáutica e quatro oficiais-generais do Exército, todos da ativa e do posto mais alto mais elevado na carreira. Os demais cinco ministros são escolhidos entre civis, sendo três advogados (artigo 123, parágrafo único, I) e dois, por escolha paritária, escolhidos entre juizes auditores e membros do Ministério Público Militar (artigo 123, parágrafo único, II). A nomeação ocorre, tal qual nos demais Tribunais supra referidos, após indicação do Presidente da República e subsequente aprovação do Senado Federal.<sup>117</sup>

Assim, poderia argüir-se que tais integrantes do Judiciário têm seu ingresso nas Cortes Superiores mediante processo nitidamente político, sendo legitimados, assim, para o exercício da jurisdição constitucional.

Nada obstante, embora se reconheça que sua nomeação se dá após trâmite que envolve a participação ativa do Poder Executivo e do Poder Legislativo, há que se destacar que o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar detêm funções extremamente específicas e delineadas.

O Superior Tribunal de Justiça, consoante a doutrina, destaca-se no ponto em que exerce “controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal.”<sup>118</sup> O Tribunal Superior do Trabalho tem por finalidade precípua o julgamento dos recursos de revista, com a finalidade de “uniformizar a jurisprudência dos tribunais regionais [...]”<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1025.

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed., rev., e atual., nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562.

<sup>119</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 27. ed, 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 420.

Ao contrário do que ocorre na primeira e segunda instâncias do Poder Judiciário, onde a cognoscibilidade das matérias é a mais ampla possível, o acesso às vias extraordinárias é limitado na justa medida em que estas não funcionam como instâncias de revisão, mas com o objetivo de pacificar e padronizar o entendimento nas suas áreas de jurisdição.<sup>120</sup>

Assim, muito embora o ingresso nos quadros dos tribunais superiores seja marcadamente político, fato que é suas funções institucionais estão delimitadas para a uniformização e pacificação do direito federal infraconstitucional, não para zelar, de forma primeira e mais importante, pela integridade do Texto Constitucional.

---

<sup>120</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1016; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed., rev., e atual., nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562

## CONCLUSÃO

Conforme abordado no presente trabalho, a jurisdição constitucional é prática cuja legitimidade em si, conquanto questionada por substancial parcela da doutrina, é assente como necessária à manutenção da supremacia e observância da Constituição.

Tal circunstância não deve significar, todavia, ausência de questionamento sobre a legitimidade daqueles que exercem tal atribuição, tendo em vista que o controle de constitucionalidade é atividade de caráter eminentemente político, mesmo quando exercida no e pelo Poder Judiciário.

Na verdade, é justamente em razão do viés indissociavelmente político do controle de constitucionalidade que a indagação sobre a legitimidade dos juízes para tal matéria ganha vulto, especialmente considerado o modelo brasileiro, que preza, como exaustivamente afirmado, por uma seleção técnica, não política dos membros do Poder Judiciário.

Assim, analisando o tipo americano e o tipo europeu de jurisdição constitucional, pôde-se chegar à conclusão de que falta aos magistrados brasileiros ordinários – nos termos deste trabalho, qualquer que não seja integrante do Supremo Tribunal Federal – qualquer legitimidade para controlar a constitucionalidade das leis, seja em razão de seu ingresso, que não possui qualquer componente político, como se dá com magistrados de primeira instância da justiça comum, seja porque suas atribuições estão focadas para outro tipo de jurisdição, como os juízes eleitorais, seja por uma combinação dos dois referidos fatores, como magistrados de primeira instância da justiça do trabalho.

Por fim, ao apresentarem-se, no último capítulo, sugestões para alteração do modelo brasileiro, o objetivo pretendido foi, inquestionavelmente, retirar das mãos dos magistrados brasileiros a possibilidade de exercerem contencioso constitucional. Como tal parece solução parece impossível, ao menos de modo absoluto, pretendeu-se minimizar ao

máximo a atividade de controle de constitucionalidade dos magistrados que não os do Supremo Tribunal Federal.

## BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 57, 2006, p. 100-108.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 7. ed., rev., ampl., e atual. de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF, STJ e TST, as Leis Federais n. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.340/06, 11.341/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.441/07, 11.495/07, 11.636/07, 11.672/08, a Emenda Regimental n. 21/2007-STF (repercussão geral no recurso extraordinário) e a Resolução do

STJ n. 8/2008 (regulamento do processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos). Salvador: JusPODIVM, 2009, v. 3.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_ *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estudo da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEALE, M. J. *A Revolução Americana*. São Paulo: Ática, 1991.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 57, p. 62-81, 2006.

\_\_\_\_\_ *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 1.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 27. ed, 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed., atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.4.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atualizada até as Emendas 41 (da previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. II.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. VI.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, ano I, nº 02, out-dez de 2003, p. 55-82.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed., rev., e atual., nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5. ed. atual de acordo com a Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1, de 2008. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de conhecimento*. 48ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, v. I.

VALLIN, Rodrigo. In SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição Constitucional, jurisdição ordinária e ordem legal: reflexões e alternativas*. Porto Alegre: Brejo biblio-bureau, 2009.