INTRODUÇÃO[1]

A reinvenção representa etapa essencial no curso da vida. Permite que seja possível enxergar os novos desafios que se apresentam no horizonte de modo mais nítido. Possibilita o aprendizado com os equívocos detectados no curso da trajetória, o que ocorre dentro do natural processo de amadurecimento. Assegura, portanto, que **novo olhar** seja devotado ao que até então consubstanciava indiscutível cotidiano.

A reinvenção, pois, fortalece.

Espera-se também, na perspectiva de pesquisa acadêmica aprofundada, que as teses guardem consigo o potencial da reinvenção nos domínios do conhecimento em que se inserem. As teses precisam ser inovadoras, na medida em que têm por pressuposto a originalidade na ousada pressuposição de que dão mais um passo no processo de construção do raciocínio. Traçando um paralelo com a vida, a tese também possui seu próprio ciclo, nascendo de meditação duradoura sobre algum problema eleito no intrincado universo do conhecimento, e que se pretende seja possível melhor explicar ou resolver. Teses são, pois, naturalmente presunçosas, o que se justifica pela tarefa árdua a que se propõem.

Tal perspectiva serve de inspiração inicial para justificar o plano de trabalho que adotado no decorrer da realização da pesquisa de Doutorado. Neste sentido, escolhi[2] como recorte específico temático o instituto do **incidente de inconstitucionalidade**, contextualizado no universo mais amplo do controle concreto de constitucionalidade brasileiro, tema tradicionalmente incorporado à jurisdição constitucional pátria e que merece ser revisitado diante das inovações que têm marcado os seus recentes desenvolvimentos.

---

[1] Esta tese de Doutorado seguiu as determinações formais contidas na Resolução FD/PÓS nº 01/2002, que padronizou as normas de editoração das teses de Doutorado, dissertações de Mestrado e outros trabalhos de pesquisa na Universidade, disponível no *site* www.direito.usp.br. Acesso em: 01/05/2013.

[2] O uso da primeira pessoa do singular neste trabalho de pesquisa teve por intuito destacar com maior clareza as posições pessoais do autor ante o pensamento tradicional em cada ponto da matéria examinada. Sigo aqui linha de exposição teórica também adotada quando da elaboração da Dissertação de Mestrado, defendida na mesma Universidade no ano de 2009.

Trata-se, portanto, de submeter antigo instituto a uma nova interpretação, que pretendo seja capaz de repensá-lo com o objetivo de problematizar o próprio sentido da fiscalização difusa de constitucionalidade que se costuma praticar no Brasil.

Torna-se necessário descortinar o porquê da escolha temática, alvo do próximo tópico desta Introdução.

Justificativa

A escolha do incidente de inconstitucionalidade pode ser justificada com base em dois argumentos principais: **(I)** a pequena abordagem doutrinária específica a respeito do instituto, ao menos no âmbito particular do Direito Constitucional, persistindo o interesse na aferição mais aprofundada das peculiaridades do assunto; **(II)** a necessidade de sistematizar e repensar o incidente diante da série de inovações recentes no campo do controle de constitucionalidade brasileiro, voltadas à promoção de maior rapidez e homogeneidade decisórias.

Com efeito, a consulta realizada no Banco de Dados da CAPES revela a existência, até o momento de finalização desta pesquisa, de poucos trabalhos dedicados especialmente à temática do incidente de inconstitucionalidade, ao menos dentro do domínio específico do Direito Constitucional.

Foram encontrados apenas 4 (quatro) trabalhos que atendem ao recorte eleito na pesquisa[3], a saber: **(I)** Carmen Luiza Dias de Azambuja. "O Efeito *Erga Omnes* do Controle Difuso e Judicial de Constitucionalidade dos Atos Normativos como Resultante da Decisão pelo Objeto do Processo na Jurisdição Brasileira"[4]; **(II)** Glênio José Wasserstein Hekman. "O cumprimento da norma do artigo 97 da constituição da república federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente de arguição de

[3] Pesquisa realizada usando os termos "incidente" e "inconstitucionalidade" como argumentos de pesquisa no Banco de Teses da CAPES. Obteve-se como resultado 23 (vinte e três) teses/dissertações, sendo que apenas 4 (quatro) atenderam ao recorte eleito nesta investigação. Fonte: http://www.capes.gov.br/servicos/banco-de-teses. Acesso em 21.07.2012.

[4] Tese defendida pela autora no ano de 2005 no Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, tendo por Professor Orientador Leonel Pires Ohlweiler.

inconstitucionalidade: uma nova perspectiva de tratamento"[5]; **(III)** José Levi Mello do Amaral Júnior. "A regra do *full bench* no controle difuso de normas - O incidente de arguição de inconstitucionalidade no Brasil"[6]; **(IV)** Marcelo Weick Pogliese. "Fiscalização Difusa da Constitucionalidade e o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade"[7].

Vale dizer que apenas dois livros foram publicados até o momento no Brasil sobre o assunto dentro do plano específico do Direito Constitucional, correspondendo justamente aos trabalhos defendidos pelos Professores José Levi Mello do Amaral Júnior e Marcelo Weick Pogliese, os quais foram fruto, em ambos os casos, de pesquisas de Mestrado, finalizadas, respectivamente, nos anos de 2001 e 2006.

Há, ainda, poucos artigos publicados especificamente sobre o tema. Tal conclusão pôde ser obtida, por exemplo, a partir de dados extraídos do Sistema JUSDATA da Universidade de São Paulo, sendo obtidos apenas 7 (sete) registros na pesquisa[8], dos quais apenas 3 (três) guardam consonância direta com o objeto da investigação, como a seguir exposto: **(I)** Antônio Souza Prudente. Incidente de inconstitucionalidade e desvario do poder. **Revista Trimestral de Direito Publico**, 1997; **(II)** Sidney Hartung Buarque. Incidente de inconstitucionalidade: alcance da norma contida no art. 481, parágrafo único do CPC, acrescentado pela Lei nº 9.756/98. **Revista da EMERJ**, 2002; **(III)** José Eduardo Carreira Alvim. Incidente de inconstitucionalidade: método de controle difuso; alterações introduzidas no CPC pela Lei nº 9.868/99. **Revista da AJURIS**, 2000.

Vale esclarecer, por oportuno, que a base de dados do referido sistema foi complementada no decorrer dos estudos de preparação da tese, sendo possível encontrar outros artigos em coletâneas e revistas especializadas diversas, que serão devidamente referenciados ao longo da exposição. No particular, foram investigados alguns periódicos destacados no âmbito do Direito Público e do Direito Constitucional, com o intuito de

---

[5] Tese defendida pelo autor no ano de 2002 no Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, tendo por Professor Orientador Manoel Gonçalves Ferreira Filho.
[6] Dissertação defendida pelo autor no ano de 2001 no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tendo por Professor Orientador Cezar Saldanha Souza Júnior.
[7] Dissertação defendida pelo autor no ano de 2006 no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, tendo por Professor Orientador José Diniz de Moraes.
[8] Pesquisa realizada usando os termos "incidente" e "inconstitucionalidade" como argumentos de pesquisa no Sistema JUSDATA. Fonte: http://www.usp.br/bibliotecadireito/biblioteca.htm. Acesso em 22.03.2012.

desvendar trabalhos de relevância especial para o incidente de inconstitucionalidade, recorte da pesquisa.

Tal objetivo foi cumprido por meio da análise de artigos publicados nas edições dos seguintes periódicos, reconhecidamente relevantes no âmbito da pesquisa doutrinária brasileira e, em diversos casos, possuidores de bons índices de avaliação no sistema QUALIS da CAPES[9]: **Revista de Direito Administrativo** (RDA)[10], **Revista Direito GV**[11], **Revista de Direito do Estado**[12], **Revista Jurídica Virtual do Planalto**[13], **Revista de Informação Legislativa**[14], **Revista Forense**[15] e **Revista dos Tribunais**[16]. A pesquisa também contempla, por óbvio, artigos publicados em outras Revistas relevantes para o enfrentamento da matéria.

Ademais, constata-se lacuna doutrinária a respeito da necessidade de sistematizar os mecanismos de deflagração de controle incidental no Brasil, tendo por ímpeto repensá-lo no contexto das inovações mais recentes no controle brasileiro, reveladoras de nítida **tendência de concentração decisória** no âmbito do STF.

---

[9] O sistema QUALIS da CAPES representa referência oficial de avaliação de qualidade de periódicos, tendo sido consultada a base de dados disponível eletronicamente no seguinte endereço: www.qualis.capes.gov.br. Acesso em: 10/10/2013.

[10] Foram examinadas 262 (duzentas e sessenta e duas) edições da RDA. Publicada desde o ano de 1945, possui artigos no âmbito do Direito Público e Teoria do Direito, tendo nível de avaliação B2 no sistema QUALIS da CAPES. O acesso ao site da publicação revela que "(...) a RDA foi a publicação mais citada na área jurídica no Brasil, de acordo com o estudo de impacto realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Ministério da Educação" (Fonte: www.direitorio.fgv.br/publicacoes/revista-de-direito-administrativo. Acesso em: 08/10/2013).

[11] Foram examinadas 16 (dezesseis) edições da Revista Direito GV. Publicada desde maio de 2005, representa uma das mais importantes Revistas Jurídicas generalistas da atualidade, possuindo nível de avaliação A1 no sistema QUALIS da CAPES.

[12] Foram examinadas 24 (vinte e quatro) edições da Revista de Direito do Estado. Publicada desde o ano de 2006, tendo por Diretor-Geral Luís Roberto Barroso, a Revista teve a pretensão de "(...) construir uma ponte entre a pesquisa acadêmica e a realidade cotidiana dos operadores do Direito", fornecendo "(...) o estado da arte no Direito Público". (Fonte: www.revistarde.com.br/ojs/index.php/rde/issue/archive, Acesso em: 08/10/2013). Possui nível B5 no sistema de avaliação QUALIS da CAPES.

[13] Foram examinados 6 (seis) Volumes da Revista, sendo que sua edição mais recente data de Novembro de 2004. Publicada desde 1999 sob a Coordenação do então Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Gilmar Ferreira Mendes, a Revista Jurídica Virtual tinha por intuito a "(...) divulgação de estudos e trabalhos jurídicos elaborados por seus integrantes, versando sobre as questões de maior relevância enfrentadas em sua lide diária" (Fonte: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/, Acesso em 08/10/2013).

[14] Foram examinadas edições avulsas da Revista, que possui nível de avaliação A2 no sistema QUALIS da CAPES.

[15] Foram examinadas edições avulsas da Revista, que possui nível B3 de avaliação no sistema QUALIS da CAPES.

[16] Foram examinadas edições avulsas da Revista, que possui nível B5 de avaliação no sistema QUALIS da CAPES.

Esta variável apresenta significativa relevância para justificar a pesquisa, pois os trabalhos de maior profundidade sobre o incidente de inconstitucionalidade lidaram com sistemática distinta. Consoante o diagnóstico realizado, acima exposto, a pesquisa doutrinária de maior fôlego e mais recente a respeito do incidente de inconstitucionalidade data de 2006. Desde então, advieram significativas modificações incorporadas ao exercício da fiscalização de constitucionalidade no País, o que enseja análise particularizada.

Com efeito, o sistema de controle brasileiro albergou consideráveis mudanças em seu perfil, merecendo destaque especial as repercussões trazidas pelo advento da Emenda Constitucional nº 45/04, dentro da chamada Reforma do Judiciário. Tais alterações ensejam dúvidas fundadas a propósito de como o incidente de inconstitucionalidade deve se comportar diante de um modelo que consagrou, por exemplo, tanto a **súmula vinculante**, prevista no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei nº 11.417/06, quanto a **repercussão geral no recurso extraordinário**, fundada no artigo 102, §3º, da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei nº 11.418/06, imersos em contexto de fortalecimento progressivo dos instrumentais de controle principal de constitucionalidade e da eficácia vinculante, o que reflete um universo de busca por uniformidade, homogeneidade e celeridade decisórias[17].

Torna-se clara a necessidade de repensar o funcionamento de um instituto cuja previsão inicial no Brasil data da Constituição de 1934, e que costuma ser **automaticamente vinculado** à tarefa de instrumentalização da cláusula de reserva de plenário, redução que não mais parece, após a passagem de oitenta anos, encontrar amparo no cenário da jurisdição constitucional brasileira.

---

[17] Tal ímpeto encontra amparo, por exemplo, nas Metas 1 (Julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos em 2012) e 2 (Julgar, até 31/12/2012, pelo menos, 80% dos processos distribuídos em 2007, no STJ; 70%, de 2008 a 2009, na Justiça Militar da União; 50%, em 2007, na Justiça Federal; 50%, de 2007 a 2009, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2008, na Justiça do Trabalho; 90%, de 2008 a 2009, na Justiça Eleitoral; 90%, de 2008 a 2010, na Justiça Militar dos Estados; e 90%, em 2007, nas Turmas Recursais Estaduais, e no 2º grau da Justiça Estadual) do CNJ para o ano de 2012. Fonte: http://www.cnj.jus.br/images/metas_judiciario/glossario_metas_nacionais.pdf, pp. 9 e 14. Acesso em 21/07/2012. O mesmo intuito de julgamento com maior celeridade pode ser encontrado no discurso de abertura do Ano Judiciário de 2013, proferido pelo Presidente do STF, Min. Joaquim Barbosa, ocasião em que salientou: "(...) De nossa atuação aqui no Supremo depende boa parte do trabalho de aprimoramento do sistema judiciário brasileiro. Por isso, posso assegurar que faremos um grande esforço para conferir celeridade aos nossos trabalhos, de modo a tornar reais os princípios fundamentais inscritos em nossa Constituição (...)". Fonte: "Discurso de Abertura do Ano Judiciário 2013", pp. 1-2. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Ano_Judiciario_2013_Discurso_Joaquim_Barbosa.pdf. Acesso em 16/02/2013.

Tais considerações justificam, por conseguinte, a realização desta pesquisa, que pretende ser original tanto no sentido de **sistematizar** o incidente de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro quanto para **repensar**, em novo contexto, o funcionamento de instituto tradicional na esfera do controle concreto.

Fica justificada, então, a opção pelo incidente de inconstitucionalidade dentro do adotado recorte de pesquisa. Importa **reinventá-lo** para que seja capaz de lidar com o novo cenário que se apresenta no controle de constitucionalidade brasileiro, o que por certo tornará menos evidente a sua imediata associação à cláusula de reserva de plenário.

O incidente de inconstitucionalidade guarda uma potencialidade recôndita. Desvendar esta potencialidade pode trazer consigo a aptidão para atualizar o funcionamento do controle de constitucionalidade no Brasil, o que por si só recomenda a realização de pesquisa a respeito.

Reinventar, pois, fortalece.

Metodologia e Hipótese de Trabalho

Cabe então destacar a opção metodológica realizada, assim como a hipótese de trabalho construída para solução do problema, aqui testada.

Houve uma nítida mudança de rumos desde o início das pesquisas da tese, no ano de 2011, e a redação conclusiva, no ano de 2013, o que apenas restará claro caso sejam cotejadas as pretensões iniciais de **investigação metodológica** com os seus posteriores desenvolvimentos.

Inicialmente, a pesquisa de Doutorado tinha por pretensão a análise, especialmente de natureza empírica, de experiências de Tribunais de Justiça brasileiros no que diz respeito ao processamento de incidentes de inconstitucionalidade. O seu intuito era o de selecionar ao menos um Tribunal representativo de cada região do País para compreender o funcionamento do incidente na jurisprudência regionalizada. A seguir, as conclusões

obtidas tendo por base o funcionamento prático do instituto serviriam de fundamento para o desenvolvimento teórico do trabalho.

Contudo, a tarefa mostrou-se infrutífera, em razão de dois aspectos principais: **(I)** a inviabilidade de lidar com tamanha quantidade de casos, o que tornaria a pesquisa extremamente extensa e demorada, não se amoldando ao período trienal exigido para a conclusão dos trabalhos; **(II)** a ausência de nítida compreensão sobre qual seria o sentido da referida pesquisa empírica, que por certo consumiria tempo e energia demasiados sem que houvesse grande avanço para as conclusões do formato teórico da tese em si. Notei, portanto, que a adoção de tal viés poderia não ser tão útil para **testar** a hipótese de trabalho ora adotada, ocorrendo perda de foco para o alcance dos resultados pretendidos.

Tornou-se mais factível, então, privilegiar a menção aos casos de incidente de inconstitucionalidade como exemplos meramente ilustrativos da realidade, o que se revelou mais apropriado do que a ambição, por certo irrealizável nas atuais condições de tempo e dedicação à pesquisa, de traçar um amplo quadro do funcionamento empírico dos incidentes de inconstitucionalidade no Brasil. Vale registrar que tal mudança de rumo foi obtida a partir dos debates travados com os colegas de Pós-Graduação e com os Professores da disciplina "Pesquisa em Direito"[18], cursada durante a etapa de conclusão dos créditos exigidos pelo Programa de Pós-Graduação, ficando aqui registrada a minha especial gratidão.

Efetuei, então, uma alteração dos rumos do trabalho para alcançar a pretensão definitiva, que privilegia abordagens voltadas à compreensão do perfil do incidente e de sua necessária crítica. O exame do perfil do incidente de inconstitucionalidade foi partilhado em diversas dimensões, contemplando: **(I)** a compreensão das facetas de sua incorporação histórica no Brasil; **(II)** a discussão dos principais problemas de ordem processual que atingem sua utilização prática; **(III)** uma breve comparação com algumas experiências estrangeiras relacionadas. Ademais, a abordagem crítica teve por intuito a

[18] A disciplina "Pesquisa em Direito" (DES5821-1), ministrada pelos Professores Diogo Rosenthal Coutinho, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha e Luís Virgílio Afonso da Silva, tem por objetivo "Proporcionar ao estudante de pós-graduação – mestrado e doutorado – a possibilidade de debater questões centrais de metodologia do trabalho de pesquisa em nível de pós-graduação em direito". Agradeço aos Professores e aos demais Colegas do curso as críticas devotadas ao Projeto de Pesquisa então apresentado, o que auxiliou importantes correções de rota no seu desenvolvimento.

exploração de novo viés da temática, sendo marcada pelo ímpeto propositivo imprescindível à construção da tese.

Explicada a metodologia escolhida, cabe aqui citar qual a hipótese de trabalho alvitrada, ou seja, a solução provisória que se pretendeu confirmar com a investigação. Neste sentido, adotei como **hipótese de trabalho** a defesa da inserção do incidente de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir do órgão jurisdicional de primeiro grau, limitando a sua atuação processual com a finalidade de assegurar fosse proferida, desde logo, decisão a propósito da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, medida responsável pelo incremento da uniformidade de aplicação do Direito, em prestígio da igualdade e do ideal de segurança jurídica. Imaginei que seria corolário necessário desta assunção a extinção do controle concreto de constitucionalidade, praticado por Juízes e Tribunais brasileiros na apreciação da incompatibilidade de leis e atos normativos. Portanto, ocorreria a incorporação do incidente de inconstitucionalidade como mais um elemento relevante no destacado processo de concentração do controle praticado em âmbito nacional.

Ao final da redação deste trabalho reexaminarei a hipótese inicialmente concebida, esclarecendo, de antemão, que foi **apenas parcialmente** confirmada. A incorporação do incidente de inconstitucionalidade representa medida desejável para permitir a análise, a partir de um caso concreto, de questão passível geradora de eficácia vinculante. Contudo, a pesquisa efetuada revelou ser altamente custosa e prejudicial a supressão do controle concreto, tema que será alvo de abordagem em capítulo específico ao final do trabalho.

Divisão dos Capítulos

O trabalho encontra-se dividido em **cinco capítulos**, estruturados da seguinte forma:

No **Capítulo 1** foi realizada a apresentação do atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, contextualizando o chamado **controle concreto** no âmbito das principais modificações que têm sido adotadas na promoção do ideal de homogeneidade, celeridade e uniformidade decisórias. A finalidade do capítulo reside em traçar o **contexto** em que se insere a desejável nova compreensão do incidente de

inconstitucionalidade, tornando possível a aferição do seu desenvolvimento específico ao longo da história.

A seguir, o **Capítulo 2** foi redigido tendo por finalidade correlacionar o incidente de inconstitucionalidade à reserva de plenário no âmbito do controle concreto, compreendendo o seu **histórico** nas Constituições brasileiras, a visão doutrinária prevalecente nos momentos mais marcantes e o seu significado atual, conforme o modelo consagrado pela Constituição de 1988. A pretensão do Capítulo reside no entendimento do perfil que o incidente assumiu ao longo da História Constitucional brasileira, cotejando, em especial, a roupagem que possuía quando de previsão original em 1934 ao contexto político-institucional da atualidade, já que superados oitenta anos de sua incorporação.

Na sequência, o **Capítulo 3** buscou sistematizar os principais problemas de ordem **processual** relativos ao incidente de inconstitucionalidade, tendo por base as principais visões doutrinárias e a jurisprudência correlata. A intenção, no caso, foi analisar os principais problemas que o instituto tem enfrentado no âmbito do pragmatismo forense, sendo apontada a visão pessoal a respeito de cada controvérsia.

Por sua vez, o **Capítulo 4** teve por intuito **relacionar** a experiência brasileira do incidente de inconstitucionalidade com a trajetória de fiscalização de algumas experiências estrangeiras selecionadas, de modo a tornar possível a análise de eventuais aproximações e distanciamentos. Trata-se de singela tentativa de aperfeiçoamento de instituto nacional diante da percepção de como o instituto foi contemplado por outros ordenamentos jurídicos, malgrado as evidentes peculiaridades culturais que caracterizam cada ambiente, a justificar a impossibilidade da importação pura e simples de soluções alienígenas. Chamo a atenção, particularmente, para a necessidade de aprofundamento da sistemática latino-americana de controle de constitucionalidade, que guarda traços histórico-culturais mais apropriados para o entendimento do sistema brasileiro e para a respectiva evolução.

Por fim, o **Capítulo 5** teve por intuito **repensar** criticamente o incidente de inconstitucionalidade após a devida compreensão do funcionamento corrente do instituto, debatendo tanto as sugestões doutrinárias de aperfeiçoamento detectadas no decorrer da pesquisa quanto a regulamentação contida na Proposta de Emenda Constitucional nº

406/01[19] para que, enfim, seja apresentada a visão original da pesquisa sobre o assunto. O Capítulo foi redigido para delinear o **estado da arte** acerca do problema, havendo, a seguir, a apresentação dos principais traços da tese ora defendida.

Capítulo 1. BREVE HISTÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: A *INVENÇÃO* DE UMA PLURALIDADE SINGULAR

Uma das tendências mais evidentes, habitualmente reiterada pela doutrina constitucional brasileira, diz respeito ao intuito de homogeneização de nosso sistema de controle, permitindo a prolação de decisões marcadas por teor mais elevado de uniformidade e pela tentativa de obtenção de maior celeridade.

Tal movimento encontra na atuação do Supremo Tribunal Federal uma referência dotada de elevado significado. Apresenta-se notória a percepção de que o Supremo Tribunal Federal possui, atualmente, uma prevalência não apenas na perspectiva dos demais órgãos do Poder Judiciário, mas também ante os demais Poderes, repercutindo no debate tradicional sobre a separação de poderes na dupla acepção a ela devotada pela Constituição Brasileira de 1988. Neste sentido, é possível vislumbrar a separação de poderes tanto na condição de **princípio fundamental**, previsto no artigo 2º da Constituição, quanto considerá-la como **cláusula pétrea**, tendo em vista a blindagem concebida pelo artigo 60, §4º, inciso III, da Lei Maior.

A preponderância da repercussão do Supremo Tribunal Federal nas perspectivas que aqui chamo de **interna** e **externa** foram examinadas por Oscar Vilhena Vieira, dentro do que o referido autor engenhosamente denominou de **supremocracia**, expressão síntese do posicionamento respeitoso e ampliado do órgão de cúpula do Judiciário nacional[20].

---

[19] A referida Proposta de Emenda Constitucional foi apresentada em 29/08/2001, tendo por finalidade a inserção de um §5º ao artigo 103 da Constituição Federal de 1988 tendo o seguinte objetivo: "Autoriza o Supremo Tribunal Federal, nos casos de incidente de constitucionalidade, para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspender todos os processos para proferir decisão que versa exclusivamente sobre matéria constitucional". A proposição será examinada com maior atenção no Capítulo respectivo.

[20] Neste sentido, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, pp. 444-445: "Em um primeiro sentido, o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. (…) Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes". Para uma análise do papel da Constituição Federal de 1988

Vale esclarecer, ainda, que a análise da maior preponderância do Tribunal no âmbito da jurisprudência encontrou amparo na visão de diversos autores. Neste sentido, é possível destacar que o Tribunal Constitucional já foi tratado como verdadeiro **sexto poder**, como diria Cezar Saldanha, ao projetá-lo no exercício de funções de natureza jurisdicional, legislativa e política em última instância[21], fortalecendo a sua visibilidade no cenário brasileiro. Peter Häberle já teve a oportunidade de compreender o Tribunal Constitucional como participante real e fictício do contrato social[22], o que também evidencia a relevância a ele dedicada no universo político-institucional.

No âmbito das pesquisas de cunho empírico, cabe citar, apenas a título exemplificativo, a análise de Ricardo Silveira Ribeiro, que comprovou, por meio de pesquisa quantitativa, a ausência de neutralidade do Tribunal ao decidir, sendo que "(...) age como verdadeiro *policy maker*, um órgão de governo, sendo sensível às diversas circunstâncias do ambiente, especialmente quando julga no âmbito da jurisdição constitucional abstrata (...)"[23].

Tem-se, portanto, como fato consagrado em nossa história um dos momentos de mais intensa projeção do Supremo Tribunal Federal ante os demais Poderes, constatação que não é, entretanto, isenta de críticas.

A notória prevalência de atuação do Supremo pode representar, em algumas ocasiões, a prática do questionado **ativismo judicial**, fenômeno que exige a construção de

---

neste processo, cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "À Brasileira". **Revista Direito GV**, p. 413. Cabe conferir, também, a visão de Rogério Bastos Arantes ao revelar o quanto a reorganização institucional de 1988 transformou o sistema judicial em uma arena de conflitos políticos, acarretando decisões judiciais demoradas e por vezes contraditórias (ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**, pp. 205-206).

[21] SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes, pp. 118-119 e 122 (concebendo para o Tribunal Constitucional função *instrumental*, de natureza jurisdicional, *formal*, de natureza legislativa, e *material*, política em última instância).

[22] HÄBERLE, Peter. A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, p. 219.

[23] Neste sentido, cf. RIBEIRO, Ricardo Silveira. Política e Economia na Jurisdição Constitucional Abstrata. **Revista Direito GV**, p. 88, sendo o mesmo entendimento reiterado às pp. 106-107. Insta consignar que o autor destaca um duplo comportamento do Supremo ao julgar, atuando, por vezes, como órgão de governo, mas decidindo em outras situações de acordo com cânones tradicionais da jurisprudência pacificada.

parâmetros dogmáticos, consoante a visão preconizada por Elival da Silva Ramos[24]. Cabe registrar que até mesmo o uso da expressão ativismo apresenta-se polêmico, havendo quem prefira, como o faz Enrique Ricardo Lewandowski[25], denominar o fenômeno de **protagonismo judicial**, ao associar o século XXI ao momento de apogeu do Judiciário ante os demais Poderes para, a seguir, deixar clara a sua defesa da atuação decisiva do Judiciário no atual curso da história.

Também é possível encontrar trabalhos que refletem uma visão extremamente crítica sobre a atuação do Tribunal não apenas na atualidade, mas também ao longo da República, como se depreende da visão de Marco Antônio Villa[26]. Orlando Soares[27] também comentou, em obra elaborada nos anos 90 do século passado, o insucesso do Supremo na promoção da tarefa de guardião da Constituição, "(...) de molde a barrar o advento de regimes ditatoriais, desfecho e sucesso de golpes de Estado, práticas insidiosas de abuso de autoridade e outros atentados à legalidade democrática, que se sucederam ao longo dos anos, em nosso País".

Com efeito, tanto a posição de maior respeitabilidade do Tribunal quanto a compreensão doutrinária dos parâmetros que devem informar a sua postura são alvo de profícua literatura nacional e estrangeira[28], abordando diversos pontos de tensão existentes

---

[24] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, em especial pp. 151-168, visando à construção de categorias que variam desde a inexistência de controle dos atos do Poder Público até o controle em nível máximo, passando pelo controle mínimo e por dois tipos de controle médio. Acerca das mudanças operadas pelo STF no que tange ao instituto da fidelidade partidária no Brasil, cf. RAMOS, Elival da Silva. O Delineamento do Estatuto dos Partidos Políticos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, pp. 71-72, ocasião em que é mencionada a verdadeira revisão constitucional operada pelo Tribunal a respeito do instituto. Acerca da mesma temática, embora relacionado o exercício da jurisdição constitucional na perspectiva democrática e concebendo modelos de atuação do Judiciário em contextos "(...) nos quais seja recomendável a autocontenção e outros nos quais se exige uma atuação mais incisiva (...)" cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**, pp. 202, 314 e 315.

[25] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, pp. 78 e 85.

[26] VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras**, p. 148.

[27] SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**, pp. 470-471.

[28] Neste sentido, apenas a título exemplificativo, cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** pp. 112, 123, 128, 133 (examinando o fenômeno da expansão da criatividade jurisprudencial tanto nos sistemas de *common law* quanto nos sistemas de *civil law*, sendo que o livro tem por objetivo a compreensão da expansão da criatividade judiciária). A questão representa ponto nuclear do debate norte-americano há anos, sendo opostas as visões do *interpretativismo* e do *não interpretativismo*, bem como as análises focadas no ideal de participação política, como preconiza ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: A Theory of Judicial Review, p. 181 (segundo o autor, a preocupação do controle de constitucionalidade deve ocorrer com questões de participação, e não com o mérito substantivo da escolha política).

entre o constitucionalismo e a própria democracia[29]. Assumiu enorme relevância a opinião contida no item 78 dos artigos escritos pelos Federalistas com o pseudônimo "Publius", momento em que foi ressaltado o fato de que o Poder Judiciário "(...) não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza"[30].

Esta breve exposição sobre o retrato da atuação do Supremo na atualidade caracteriza o universo em que se insere o incidente de inconstitucionalidade, ao menos tendo em vista os moldes trabalhados na pesquisa.

Não se pode ignorar o fato de que o STF ocupa, atualmente, de fato e de direito, o ápice de sistema de controle que progressivamente incentiva a concentração decisória[31], a atrair a atenção da doutrina, da mídia e da sociedade, gozando de apreço mais elevado que as próprias instituições político-representativas. A transparência obtida com a repercussão das transmissões das sessões do Tribunal tem feito com que discussões entre Ministros recebam atenção midiática imediata e despertem a curiosidade da sociedade. Assuntos que habitualmente mereceriam a atenção do Poder Legislativo são alçados à pauta do Tribunal, que parece ter se transformado em uma espécie de nova **Casa de Suplicação**, no sentido mais literal da expressão[32].

---

[29] A respeito, cf. GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**, p. 10 (questionando a visão de Kelsen de que o controle judicial de constitucionalidade seria uma consequência lógica do constitucionalismo); BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, em especial pp. 127 e 132 (diferenciando a legitimidade da própria jurisdição constitucional da legitimidade de seu exercício, vislumbrando a segunda matéria como polêmica e defendendo a proximidade entre o Juiz Constitucional e o povo como critério de sua legitimidade).

[30] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**, p. 576. A relevância do livro é tamanha que fez com que Cândido Mota Filho mencionasse ser a "(...) mais segura e a mais expressiva obra de defesa da obra constitucional americana" (MOTA FILHO, Cândido. **O conteúdo político das Constituições**, p. 143).

[31] A tendência de privilegiar o controle concentrado ante o difuso pode ser encontrada em alguns autores como recomendação ao Brasil, como se depreende, por exemplo, de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A idéia de Constituição no Mundo Contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 25; JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A Jurisdição Constitucional na Revisão Constitucional de 1994 (Partes I e II). **Revista de Direito Administrativo**, pp. 112-113; BARROS, Sérgio Resende de. Controle de Constitucionalidade: Proposta de Simplificação. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, p. 39.

[32] A criação da Casa de Suplicação do Brasil ocorreu a partir do Alvará de 10 de maio de 1808, da autoria de D. João. Teve por objetivo converter a chamada "Relação do Rio de Janeiro" na Casa de Suplicação do Brasil, que seria "(...) considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa de Suplicação de Lisboa". Fonte: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico. Acesso em: 15/10/2013. Vale

Há de se registrar, ainda, que a já citada prevalência do Supremo Tribunal Federal convive com uma postura de valorização da força normativa da Constituição Federal de 1988, defendida amplamente pela doutrina brasileira, e que tem estimulado, inclusive, o próprio incremento nos estudos do Direito Constitucional, superando as visões que o enxergavam como área do conhecimento despida de normatividade[33].

Por certo ocorreu no Brasil algo correlato ao que García de Enterría mencionou em relação à visão da Constituição Espanhola de 1978, vislumbrada como uma espécie de verdadeira *norma normarum*, distinta das Constituições antigas, que não haviam sido produto de um pacto social entre todo o povo[34]. Segundo o autor, teriam ocorrido ao menos três fatores que contribuíram para a mudança do constitucionalismo europeu, e particularmente espanhol, depois da Segunda Guerra Mundial: **(I)** o desaparecimento de qualquer alternativa ao princípio democrático puro, que passa a ser visto como único e indiscutível princípio de organização política; **(II)** a consagração do sistema de justiça constitucional de influência kelseniana; **(III)** a necessidade de defesa do sistema democrático e dos direitos fundamentais[35].

Mutatis mutandis, trata-se de fatores que podem ser também compreendidos na experiência brasileira, com a importante ressalva em relação ao tópico II, tendo em vista a opção nacional pelo somatório de experiências de controle internacionais, inexistindo a adoção pura do modelo de matriz kelseniana.

---

aqui esclarecer que a associação do Supremo a "(...) uma espécie de casa de suplicação popular" encontra eco em análise da autoria de Juliano Basile, intitulada "A Corte de porta aberta?". Fonte: Supremo Tribunal Federal em Debate. Disponível em: www.supremoemdebate.blogspot.com.br/2013/07/a-corte-de-porta-aberta.html. Acesso em 15/10/2013.

[33] Merece registro, no particular, a visão de Luís Roberto Barroso sobre o assunto: "No início e em meados da década de 80, na América Latina, ainda sob o signo do autoritarismo militar e do anticomunismo truculento, o direito constitucional vagava errante entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, a teoria crítica denunciava o Direito como legitimador do *status quo*, instrumento puramente formal de dominação, incapaz de contribuir para o avanço do processo social e para a superação das estruturas de opressão e desigualdade. De outro lado, o pensamento constitucional convencional, mimetizado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva de historicismo e puramente descritiva das instituições vigentes. Indiferente à ausência de uma verdadeira ordem jurídica e ao silêncio forçado das ruas, resignava-se a uma curricular desimportância. Cada uma dessas duas vertentes – a crítica e a convencional – por motivos opostos, desprezava as potencialidades da Constituição como fonte de um verdadeiro direito" (BARROSO, Luís Roberto. Influência da Reconstitucionalização de Portugal sobre a Experiência Constitucional Brasileira. **Revista de Direito do Estado**, p. 410).

[34] ENTERRÍA, Eduardo García. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**, p. 4.

[35] ENTERRÍA, Eduardo García. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**, pp. 10-11.

Vale sublinhar, também, que tal perspectiva de concentração decisória em Tribunais de Cúpula parece configurar uma tendência observada nos modelos de jurisdição constitucional da **América do Sul**[36]. O Brasil, pois, não está sozinho no contexto regional de tentativa de promoção de uma justiça mais célere, malgrado ainda distante da eficácia desejada.

Uma vez devidamente situado o papel preponderante do STF e o incremento do ideal de alcance de maior celeridade decisória na perspectiva nacional e regional, cabe analisar o universo mais amplo em que a pesquisa encontra-se localizada[37]. Neste sentido, é possível notar que o controle de constitucionalidade tem sofrido significativas mudanças em **diversos países centrais** para a compreensão do tema. O **Reino Unido**, por exemplo, surpreendeu o mundo nos anos de 1998 e 2005 ao abandonar alguns traços de sua peculiar rejeição à sistemática judicial de controle. No ano de 1998, houve a edição do *Human Rights Act*, que incorporou ao Reino Unido os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. A seguir, em 2005, adotou-se o *Constitutional Reform Act*, responsável pela reestruturação do Poder Judiciário britânico, com a criação de uma Corte Constitucional separada do Parlamento, o que ocasionou o esvaziamento das funções jurisdicionais da Câmara dos Lordes[38]. O *Human Rights Act* representou um instrumento de fiscalização da atividade legislativa pelo Poder Judiciário[39]. Já a Reforma de 2005 foi marcada pelo advento da criação de uma Corte Constitucional, que começou a funcionar no ano de 2008[40]. Assim como o Reino Unido, o **Canadá** também tem servido de

---

[36] A respeito do tema, cf. NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Jurisdição Constitucional na América do Sul. Apontamentos de Direito Constitucional Comparado. **Revista de Direito do Estado**, pp. 104-105: "Os modelos de jurisdição constitucional no cone Sul da América indicam uma tendência de concentração e objetivação do controle de constitucionalidade. Tal como aconteceu no Brasil, houve um progressivo afastamento do modelo de inspiração norte-americana e aproximação com o modelo europeu. Nota-se, todavia, que este leque diversificado de soluções para fiscalização de constitucionalidade não tem sido obstáculo suficientemente forte para evitar crises institucionais que chegam, como nos casos boliviano e paraguaio mais e, em menor medida, também no caso argentino, a porem em risco a própria pretensão democrática".

[37] Agradeço ao Professor Manoel Jorge e Silva Neto a sugestão de abordagem das mudanças do controle na perspectiva mundial como elemento importante para situar a pesquisa ora empreendida.

[38] Para uma visão brasileira a respeito das mudanças no Reino Unido, cf. CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel Espécie de *Judicial Review*? **Revista de Direito do Estado**, em especial pp. 268 e 276.

[39] CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel Espécie de *Judicial Review*? **Revista de Direito do Estado**, p. 281.

[40] CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel Espécie de *Judicial Review*? **Revista de Direito do Estado**,

inspiração para os estudiosos a partir da previsão da chamada cláusula não-obstante, que permite uma diferenciada compreensão na relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário no que tange à declaração de inconstitucionalidade. Ambos os Países integram o grupo de soluções peculiares no âmbito da jurisdição constitucional que são conhecidas como formas alternativas de controle de constitucionalidade, ou mesmo de controle de constitucionalidade em sentido fraco[41]. A **França**, por sua vez, abandonou a sua tradição de controle de constitucionalidade essencialmente preventivo ao passar a acolher, também, a chamada "questão prioritária de constitucionalidade", medida que entrou em vigor no dia 1º de março de 2010 e que permite a qualquer pessoa que seja parte em um processo o direito de questionar, perante o Conselho Constitucional, alguma violação a direito ou liberdade constitucional[42]. Além disso, no âmbito dos países em desenvolvimento, tem chamado bastante atenção dos pesquisadores internacionais a **África do Sul**, notabilizada pela superação do regime de segregação racial, pela abertura ao Direito Internacional em sua Constituição e pela promoção judicial dos direitos sociais[43], não tendo, em certos casos, a Constituição dos Estados Unidos como parâmetro[44].

---

p. 282.

[41] Neste sentido, tratando do Canadá e do Reino Unido como "formas alternativas de controle de constitucionalidade", cf. TUSHNET, Mark. The State of Constitutional Theory in U.S. Law Schools in the 2000s. **The Good Society**, p. 23: "Canada notwithstanding clause allows parliaments to enact statutes notwithstanding their inconsistency with certain of the fundamental rights set out in the Canadian Charter of Rights. The British Human Rights Act authorizes courts to declare legislation incompatible with the provisions of the European Convention on Human Rights, and allows corrective legislation to be enacted through special fast-track procedures".

[42] Neste sentido, cabe transcrever pequeno trecho sobre o instituto, disponível no *site* do STF: "A chamada Questão Prioritária de Constitucionalidade garante a qualquer pessoa que seja parte em um processo, em qualquer instância, administrativa ou judiciária, o direito de questionar um dispositivo legal sob o argumento de que ele atenta contra os direitos e liberdades garantidos na Constituição. Se as condições de admissibilidade forem preenchidas, caberá ao Conselho Constitucional se pronunciar e, se for o caso, ab-rogar o dispositivo" (Fonte: Portal Internacional do STF. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929. Acesso em: 21/12/2013).

[43] Cabe aqui mencionar, por exemplo: BOTHA, Henk. Comparative Constitutional Law in the Classroom: A South Africa Perspective. **Penn State International Law Review**, pp. 532-534. O autor, Professor na Stellenbosch University, Matieland, narra o caráter extremamente interessante da experiência constitucional na África do Sul, na qual o recurso ao direito internacional não apenas possui fundamento constitucional explícito como também revela uma relação relevante para a construção da identidade nacional. Contudo, aponta as razões para uma pequena penetração acadêmica dos estudos do âmbito internacional no Direito Constitucional estudado no País.

[44] Neste sentido, cf. BOTHA, Henk. Comparative Constitutional Law in the Classroom: A South Africa Perspective. **Penn State International Law Review**, p. 540, nota de rodapé nº 28: "A Constituição dos Estados Unidos tem, em certo sentido, servido como modelo negative para o desenvolvimento da África do Sul. A compreensão judicial da Constituição da África do Sul como um document transformative e igualitário, que apresenta um dever positivo para o Estado na proteção e promoção dos direitos fundamentais tem, em diversos casos, sido articulado ante diferenças significativas apresentadas pela Constituição dos Estados Unidos". (Trecho original: "The United States Constitution has, in some respects, served as a negative model of constitutional development in South Africa. Judicial understandings of South Africa's Constitution as a transformative, deeply egalitarian document which places a positive duty on the state to protect and promote

Tal cenário de mudanças regionais e internacionais justifica uma abordagem histórica breve da experiência brasileira, realizada com o intuito de situar a atual compreensão do ordenamento jurídico nacional diante do objeto de pesquisa escolhido. Muito mudou desde o momento em que Pedro II solicitou a Salvador de Mendonça e a Lafayette Rodrigues Pereira que fizessem estudos, em julho de 1889, sobre o funcionamento da Suprema Corte nos Estados Unidos, para que subsidiassem a criação de um Tribunal em moldes similares no Brasil[45].

O entendimento do papel do STF no contexto atual de realização de controle de constitucionalidade exige a análise, mesmo que breve, de alguns eventos históricos relevantes, que contribuíram para que a atual prevalência ocorresse. Um simples cotejo entre o ano de 1934 – data de previsão inaugural do incidente de inconstitucionalidade no Brasil como ferramenta de deflagração da reserva de plenário – e a atualidade revela a existência de perfis distintos de Constituição e de Estado, o que enseja, também, comportamento distinto do STF.

Neste sentido, é imprescindível destacar algumas datas cruciais para que seja possível compreender as sucessivas etapas de construção do quadro de controle brasileiro de constitucionalidade. Não tenho, contudo, a pretensão de desenvolver uma ampla história do controle brasileiro, o que se afasta do recorte da pesquisa e que pode ser plenamente alcançado por meio da consulta a diversas obras publicadas sobre o assunto[46].

---

fundamental rights have, in a number of instances, been articulated by drawing attention to relevant differences with the Constitution of the United States)".

[45] SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 457. A criação do STF no Brasil tendo por inspiração a Suprema Corte dos Estados Unidos também aparece em outros autores, sendo exemplos: BALEEIRO, Aliomar. Poder Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 3 e 7; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte Norte-Americana: um Modelo para o Mundo? **Revista de Direito Administrativo**, p. 207; PINTO FERREIRA. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, p. 154.

[46] A respeito do histórico do controle no Brasil, cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, Capítulo 2; CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, Capítulo 2; DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional, Capítulo 2; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos, Capítulo III; RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução, pp. 177-236. Mais recentemente, mostrando a trajetória de concentração do controle, assim como a maior concessão de poder ao Judiciário, cf. CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, p. 204.

O intuito da exposição reside em viabilizar a compreensão do novo papel que aqui se desenhará para o incidente de inconstitucionalidade, o que apenas ocorrerá caso tenhamos em mente como ocorreu a **invenção** do controle de constitucionalidade no Brasil.

A invenção do controle de constitucionalidade no Brasil possui história curiosa, repleta da adoção de institutos alheios à realidade nacional, e marcada por uma profunda incerteza sobre o que deve preencher a nossa própria trajetória e identidade. Temos, no âmbito do controle de constitucionalidade, um exemplo notório da insegurança típica de uma experiência constitucional que, por vezes, buscou o seu funcionamento atrelado à crença na eficácia de soluções construídas para âmbitos de aplicação estranhos à realidade nacional. Persiste, como um dos maiores desafios da atualidade, a busca pela descoberta da melhor forma de proteger a Constituição Brasileira, já que a imensa gama de meios disponíveis para tanto não significou necessariamente o alcance de melhores resultados. Possuímos uma **pluralidade singular** dentre os modelos mundiais de fiscalização constitucional, ainda a merecer ajustes e variadas recompreensões.

Pecamos pelo excesso, não pela ausência.

Cabe, então, examinar as etapas principais do percurso histórico nacional até a chegada do desenho constitucional de 1988. No particular, a análise será traçada a partir da Constituição Imperial de 1824, desprezando a breve e curiosa experiência constitucional que o Brasil teve ao ser submetido à vigência, por apenas vinte e quatro horas, à Constituição de Cádiz, o que ocorreu por meio do Decreto de 21 de abril de 1821[47].

Não é correto dizer que a Constituição de 1824 não assegurava a realização do controle de constitucionalidade, sendo mais acertado sublinhar a ineficácia do controle disciplinado no mencionado Texto Constitucional[48]. Havia, em verdade, a previsão de um

---

[47] Neste sentido, cf. ROURE, Agenor de. **Formação Constitucional do Brazil**, p. 21, nota de rodapé nº 20. Para uma narrativa das razões históricas da vigência da Constituição da Espanha no Brasil, cf. ROURE, Agenor de. **Formação Constitucional do Brazil**, pp. 20-21. Em sentido similar, cf. ANHAIA MELLO, José Luiz de. **Da separação de podêres à guarda da Constituição**, p. 183.

[48] Em sentido contrário, cf. visão de Rubens Beçak: "Na Constituição de 1824 não havia qualquer tipo de controle de constitucionalidade. A influência do direito norte-americano ainda não se fizera. O primado da prevalência do Poder Legislativo, da atividade legiferante era notável. É a visão francesa da plenitude da vontade geral da nação, expressa pelo Poder que melhor a reflete" (BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**, p. 1587). Afigura-se mais acertada a visão de Orlando Soares, ao dizer: "(...) Na prática, no entanto, sob a vigência da Constituição de

controle **legislativo** de constitucionalidade, que, por razões históricas e de ordem política não possuiu o mesmo grau de eficácia que o desempenho do controle jurisdicional, adotado a partir do Período Republicano. Pode-se dizer que a atribuição da guarda da Constituição ao Poder Legislativo representou inclinação do Brasil, à época, pelo acolhimento da solução europeia dos países democráticos do século XIX, como esclarece Pontes de Miranda[49]. Merece destaque o quanto a atribuição de interpretação das leis era vista como prerrogativa do Poder Legislativo, como evidencia Pimenta Bueno, ao analisar a Constituição do Império em sua obra clássica[50]:

> Interpretar a lei por via de autoridade ou via legislativa, por medida geral, abstracta ou authentica, termos que são equivalentes, é determinar legitima e competentemente qual o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que deve ser observada sem mais duvida ou hesitação, é em summa estabelecer o direito. Esta interpretação pertence essencial e exclusivamente ao poder legislativo, não só pela determinação expressa e categorica do artigo constitucional que desenvolvemos e do Acto Add., art. 25, como pela natureza do nosso governo, divisão e limites dos poderes políticos. Sem duvida que quando isso não fosse mais que expresso, ainda assim mesmo resultaria dos princípios constitucionaes como uma consequencia e necessidade indeclinável.

Segundo Pimenta Bueno, seria absurdo que qualquer lei atribuísse a faculdade de interpretação das leis a outro poder, exclusividade que deveria ser necessariamente reconhecida ao Poder Legislativo[51]. Em sua visão, o Executivo e o Judiciário "(...) são perfeita e completamente incompetentes para proceder a este respeito por via de autoridade, por isso mesmo que elles não têm a autoridade legislativa, que não depositários nem da vontade e intelligencia do legislador, nem de seu poder"[52]. Logo, para Pimenta Bueno, os demais poderes seriam "(...) subditos da lei, que não podem dispôr della e que são apenas seus executores ou applicadores".

1824, inexistiu o controle da constitucionalidade das leis em nosso País, sendo que ao Supremo Tribunal de Justiça, instituído na foram estabelecida no art. 163 daquela Carta, competiam modestas atribuições, exercidas, aliás, por figuras bisonhas" (SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**, p.470). Em idêntico sentido, reforçando a ineficácia do controle legislativo previsto na referida Constituição, cf. SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Controles Concentrado e Difuso no Direito Constitucional: a Eficácia Temporal das Decisões. **Revista de Direito Administrativo**, p. 212.

[49]MIRANDA, Pontes de. Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições. **Revista de Direito Administrativo**, p. 7.

[50] PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brazileiro e Analyse da Constituição do Império**, p. 69.

[51] PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brazileiro e Analyse da Constituição do Império**, pp. 70 e 74.

[52] PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brazileiro e Analyse da Constituição do Império**, p. 71.

Entretanto, com o passar dos anos, vicejou nova compreensão da atuação do Poder Judiciário com relação ao exercício do controle de constitucionalidade. Com efeito, com o advento da República, o Brasil substituiu a sua opção por um controle legislativo de constitucionalidade – previsto, sem maior eficácia, na Carta de 1824 – pelo mecanismo de controle judicial, inaugurado constitucionalmente em 1891. Entregou-se, a partir de então, a todos os Juízes e Tribunais a competência de realizar, diante de um caso concreto submetido à sua apreciação, a fiscalização do respeito de leis e atos normativos ao Texto da Constituição, nas mais diversas classes processuais[53], tornando viável, até mesmo de ofício, a declaração de inconstitucionalidade por parte do Órgão Julgador.

O Brasil deixava então a órbita de influência francesa, inspiradora da Carta do Império, para aderir à influência norte-americana, simbolizada pela figura de Ruy Barbosa na condição de personagem central da redação do primeiro Texto Republicano[54]. Na lição de Cândido Mota Filho, quando "(...) o ato legislativo é contrário à Constituição, êle transpõe a linha da legitimidade, desfigura o seu sentido jurídico e subverte os compromissos pela legalidade"[55], o que tornaria indispensável a atuação do Poder Judiciário para combater o vício.

Vale consignar a existência de visões como a de Araújo Castro, ao valorizar, em obra publicada no ano de 1918, a atuação do Judiciário na realização do controle de constitucionalidade, aduzindo que este "(...) occupa posição tão relevante quanto os outros poderes. Essa importancia deriva principalmente da faculdade, que lhe cabe, de apreciar a inconstitucionalidade das leis"[56]. De modo similar lecionava Herculano de Freitas, ao mencionar que "(...) o ato judiciário não tem a fôrça de revogar a lei, pois que o poder

---

[53] Em sentido aparentemente contrário, divisando apenas o manejo do controle no âmbito de recurso extraordinário e *habeas corpus*, cf. CARDOZO, Teodomiro Noronha. Controle incidental de constitucionalidade. **Revista da ESMAPE**, p. 521.

[54] Neste exato sentido, cf. MELO FRANCO, Afonso Arinos. **Direito Constitucional**, p. 165.

[55] MOTA FILHO, Cândido. **O conteúdo político das Constituições**, p. 135: "Ligou-se, sem esfôrço algum, a missão judiciária à missão do direito. Êste é como o sal, que conserva. A constituição aparecia como um sistema de definições e de funções, que devia ser mantido. Se o ato legislativo é contrário à Constituição, êle transpõe a linha de legitimidade, desfigura o seu sentido jurídico e subverte os compromissos pela legalidade".

[56] CASTRO, Araújo. **Manual da Constituição Brasileira**, p. 139. Na mesma página o autor reforça a origem norte-americana do controle de constitucionalidade, reforçando o caráter passivo do Judiciário por agir apenas quando provocado, o que serve de argumento em favor de que dele seja a tarefa de zelar pela integridade da Constituição.

judiciário não é legislativo, mas é competente para sustar a sua aplicação em cada caso que vem a ele (...)”[57].

Restava então garantida ao Poder Judiciário a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade, ocupando o espaço anteriormente atribuído ao Poder Legislativo pela Constituição anterior.

A criação do controle praticado pelo Judiciário teve por norte a atuação norte-americana, tendo por referência amplamente reconhecida a decisão proferida pelo Juiz Marshall no famoso caso *Marbury v. Madison*. A decisão permitiu a paulatina incorporação do poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis na história norte-americana, tendo ocasionado a posterior difusão da experiência mundialmente[58]. Todavia, a relevância da decisão não desmerece o estudo de antecedentes relevantes para o advento do controle de constitucionalidade[59], assumindo especial relevância a contribuição inglesa para a matéria[60].

Ademais, deve-se ressaltar a percepção, usualmente não problematizada pela doutrina brasileira, de que a incorporação do famoso caso *Marbury* como elemento-chave da compreensão do controle nos Estados Unidos ocorreu, em especial, a partir da obra de

---

[57] FREITAS, Herculano de. **Direito Constitucional**, p. 406. O trecho deve ser combinado ao quanto previsto à p. 398, ocasião em que o autor menciona, ao se reportar à Constituição de 1891, o seguinte: “(...) e deu mais (e eis a sua característica inspiração do modêlo americano), como já vos disse, no decorrer dêste curso, freqüentes vezes, ao poder judiciário nacional a faculdade de conhecer da constitucionalidade dos atos praticados pelo govêrno e da constitucionalidade das leis elaboradas pelo poder legislativo e sancionadas pelo presidente da República”.

[58] Existe uma imensa variedade de obras dedicadas ao estudo do caso *Marbury* e de suas repercussões na doutrina norte-americana. A respeito do assunto, cf., a título exemplificativo, NELSON, William E. **Marbury v. Madison**: the origins and legacy of judicial review, p. 8 (mencionando o quanto o Juiz Marshall teria, ao examinar o caso, traçado a linha distintiva entre a matéria legal e matéria política); GREENHOUSE, Linda. **The U.S. Supreme Court**, pp. 10-12.

[59] Sobre a temática dos antecedentes à decisão do caso *Marbury* v. *Madison*, importante consultar a visão de Loureiro Júnior (LOUREIRO JÚNIOR. **Da constitucionalidade das leis**, p. 67), citando precedentes das Cortes Estaduais norte-americanas no sentido da declaração de inconstitucionalidade. No mesmo sentido, cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **A theoria das constituições rígidas**, pp. 90-91; RAMOS, Elival da Silva. A **inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção, p. 104. Possível encontrar autores que consideram a existência de específica ação grega ferramenta pioneira na deflagração do controle, sendo exemplo COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 42.

[60] Neste sentido, cf. PINTO FERREIRA. **Da Constituição**, pp. 82-83, mencionando que as bases histórico-sociais do controle judiciário já se encontram na Inglaterra, vindo a se definir com grande precisão nos Estados Unidos, “(...) onde, segundo Corwin, o contrôle judicial tornou-se direito constitucional desde a decisão da Côrte Suprema em 1803 no caso *Marbury* v. *Madison*”. Em idêntico sentido, cf. PINTO FERREIRA, **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, pp. 136-137. Em sentido similar, cf. MOTA FILHO, Cândido. **O conteúdo político das Constituições**, p. 130.

Edward Corwin, como bem salientou a Professora da Boston College Law School, Mary Sarah Bilder[61].

A inspiração norte-americana fez com que houvesse no Brasil, a partir do final do século XIX, a inserção do chamado controle concreto de constitucionalidade, ferramenta que passava a permitir a qualquer Juiz ou Tribunal o reconhecimento, no caso concreto, da incompatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição Federal, afastando a correspondente aplicação.

Vale dizer que a fiscalização concreta apresenta ao menos três possíveis variáveis na experiência internacional[62]: **(I)** a competência dos Juízes e Tribunais para decidir a questão constitucional (modelo norte-americano); **(II)** a competência de Juízes e Tribunais para conhecer a questão, mas não para decidi-la, tarefa que fica a cargo do Tribunal Constitucional (modelo austríaco); **(III)** a competência de Juízes e Tribunais para conhecer e decidir, com recurso para tribunal situado fora da organização judiciária.

Deve-se registrar que o Brasil acolheu o modelo norte-americano **apenas parcialmente**, sendo a omissão do respeito aos precedentes um dos pontos normalmente mais criticados pelos estudiosos do assunto[63]. Houve também a inclinação, no País, em prol da aceitação generalizada da tese da nulidade da lei inconstitucional, atendendo, mais uma vez, à influência da jurisprudência norte-americana de então. Neste sentido, é costumeiro encontrar autores que proclamam ser a lei inconstitucional *nula* e *írrita*, numa

---

[61] BYLDER, Mary. Idea or Practice? A Brief Historiography of Judicial Review. **Boston College Law School. Legal Studies Research Paper Series**, p. 3: "The conventional beliefs that judicial review should be understood as an idea and American constitutionalism studied as a new rationalistic, political science are largely due to influential scholarship of Edward Corwin". A autora reitera a grande autoridade de Corwin no assunto à p. 14, chamando atenção para o quanto a origem do controle nos Estados Unidos derivou não apenas de uma teoria, mas em especial da prática política e experiência legislativa (p. 18).

[62] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis no Ordenamento Brasileiro**, p. 34.

[63] Sobre a temática do respeito aos precedentes, cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, p. 143: "'Stare decisis' não significa, pròpriamente, que os Tribunais inferiores devam obediência à decisão. Quer dizer, sim, que o próprio Tribunal ou juiz, deve orientar-se pela interpretação dada a lei em casos iguais, segundo os precedentes e mantendo a doutrina dos julgados anteriores". Em sentido similar, cf. BATISTA NEVES, André Luiz. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**, p. 36: "Seja como for, o stare decisis funciona como elemento capaz de dotar de força obrigatória as decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana, em sede de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade". Mencionando ser obra de Ruy Barbosa a tradução da expressão inglesa para o português, cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Da Admissibilidade da Restrição Temporal de Efeitos das Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Concreto. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (et. al.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia**: Homenagem ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, p. 434.

direta tradução, justamente, de obras norte-americanas a propósito do assunto[64]. Francisco Campos, lastreado na visão de diversos autores estadunidenses, propugnou a inexistência da lei inconstitucional[65]. Pedro Lessa, também lastreado na visão norte-americana sobre o assunto, já dizia que "(...) não deve a justiça federal declarar nulla a lei increpada"[66], afirmando que a Suprema Corte "(...) não julga jámais nulla uma lei; apenas julga o feito, sem attender á lei inconstitucional, desprezando-a"[67].

Na atualidade, de modo distinto, já se advoga a tese de anulabilidade da lei inconstitucional, de influência kelseniana, tendo por base a aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99[68], que contempla a conhecida técnica da **modulação** temporal dos efeitos das decisões no âmbito do controle de constitucionalidade – ou, então, **manipulação** dos efeitos temporais, conforme a curiosa sugestão de Sepúlveda Pertence[69]. Embora tenha atingido, mais recentemente, patamar disseminado de invocação por força da incidência da modulação temporal dos efeitos decisórios, acima mencionado, também é importante sublinhar que a tese da anulabilidade da lei inconstitucional encontrou eco anterior no Supremo Tribunal Federal, em especial na visão do clássico voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu sobre o assunto[70].

---

[64] Neste sentido, conferir: BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**, p. 132; POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**, p. 129; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 30; BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, p. 386 (afirmando que a lei inconstitucional não pode sequer pretender ser reconhecida como lei); DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, p. 46, rodapé nº 63. A respeito da doutrina norte-americana sobre o tema, cf. COOLEY, Thomas Mcintyre. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**, p. 59 (afirmando que a lei inconstitucional não seria exatamente uma lei), entendimento também retratado em tradução da obra publicada no ano de 2002 (COOLEY, Thomas Mcintyre. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**, p. 34).

[65] CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. I Volume, pp. 400-401, 433-434, 440-441 e 445.

[66] LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**, pp. 138-139.

[67] LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**, p. 138, citando, expressamente, a visão de Willoughby.

[68] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Valor do Ato Inconstitucional em face do Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 236.

[69] SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Controles Concentrado e Difuso no Direito Constitucional: a Eficácia Temporal das Decisões. **Revista de Direito Administrativo**, p. 223.

[70] Neste sentido, cf. JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A Jurisdição Constitucional na Revisão Constitucional de 1994 (Partes I e II). **Revista de Direito Administrativo**, pp. 148-149. Em idêntico sentido, cf. as visões de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Valor do Ato Inconstitucional em face do Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 231, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa). **Revista de Direito Administrativo**, p. 171 e BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, pp. 88-89.

Vale consignar, por oportuno, que mesmo nos Estados Unidos o tema da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sofreu mudanças significativas a partir de sua concepção original, merecendo menção, em especial, os casos *Linkletter v. Walker* (1965) e *Griffith v. Kentucky* (1987), como apontados por Keith Rosenn[71].

Chama atenção o fato de que houve a importação de instituto desenvolvido no âmbito de sistemática típica do chamado *common law*[72], fórmula de construção do pensamento jurídico em que ocorre a prevalência das decisões judiciais como ferramentas de criação do direito, distinta da usual consideração da lei como fonte primária por excelência no Brasil.

O denominado controle concreto torna-se, então, sinônimo do exercício de controle de constitucionalidade no Brasil desde o final do século XIX.

A partir de 1934, contudo, a referida fiscalização perde o *status* de sinônimo automático do controle brasileiro para passar a conviver com a chamada **representação interventiva**, instituída para a tutela de princípios tidos como essenciais no âmbito federativo brasileiro, e manejada por iniciativa do Procurador-Geral da República. Trata-se de interessante junção de um caso concreto ao exercício do controle concentrado, o que ainda hoje[73] representa importante exceção para a usual aproximação doutrinária entre os controles principal e incidental. A Constituição de 1934 também é frequentemente alvo de

---

[71] ROSENN, Keith. Os Efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**, p. 163.

[72] A respeito do *common law*, cf. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA, pp. 32 e 37 (efetuando contraste ente as duas acepções da *common law*, visualizada tanto como direito comum, nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, quanto no sentido do direito criado pelo Juiz em contraposição ao direito concebido pelo Legislador). Ademais, cf. NOGUEIRA, Gustavo Santana. **"Stare decisis et non quieta movere"**, p. 13 (analisando a abrangência da expressão, que compreende países como a Inglaterra, os Estados Unidos – embora existam autores que defendem a existência, nos EUA, de um regime misto – e a Comunidade formada pelos países historicamente vinculados ao Reino Unido, compreendendo a África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica e Nova Zelândia).

[73] Atualmente a representação interventiva, também conhecida como ação direta de inconstitucionalidade interventiva, encontra previsão no artigo 34, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, sendo regrada pela Lei nº 12.562/11. Anteriormente, foi regulamentada pelas Leis nº 2.271/54 e 4.337/64, sendo a segunda superior tecnicamente à primeira, consoante afirmou CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôle da constitucionalidade**, p. 125. A referida ação ensejou uma série de controvérsias, assumindo relevo especial o papel que deveria ser atribuído ao Procurador-Geral da República, à época único legitimado ativo para a propositura da demanda perante o Supremo Tribunal Federal. Havia tanto os partidários da *liberdade* de atuação do PGR no sentido de arquivar as representações a ele formuladas quanto os que defendiam a sua *obrigatoriedade* de submissão, via de regra, de qualquer representação ao STF (cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôle da constitucionalidade**, p. 118; DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional, p. 99).

comentários da doutrina brasileira a respeito da previsão inaugural, na história do País, da atribuição ao Senado do poder de suspender, no todo ou em parte, a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo, regra atualmente questionada no âmbito da célebre Reclamação Constitucional 4.335, em tramitação no STF[74].

No que diz respeito ao específico objeto desta pesquisa, também foi o Texto de 1934 o responsável por prever o respeito à cláusula de reserva de plenário, exigindo a maioria absoluta como *quórum* necessário à proclamação da inconstitucionalidade por órgãos colegiados. Tendo em vista tantas novidades resta claro que se tratava, pois, de um Texto Constitucional criativo, na expressão de Elival da Silva Ramos[75].

A sistemática constitucional de 1946 representou solução muito similar ao universo de controle acolhido pela Constituição de 1934. Seria, segundo Pedro Calmon, uma versão melhorada da Constituição de 1934[76]. Hermes Lima destaca, ainda, que ambos os Textos Constitucionais seriam marcados pelo mesmo espírito, o que robustece a similitude constatada[77]. Já Marcelo Caetano relatou que a Constituição de 1946 "(...) não quis erguer um edifício constitucional mais grandioso e mais belo que os anteriores", sendo que "(...) quis apenas restaurar o sistema democrático de 1891 e 1934"[78].

A Constituição de 1946 foi editada após a autoritária Carta de 1937, usualmente criticada pela doutrina constitucional[79] não apenas pela sua inspiração fascista, mas

---

[74] A movimentação mais recente no sistema processual da Suprema Corte a devolução dos autos para julgamento pelo Min. Teori Zavascki, o que se deu no dia 29/08/2013. No particular, são opostas duas visões a respeito do sentido do dispositivo: **(I)** a superação do dispositivo, tendo sofrido uma mutação constitucional; **(II)** a sua persistência, mesmo diante das modificações sofridas pelo controle no Brasil. Apontando a Reclamação 4.335 como sendo uma espécie de "nono sucedâneo" à ausência do *stare decisis* no Brasil, cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reclamação 4.335 e a busca do *stare decisis*. **Consultor Jurídico** (Observatório Constitucional, 25/05/2013). Disponível em: www.conjur.com.br/2013-mai-25/observatorio-constitucional-reclamacao-4335-busca-stare-decisis. Acesso em: 21/12/2013. Sobre o papel histórico do Senado, cf. SILVA, Paulo Napoleão Nélson Basile Nogueira da. **A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal**, p. 89 (afirmando o caráter engenhoso da doutrina constitucional brasileira ao conceber a atribuição ao Senado da competência suspensiva, órgão de representação federativa).

[75] RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. *In*: MORAES, Alexandre de (Coordenador). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 143.

[76] CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: Constituição de 1946, item VI da Explicação inicial da obra.

[77] LIMA, Hermes. Espírito da Constituição de 1946. *In*: **Estudos sôbre a Constituição Brasileira**, p. 14.

[78] CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**, p. 580.

[79] A Constituição de 1937 foi denominada, por exemplo, como uma "(...) obscura noite que se abateu sobre o Brasil (...)" (ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo

também pelo teor do seu artigo 96, parágrafo único, que permitia a reapreciação de decisão de inconstitucionalidade do Supremo pelo Congresso[80]. Pedro Calmon a caracterizou pela supremacia do Executivo e do governo autoritário[81]. Fábio Konder Comparato relatou situação curiosa, ao mencionar que o Professor Sampaio Dória teve a coragem de se negar a lecionar para a sua turma na Faculdade de Direito o sistema constitucional vigente em 1938, ante a natureza questionável do regime[82].

Um dos momentos-chave da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil reside no ano de 1965, ocasião em que houve a edição da Emenda Constitucional nº 16[83], responsável pelo advento da ação direta de inconstitucionalidade genérica, que se transformaria no principal mecanismo de deflagração de controle direto perante o STF.

Com efeito, as Constituições de 1937, 1967 e 1969 são textos desprovidos de maior significado no contexto do constitucionalismo brasileiro, corporificando, em verdade, exemplos de Constituições cujo conteúdo em nada guardava conexão com o exercício do poder arbitrário vigente em cada etapa da história.

Embora o distanciamento entre teoria e realidade seja, de fato, uma constante no Brasil[84], tais Textos foram o registro malfadado de épocas de concentração de poder e

---

civil, p. 12). Para Marcelo Caetano, seria uma Constituição que realizou a "(...) transposição para o plano federal do espírito do positivismo republicano gaúcho", constatação a que chegou tendo em vista a influência sofrida por certas idéias de Augusto Comte, contando com a adesão de Getúlio Vargas, sendo notável o seu pertencimento à formação política da Constituição de Júlio de Castilhos no Rio Grande do Sul (CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**, p. 574).

[80] Malgrado prevaleça visão crítica a propósito do teor do referido artigo, também existe doutrina que defendeu alguma virtude no instituto ao permitir a reapreciação pelo Parlamento da lei declarada inconstitucional, sendo exemplo BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**, p. 32. O tema será examinado com maior apuro a seguir.

[81] CALMON, Pedro. Sentido e Interpretação da Constituição de 1946. **Revista de Direito Administrativo**, p. 1.

[82] COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**, p. 86.

[83] A Emenda Constitucional nº 16/65 foi vista como a plenitude do sistema de controle brasileiro para BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, p. 401.

[84] Cf. CHACON, Vamireh. **Vida e Morte das Constituições Brasileiras**, p. 7: "A instabilidade institucional brasileira expressa-se, ao grau máximo, na sua sucessão caótica de Constituições, rupturas apenas formais sem atingirem o cerne econômico-social da sociedade. Sinais da insuficiência dos sistemas de dominação rapidamente arcaicos, logo tendo de se ver substituídos por outros também frágeis juridicamente, porque ainda e sempre sem base majoritária". Tratando da mesma constatação, mas no cenário da América do Sul, cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, p. 182: "As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômenos corrente em toda a história da América do Sul". Curioso notar a existência da mesma sensação de distanciamento entre a vida política e os Textos Constitucionais, como se pode perceber da visão de

restrição a direitos, antípodas do próprio significado do movimento constitucionalista. Existe tendência significativa da doutrina brasileira em acolher, no caso, a visão de Karl Loewenstein a respeito da questão, na medida em que, ao elaborar a sua famosa classificação ontológica das Constituições, construiu a noção das chamadas **Constituições semânticas**[85]. Na expressão do autor, valendo-se da metáfora da indumentária, que utiliza em sua obra a respeito da comparação das Constituições com a sociedade em que se inserem, a Constituição semântica não seria sequer um traje, mas um disfarce[86]. É possível constatar, de fato, que o controle de constitucionalidade previsto em cada época representou instrumento de evidente cerceamento de liberdade, significando o reflexo de períodos turbulentos da história nacional.

Por sua vez, as Constituições de 1934, 1946 e 1988 possuem como traço comum o reforço das instituições de controle de constitucionalidade, amoldadas às trajetórias democráticas instituídas. Malgrado persista a enorme separação entre as intenções contidas nos dispositivos constitucionais e a realidade a elas subjacente, um fator inovador pode ser no caso detectado, correspondendo a um ideal comum de arejamento institucional e transparência no poder, relacionado à tentativa de superação do autoritarismo anteriormente prevalecente em relação ao advento de cada Texto Maior.

Este traçado assume relevo ainda mais significativo ante o advento da Constituição de 1988, que, com a sua generosa previsão de direitos e garantias fundamentais, albergava a esperança de um País dotado de um controle de constitucionalidade agora mais robusto,

---

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**, p. 44 (refere-se aos novos Textos Constitucionais do século XX, as quais seriam elementos do progresso, embora a vida política se afaste nitidamente dos aludidos Textos). Mais recentemente a mesma constatação pode ser detectada na obra de VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras**, p. 9.

[85] Há quem associe o referido Texto a um exemplo de *Constituição semântica*, por força de apresentar nítido descolamento entre norma e realidade, sendo exemplo: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A idéia de Constituição no Mundo Contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 16. Contudo, há quem prefira a nomenclatura *Constituição instrumental*, como se percebe em NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, p. 20. A terminologia instrumental pode ser encontrada historicamente em MELO FRANCO, Afonso Arinos. **Direito Constitucional**, p. 179: "Tal como a de 1967, a Constituição de 1969 é do tipo instrumental. Visa somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato".

[86] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, pp. 216-222, trecho em que aparece a classificação ontológica das Constituições. Utilizando a comparação da Constituição como uma roupa que veste a sociedade em que se insere, seria possível assim compreender cada elemento de sua classificação: a Constituição normativa seria "(...) un traje que sienta bien y que se lleva realmente" (p. 217); a nominal seria "(...) el traje cuelga durante cierto tiempo en el armário y será puesto cuando el cierto nacional haya crecido" (p. 218); por fim, no caso da Constituição semântica, "(...) el traje no es en absoluto un traje, sino um disfraz" (p. 219).

repleto de novos instrumentos de provocação. Nas sonoras palavras de Ulisses Guimarães, desejava-se que o Texto novo representasse "(...) luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados (...)"[87], reflexo da construção de um marco na trajetória de nossa evolução institucional, consagrado pela intensa garantia de direitos fundamentais e instrumental variado de controle de constitucionalidade. Merece registro, ainda, a expressão elogiosa de Jorge Miranda, na medida em que chamou a Constituição Brasileira de 1988, na celebração de seu aniversário de vinte anos, de "Constituição da Esperança"[88].

Entretanto, há de se ter presente, desde logo, a advertência formulada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[89], embora em contexto distinto: "O architecto ao construir um predio mais deve se preocupar com a solidez dos alicerces que com as côres vistosas das paredes".

Ante o exposto, é possível sublinhar que o Brasil ainda anseia o desenvolvimento de um sistema de jurisdição constitucional coerente, no qual a discussão sobre o incidente de inconstitucionalidade possui relevância particular.

1.1 A Constituição de 1988 e a Concepção de um Sistema Difuso de Controle

A Constituição de 1988 representou, na história brasileira, um momento marcante de superação autoritária e afirmação generosa de direitos fundamentais.

Um dos pontos mais polêmicos diz respeito ao processo de elaboração constitucional, que teve início a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 26/85, responsável pela convocação de um "Congresso Constituinte", em lugar de uma "Assembleia Nacional Constituinte", o que mereceu crítica apreciação de Goffredo Teles

---

[87] Cf. neste sentido, o seguinte trecho do discurso parlamentar: "(...) Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria (...)" (GUIMARÃES, Ulisses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte em 05 de Outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. **Revista Direito GV**, p. 599).

[88] MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988 – Uma Constituição de Esperança. **Revista de Direito do Estado**, p. 128.

[89] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A theoria das constituições rígidas**, p. 6.

Júnior ao classificar a referida Emenda como "(...) caso típico de lei ilegítima"[90]. O surgimento da Constituição guardou correlação direta com a eleição, pelo Colégio Eleitoral de 1985, de Tancredo Neves como novo Presidente, o que representa, na visão de Jorge Miranda, momento característico da viragem política fundamental no Brasil, representativa do que designou de exercício de poder constituinte de **cunho material**[91].

Vale consignar, ainda, que o perfil atual da Constituição de 1988 já não mais guarda relação direta com a sua concepção original. Um dos momentos de maior modificação dos traços da Constituição ocorreu quando da celebração do seu aniversário de dez anos, realizado no contexto do surgimento de diversas Emendas Constitucionais que alteraram em muito o seu perfil. Tal processo de desfiguração do Texto Original fez, inclusive, com que fosse proclamado o funeral da Constituição de 1988[92]. O processo de esvaziamento do conteúdo da Constituição também mereceu apreciação crítica de Fábio Konder Comparato, que chegou a escrever um *réquiem* para a Constituição[93].

De todo modo, restringirei a análise desta pesquisa à sistemática de controle de constitucionalidade, cujas etapas principais serão examinadas tendo por base, em especial, as modificações sofridas pelo universo da jurisdição constitucional.

A Constituição de 1988 inaugurou, notoriamente, o conjunto de mecanismos de controle de constitucionalidade mais complexo até então concebido, consolidando

---

[90] TELLES JÚNIOR, Goffredo. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**, pp. 52 e 64. O autor afirma ser uma aberração a convocação de um "Congresso Constituinte", dizendo que uma Assembleia Constituinte autêntica seria muito mais valiosa por força de sua ausência de vinculação ao Governo, estando, ainda, sujeita a prazo específico de vigência.

[91] MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988 – Uma Constituição de Esperança. **Revista de Direito do Estado**, pp. 122-123. Ao se reportar à referida eleição, menciona o autor: "Foi a resignação perante esse resultado, e não a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de Novembro, nem sequer a eliminação da legislação de carácter autoritário que envolveu a mudança de regime".

[92] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Funerais da Constituição de 1988. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**, p. 35: "Dever-se-ia este ano comemorar o décimo aniversário da Constituição de 1988, dita Constituição cidadã. Sem embargo, o que realmente se está a assistir são seus discretos funerais. Com efeito, uma Constituição está viva quando sua fisionomia básica permanece íntegra e seus dispositivos, ou quando ao menos os principais deles são normalmente respeitados. Se um ou outro desses requisitos deixa de existir ou – pior que isso – se ambos desaparecem, desaparece com eles a própria Constituição. Foi o que ocorreu com a Lei Magna Brasileira". O autor denuncia um quadro geral de desmantelamento do modelo original de Constituição, sintetizado na p. 46 do seu artigo.

[93] COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**, p. 77: "Todos nós, profissionais do direito, becados ou togados, continuaremos, por dever de ofício, a fazer de conta que vivemos num Estado constitucional. Mas as nossas argumentações tomarão, fantasticamente, o aspecto de sábias dissecações anatômicas: serão análises de um cadáver".

elementos de diversas tradições de controle no mundo em uma reunião rica, mas, por vezes, incompreensível. Aliás, cabe registrar, desde logo, que a complexidade do sistema brasileiro de jurisdição constitucional assusta, inclusive, os estudiosos estrangeiros[94], tendo em vista a multiplicidade de instrumentais e tradições distintas de controle aqui albergados.

É razoável supor que o excesso de zelo em adotar soluções construídas em regimes distintos tenha por inspiração a preocupação no sentido de preencher todo e qualquer espaço supostamente vazio suscetível ao arbítrio, o que desperta sentimento positivo ao transmitir a noção de que tal perspectiva promove combate mais destacado ao eventual abuso estatal por meio da edição de legislação contrária ao Texto Maior. Entretanto, o excessivo detalhismo constitucional pode conduzir à ausência de sistematicidade e funcionamento coerente, numa revelação de que o teor analítico, malgrado justificável[95], representa sinal de indecisão.

Parte significativa da doutrina vislumbra a adoção, no brasileiro, de um controle de constitucionalidade **misto**[96], diante da convivência entre a matriz norte-americana e a matriz austríaca, associadas à previsão, ainda, do chamado controle preventivo, característica tradicional do sistema francês de fiscalização, tendo por base o perfil construído pela Constituição Francesa de 1958. É comum encontrar autores que defendem, também, uma espécie de **convergência** entre os sistemas, havendo uma convivência cada vez mais comum entre elementos que anteriormente caracterizariam apenas uma

---

[94] A título exemplificativo, cf. ROSENN, Keith. O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Desenvolvimentos Recentes. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 2, 4 e 29. Em outro estudo, o referido autor menciona: "(...) Parte da complexidade é o resultado da mistura única entre as tradições do *common* e do *civil law* e dos diversos modelos de controle judicial que se desenvolveram nas Américas (...)" (ROSENN, Keith. Os Efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**, p. 161).

[95] No sentido de justificar o teor analítico do texto brasileiro, cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Constituição, Utopia e Utopismo – o Exemplo da Constituição Cidadã Brasileira. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, p. 49: "(...) Os textos constitucionais, hoje, não podem ficar pelas generalidades de uma constituição hiper sintética como a dos EUA, ou pela sedimentação histórica de uma constitucional tradicional britânica. São, na verdade, chamados a suprir muitas funções administrativas, embora se procure a solução normativa em sede constitucional. As críticas à Constituição federal brasileira pelo seu detalhismo e programatismo não parecem, assim, proceder. É certo que juristas refinados, de alto nível, poderão chocar-se pelo "barbarismo" da repetição, pela não utilização de subtis fórmulas e técnicas normativas que permitiram sintetizar. Simplesmente, estamos na Europa como fora dela, em tempo de letras grandes e gordas. E é preciso, para esta fase de expansão do Direito, que sejamos muito claros, e muito explícitos. Sob pena de não sermos entendidos".

[96] A concepção de que temos um controle misto é afirmada pela quase totalidade dos autores pesquisados, sendo citados alguns exemplos a seguir: ANHAIA MELLO, José Luiz de. **Da separação de podêres à guarda da Constituição**, p, 79; PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos, p. 103.

sistemática específica de fiscalização constitucional[97]. Cabe destacar, neste sentido, a visão de Gustavo Fernandes de Andrade em artigo sobre o controle de constitucionalidade numa perspectiva comparada, ocasião em que aproximou a lógica norte-americana das Cortes Constitucionais da Europa, tendo por base o sucesso de ambos em três sentidos: **(I)** a proteção aos direitos fundamentais; **(II)** a manutenção do equilíbrio federativo; **(III)** e, por fim, a preservação do princípio da separação de poderes[98]. De modo similar, insta citar um trecho da opinião de Francisco Fernández Segado[99] sobre o assunto:

> A enorme expansão da justiça constitucional tem propiciado uma mistura e hibridização de modelos, que se tem unido ao processo pré-existente de progressiva convergência entre os elementos, supostamente contrapostos no passado, dos dois tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade dos atos de poder. O resultado de tudo isto é a perda de grande parte de sua utilidade analítica da usualmente assumida bipolaridade "modelo americano *versus* modelo europeu-kelseniano".

Tecnicamente, todavia, houve a construção, no Brasil, de um modelo **difuso** de controle, já que inexiste a atribuição exclusiva de resolução de demandas a apenas um órgão na dimensão subjetiva[100]. Impende reconhecer, portanto, no que diz respeito ao aspecto orgânico, que o modelo adotado pelo Brasil permanece difuso ante a **consolidada dispersão** de competência na apreciação da matéria objeto do controle de

---

[97] Sobre a chamada convergência entre os sistemas de controle, cf., por exemplo: MELLO, Marco Aurélio. Cinco anos de repercussão geral: reflexões necessárias. **Revista de Direito do Estado**, p. 155: "(...) A experiência vem demonstrando, dia após dia, e mesmo presentes eventuais divergências entre os Ministros do Supremo, a crescente sobreposição entre os sistemas de controle difuso e concentrado, antes separados por rígidos conceitos e dogmas pela doutrina e jurisprudência tradicionais"; BEÇAK, Rubens. Controle Difuso (Aspectos Gerais). *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**, pp. 1595-1596 (analisando a repercussão geral no recurso extraordinário e a súmula vinculante como reflexo da aproximação entre o controle difuso e o concentrado).

[98] ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Comparative Constitutional Law: Judicial Review. **Journal of Constitutional Law**, p. 987: "First, both the United States Supreme Court and the European constitutional courts play a very important role in protecting fundamental rights from governmental encroachment. (…) Second, in both systems the constitutional courts attempt to maintain a balance between the central government and the state entities. Finally, the constitutional courts serve as the main check on the other branches of government, thus preserving the principle of separation of powers".

[99] SEGADO, Francisco Fernández. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, p. 369.

[100] Neste sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**, pp. 67, 232, 234 e 236. De modo similar, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 34: "É, em princípio, de caráter difuso o controle judiciário no Brasil. Perante qualquer juiz pode ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado. Trata-se, pois, de controle incidental, de efeito inter partes. Observe-se que, se todo juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade, os tribunais só o podem fazer pela maioria absoluta de seus membros (art. 97). Prevê a Constituição, porém, o controle por ação direta, inclusive da inconstitucionalidade "por omissão" (...)".

constitucionalidade. Segundo Elival da Silva Ramos, o caráter misto do controle existiria no seu **aspecto modal**, o que ocorreu desde o advento da Emenda Constitucional nº 16/65[101].

A Constituição de 1988 nutriu o povo brasileiro de grandes esperanças, tendo resistido, até o momento, à situações tormentosas por que passou o Brasil durante a última década do século XX e o início do século XXI. É extremamente importante destacar o mérito do Texto Constitucional no sentido de resistir às dificuldades que marcaram a realidade a ele subjacente, o que abrange, inclusive, a notória proliferação dos litígios de massa e a mudança do modelo de adjudicação de direitos para o da gestão de interesses, consoante demonstrado por Marcos Paulo Veríssimo[102].

Esperava-se, à época, que uma Constituição tão plural pudesse ensejar a promoção da Justiça de modo mais eficaz. Contudo, persiste o interesse na construção de mecanismos capazes de alcançar um Judiciário mais rápido na apreciação das demandas, assunto alvo do próximo tópico.

1.2 25 Anos Depois: Uniformidade e Celeridade como Tendências Gerais do Controle Brasileiro

Cabe analisar, então, após a apresentação do perfil genérico da Constituição de 1988, os principais traços da sua sistemática de jurisdição constitucional.

O modelo de controle brasileiro apresentou diversos desgastes após a passagem de 25 anos. A pluralidade de instâncias decisórias, a demora na realização dos julgamentos – que ilustra um sentimento geral de lentidão jurisdicional – a realização, por vezes, de decisões contraditórias são fatores que contribuíram diretamente para o incremento da pressão por maior uniformidade e celeridade. Tais objetivos são mais facilmente associadas

[101] RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. *In*: MORAES, Alexandre de (Coordenador). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, em especial pp. 141 e 146.

[102] VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1988, p. 19 (sustentando a tese de que as alterações na justiça e processo civil são reações ou contrarreações institucionais à transformação dos tipos de litígios e do modelo de adjudicação de direitos para o da gestão de interesses).

ao desempenho do chamado controle principal de constitucionalidade, o que explica a sua maior valorização[103], uma vez comparado ao modelo do controle concreto.

A incorporação de instrumentais aptos ao exercício de controle mais rápido e objetivo ocorreu a partir de duas datas essenciais: 1993 e 2004. A Emenda Constitucional nº 3/93 trouxe para o Brasil a chamada ação declaratória de constitucionalidade[104], dotada pioneiramente de efeito vinculante, instituto declaradamente construído para a promoção de maior respeito às decisões do STF. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45/04 incorporou diversos mecanismos de homogeneidade decisória ao modelo brasileiro de controle, representados, em especial, tanto pela repercussão geral no recurso extraordinário quanto pela súmula vinculante.

Cabe registrar que o surgimento da repercussão geral do recurso extraordinário e da súmula vinculante, malgrado a contribuição que trouxeram para o ideal de homogeneidade decisória, não podem ser desvinculados de um contexto histórico de paulatina ampliação dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade no Brasil.

Com efeito, se o ordenamento brasileiro, em 1934, aguardava o pronunciamento do Senado Federal para que decisões do Supremo, enfim, alcançassem eficácia ampliada, na atualidade a mesma prerrogativa, prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, convive com diversos casos em que decisões do STF já trazem consigo projeção mais intensa dos seus efeitos. Tal situação pode ser exemplificada justamente com a aplicação, pelos Tribunais inferiores, de precedentes do Supremo para evitar a deflagração, pelos respectivos Órgãos Fracionários, do incidente de inconstitucionalidade, o que configuraria uma espécie *sui generis* de eficácia *erga omnes* de decisões do Supremo[105].

---

[103] A percepção da aludida valorização é antiga, sendo encontrada, por exemplo, em ANHAIA MELLO, José Luiz de. **Da separação de podêres à guarda da Constituição**, p. 80. Contudo, a associação nem sempre é verdadeira, observação que devo a Rodrigo Cadore, a quem agradeço a lembrança.

[104] Sobre a ADC, cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**.

[105] A possibilidade de órgãos fracionários não submeterem ao Plenário arguição de inconstitucionalidade quando já houver anterior pronunciamento da Corte seria, segundo José Rubens Costa, um exemplo de eficácia *erga omnes* (COSTA, José Rubens. Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, p. 52). Em sentido similar, cf. MELLO, Marco Aurélio. Cinco anos de repercussão geral: reflexões necessárias. **Revista de Direito do Estado**, p. 152: "(...) Mesmo antes da instituição da repercussão geral e da súmula vinculante, podia-se afirmar que os pronunciamentos do Plenário do Supremo em controle difuso, embora não tivessem os efeitos equiparados aos daqueles formalizados em controle concentrado, ficavam longe de restringirem-se às partes. Isso porque, em virtude de regras legais e regimentais, os precedentes já vinculavam os órgãos fracionários do próprio Tribunal, valendo para os casos

Na temática específica do julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade haveria uma espécie de "(...) efeito vinculante interno ao tribunal, entre pleno e órgãos fracionários (...)"[106], o que também revela a repercussão mais significativa da apreciação da causa, tendo por base a regulamentação atualmente prevista nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil.

A proliferação da preocupação com a celeridade decisória trouxe novo significado à compreensão do próprio constitucionalismo.

Segundo visão usual, vivencia-se na atualidade era distinta do chamado constitucionalismo moderno[107], movimento associado ao final do século XVIII, sendo marcado pelo advento da Revolução Francesa e Independência dos Estados Unidos da América. Neste sentido, importante destacar a interessante síntese sobre o assunto, efetuada por Will Waluchow, ao analisar o constitucionalismo associado às teorias políticas de John Locke e aos chamados "fundadores" da República norte-americana, tratando-se de idéia "(...) segundo a qual os poderes do estado podem e devem ser limitados por leis e que a autoridade do estado depende da observação desses limites (...)"[108]. O referido autor divide a expressão tanto em um **sentido fraco** quanto em um **sentido forte**: no primeiro caso, corresponderia ao conjunto de regras ou normas que criam, estruturam e definem os limites das autoridades públicas; já no segundo sentido, trata-se de expressão característica de um governo limitado ou que pode ter seus poderes limitados, sendo que a sua autoridade deriva de uma criteriosa observância de tais limites[109].

A pretensão de contenção do poder do Estado como função central do constitucionalismo também encontra eco, por exemplo, em Peter Häberle, ao caracterizá-lo

---

concretos a tratar da mesma matéria constitucional, sem falar-se na suspensão da execução da norma pelo Senado Federal (...)"; CARDOSO, Oscar Valente. Declaração de Inconstitucionalidade, Reserva de Plenário e Competência das Turmas Recursais. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, p. 104.

[106] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Artigo 97 da Constituição Federal. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**, p. 1218.

[107] Sobre a construção do constitucionalismo como etapa necessária ao reconhecimento da limitação jurídica ao governo, representando a antítese do governo arbitrário, cf. MCILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalimo Antiguo y Moderno**, p. 35. Em idêntico sentido, cf. MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**, pp. 35 e 39. Vale mencionar ainda a obra de DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos**, p. 169 (divisando a existência de três modelos básicos de Constituição, contemplando a experiência norte-americana, a francesa e a inglesa).

[108] WALUCHOW, Will. Constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, p. 91.

[109] WALUCHOW, Will. Constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, pp. 92-93 e 108-109.

pelo ímpeto de "(...) legitimação, contenção e controle do poder estatal e, em parte, também do poder da sociedade (por exemplo, na eficácia privada dos direitos fundamentais), tendo como base um consenso fundamental (...)"[110]. Ainda de acordo com o autor, o constitucionalismo seria uma conquista cultural da humanidade, tratando-se de um projeto "(...) constantemente passível de reforma e necessitando ser reformado, e que ao mesmo tempo tem raízes no passado (...)"[111].

Entretanto, fala-se que a era hodierna encontra-se abraçada pela intensa valorização dos princípios constitucionais e da atividade interpretativa judicante, tendências estudadas sob a égide das expressões "neoconstitucionalismo"[112] - que parece ser, como menciona Paulo Ricardo Schier[113], um momento de superação do modelo jurídico positivista-formalista – assim como "pós-positivismo"[114]. Também seria possível efetuar outras abordagens a respeito dos movimentos que influenciam o desenvolvimento do constitucionalismo na atualidade, abordando, por exemplo, a análise do "constitucionalismo cosmopolita"[115] ou então do "transconstitucionalismo"[116], apenas para citar dois exemplos significativos. Contudo, deixo aqui de aprofundar as referidas abordagens por se afastarem do objeto central da pesquisa ora realizada.

---

[110] HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Desafios do Constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, p. 69.

[111] HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Desafios do Constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, pp. 71 e 83.

[112] No que tange ao neoconstitucionalismo, malgrado exista notória tendência na doutrina brasileira defensiva do propalado fenômeno, existem sérias e fundadas críticas ao seu advento, revelando não se tratar de tamanha inovação como pode parecer a princípio. Neste sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**, p. 418, nota de rodapé nº 1227; em idêntico sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, p. 165: "(...) O neoconstitucionalismo à brasileira – apesar da sustentação científica de sua principal estrela – não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ele serve de instrumento para implantar o politicamente correto, "reformar" o mundo, e, de passagem, o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx)".

[113] SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, p. 5, nota de rodapé nº 6.

[114] Acerca dos pontos importantes para a formação de uma agenda pós-positivista, cf. BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UNIBRASIL**, p. 264, nota de rodapé nº 13.

[115] No particular, cf. CARBONELL, Miguel. A Constituição no Tempo: uma Reflexão. **Revista de Direito Administrativo**, p. 53, atribuindo a expressão às idéias do Professor Luigi Ferrajoli.

[116] Neste sentido, cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. O autor pretende construir um conceito que aponte para o "(...) desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas (...) (XXII); neste sentido, defende a superação do que chama de "tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados" (p. 151), propugnando a defesa de uma "alteridade que procure minimizar os danos que os discursos tendem a fazer aos outros que com ele colidem" (p. 166), o que torna necessária a abertura dos constitucionalismos estatais para ordens jurídicas distintas (p. 187). Em sentido similar, cf. pp. 248-249, 269 e 275.

Interessante perceber que, em paralelo à mencionada prevalência de atuação do Judiciário com base em pautas abertas, informadas por princípios, é possível divisar preocupações com o fornecimento, pelos Órgãos Julgadores, de respostas mais rápidas nas decisões que proferem.

Notável o paradoxo na convivência entre ambos os fenômenos: a exigência de célere dinâmica decisória no âmbito do controle contrasta com a tolerância à abertura interpretativa e liberdade de fundamentação principiológica, que apenas frutificaria em sua inteireza em ambiente livre de maiores pressões por eficiência a todo custo. Logo, no conflito entre os imperativos de decidir **logo** e decidir **bem** há notória prevalência do primeiro, problema que já era relatado por Pontes de Miranda na década de 50 do século passado[117].

Tal conclusão pode ser institucionalmente revelada, por exemplo, a partir de consulta às orientações oficiais do Conselho Nacional de Justiça no que tange aos critérios adotados para aferição da promoção dos Magistrados no que diz respeito ao merecimento. A Resolução nº 106/10 do CNJ, ao dispor sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau, define os critérios do desempenho e da produtividade, respectivamente, como os aspectos **qualitativo** e **quantitativo** da prestação jurisdicional (art. 4º, incisos I e II). A seguir, em seu artigo 11, elabora um sistema de pontuação referente aos critérios mencionados, atribuindo 20 pontos ao desempenho e 30 à produtividade[118]. Esta constatação serve como singelo exemplo do prestígio da rápida solução das demandas, mesmo que à custa de prejuízo em relação a uma reflexão mais fundamentada acerca da apreciação das controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

---

[117]MIRANDA, Pontes de. Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições. **Revista de Direito Administrativo**, p. 6: "A realidade obriga-nos, quase sempre, a pôr o problema duplo: decidir já, e decidir bem. A lei há de ter os seus dois valores".

[118]Neste sentido, vale conferir o teor do art. 11 da Resolução nº 106/10 do CNJ: "Na avaliação do merecimento será utilizado o sistema de pontuação para cada um dos 5 (cinco) critérios elencados no art. 4º desta Resolução, com a livre e fundamentada convicção de membro votante do Tribunal, observada a seguinte pontuação máxima: I – desempenho – 20 pontos; II – produtividade – 30 pontos; III – presteza – 25 pontos; IV – aperfeiçoamento técnico – 10 pontos; V – adequação da conduta ao CEMN – 15 pontos. Parágrafo único. Cada um dos cinco itens deverá ser valorado de 0 (zero) até a pontuação máxima estipulada, com especificação da pontuação atribuída a cada um dos respectivos subitens constantes dos arts. 5º a 9º".

Ante o exposto, qualquer que seja a vertente teórica acolhida, torna-se perceptível a existência de uma decisiva caminhada rumo ao favorecimento do controle de natureza concentrada. Ocorre que esta trajetória de fortalecimento do controle principal-abstrato parece ter se esquecido de instituto dotado de potencial significativo a desempenhar em tal universo: o incidente de inconstitucionalidade no âmbito do controle concreto.

É possível constatar que o incidente de inconstitucionalidade foi historicamente conectado à materialização da cláusula de reserva de plenário desde o seu advento em 1934, tornando-se relegado a um instrumento técnico processual de condução de julgamentos colegiados de inconstitucionalidade para o Plenário ou para o Órgão Especial da Corte respectiva.

Adoto como ponto de partida desta pesquisa de Doutorado, então, a detecção de que o incidente de inconstitucionalidade merece ser trabalhado em uma abordagem constitucional reflexiva do seu papel enquanto mero instituto de deslocamento de competência para que seja visualizado em plano mais abrangente, perspectiva capaz de traduzir a uma nova compreensão do seu papel. Para tanto, cabe conhecer as raízes do incidente de inconstitucionalidade no Brasil, o que permitirá seja problematizado o seu perfil no âmbito do multifacetado controle de constitucionalidade brasileiro.

A reinvenção do incidente pressupõe, a seguir, o conhecimento de sua história.

Capítulo 2. ANÁLISE HISTÓRICA DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Após ter sido examinado o contexto atual de caracterização do controle brasileiro de constitucionalidade, cabe analisar os traços das principais etapas que marcaram a evolução do instituto ao longo da história brasileira a partir do ano de 1934, momento em que ocorreu a primeira inserção na Constituição respectiva. O capítulo objetiva, além da exposição devotada por cada Constituição ao tema, realizar um cotejo entre a previsão inaugural do instituto e a passagem de cerca de oitenta anos, tecendo um paralelo, portanto, entre as Constituições de 1934 e 1988.

2.1 Recepção Doutrinária do Incidente de Inconstitucionalidade: Constituição de 1934 e Reserva de Plenário

Interessante registrar[119] não ter havido a menção imediata, por parte do Texto Constitucional de 1891, ao *quórum* necessário para o julgamento de **matéria constitucional** pelo Supremo, regra que apenas surgiu ante o advento dos Decretos do Poder Executivo de nº 938/1902 e 1939/1909, nos quais prevaleceu a exigência de **dois terços** para o julgamento, pelo STF, de feitos que envolvam questão constitucional.

Posteriormente, com o surgimento do Decreto nº 20.106/1931, incorporou-se o critério da **maioria absoluta** para que houvesse o julgamento de questão constitucional pelo Supremo. O Decreto nº 20.106, como leciona Themístocles Brandão Cavalcanti, "(...) exigiu a presença de seis membros pelo menos, da turma julgadora, inclusive o presidente da turma, com voto"[120]. Contudo, o número de votos necessário para a **pronúncia da inconstitucionalidade** apenas surgiu com o advento da Constituição de 1934.

A inspiração para o advento da cláusula de reserva de plenário no Brasil derivou da prática jurisprudencial norte-americana, preocupada em fixar algum critério matemático capaz de orientar a prudência recomendada em se tratando da proclamação de inconstitucionalidade por parte de um Tribunal[121]. Nota-se uma preocupação em relação à seriedade do ato de pronúncia da inconstitucionalidade por parte de um Órgão Judicial, tratando-se de medida que, uma vez deflagrada, tem o condão de desconsiderar a lei, fruto da atuação de um Legislador diretamente legitimado para a sua confecção.

---

[119] Em sentido similar, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**, p. 516.
[120] Neste sentido, cf. CAVALCANTI, Themístocles. **Do contrôle da constitucionalidade**, p. 91.
[121] Neste sentido, cf. ANHAIA MELLO, José Luiz de. **Da separação de podêres à guarda da Constituição**, p. 189: "E, como a matéria de contrasteação constitucional começava a avultar e a preocupar à vista da delicadeza do assunto, decidiu-se também, na oportunidade, como medida de prudência, pela necessidade de quorum para que os tribunais se manifestassem". Em sentido similar, cf. a visão de José Levi Mello do Amaral Júnior, publicada em BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**, p. 1215; AMORIM PEREIRA, José Eduardo Penna. Desafios da Reserva de Plenário. *In*: MACIEL, Adhemar et. al. **Estudos em Homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza**, pp. 118-119: "A cláusula de reserva de plenário, na origem norte-americana que remonta aos oitocentos, foi fruto de construção pretoriana inspirada em sensível prudência institucional: a inconveniência de que a decisão sobre matéria tão importante como a declaração de inconstitucionalidade, tomada por número inferior ao da maioria dos membros do tribunal, seja posteriormente desautorizada por outro julgamento sufragado já então pela maioria dos sobrejuízes".

Deve-se então analisar seria o precedente que, nos Estados Unidos, teria dado vazão à garantia da reserva de plenário na perspectiva jurisprudencial. O precedente mais citado pelos estudiosos sobre o assunto foi o caso *Bodley v. Gaither*, decidido em 1825 pelo Tribunal do Kentucky. O caso foi mencionado, por exemplo, por Willoughby, tradicional autor clássico norte-americano, em obra publicada no ano de 1910[122].

Destaco, a seguir, o trecho em que ocorre a respectiva menção[123]:

> A Suprema Corte decidiu que, ordinariamente, não julgaria uma lei nula exceto quando houver a maioria do Tribunal. Sendo assim, em 1825, a Corte de Apelação do Kentucky negou-se a seguir uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que havia julgado uma lei do Kentucky nula por ser contrária à Constituição Federal, tendo por base o argumento de que a decisão não fora tomada pela maioria dos membros da Corte. Após esta ocorrência a Suprema Corte adotou a regra nos termos acima mencionados.

Referido entendimento projetou significativa repercussão em autores brasileiros. Neste sentido, autores como Gonçalves Oliveira [124] citam o referido precedente, associando-o justamente à situação em que o Tribunal do Kentucky se recusou a seguir uma determinação da Suprema Corte norte-americana, a qual havia sido tomada apenas pela maioria dos presentes.

A previsão constitucional da cláusula de reserva de plenário no Brasil ocorreu em 1934. A referida Constituição surgiu em um contexto de sistematização de direitos sociais a partir da usualmente mencionada influência das Constituições do México de 1917 e de

---

[122] WILLOUGHBY, Wester Woodbury. **The Constitutional Law of the United States**, p. 12, nota de rodapé nº 2. Em idêntico sentido, cf. MARSHALL, J.J. **Reports of Cases at Law and in Equity argued and decided in The Court of Appeals of the Commonwealth of Kentucky**, p. 315: "(…) In the case of Bodley vs. Gaither, III Monroe, 58, this court assigned reasons why the opinion of the supreme court of the United States, in the case of Green vs. Biddle, VIII Wheaton, I, should not possess a controlling influence and binding force upon our proceedings"; WARREN, Charles. **The Supreme Court in the United States History**, p. 101: "(…) The Kentucky State Court refused to be bound by the United States Supreme Court decision, and hence it could be enforced only in the inferior Federal Courts; see Bodley v. Gaither, 3, T.B. Monroe, 57, in 1825".

[123] WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The Constitutional Law of the United States**, p. 12: "The Supreme Court has held that, ordinarily, it will not hold a law void except by a majority of the full bench. Thus, en 1825, the Court of Appeals of Kentucky refused to follow a decision of the Supreme Court of the United States, which had held a law of Kentucky void as contrary to the federal Constitution, stating as a reason that the decision had not been concurred in by a majority of the entire court. After this occurence the Supreme Court adopted the rule as stated above".

[124] OLIVEIRA, A. Gonçalves. Maioria absoluta e "quorum" para decretação de inconstitucionalidade. **Revista Forense**, p. 358.

Weimar de 1919, representando documento notável na história do controle de constitucionalidade brasileiro pelas peculiaridades que possui.

Segundo o registro histórico realizado por Oscar Dias Corrêa[125], a Constituição de 1934 foi antecedida por alguns Decretos relevantes, expostos a seguir: **(I)** o Decreto nº 21.402/32, que fixou o dia 3 de maio de 1933 para eleições voltadas à composição da Assembleia Constituinte, criando uma Comissão destinada a elaborar o Anteprojeto de Constituição; **(II)** o Decreto nº 22.040/32, que objetivou regulamentar os trabalhos da Comissão; **(III)** e o Decreto nº 22.653/33, que determinou o número e modo de escolha dos representantes das associações profissionais que participariam da Assembleia Constituinte de então.

A Constituição de 1934 notabiliza-se, para os fins preconizados por esta pesquisa, pelo advento da cláusula da reserva de plenário no seu art. 179, com o seguinte texto: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público". A regra foi saudada como valiosa pela doutrina, na medida em que exigiu quantidade de votos mais elevada para contemplar a peculiaridade da situação especial concernente à decretação de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, como mencionou, por exemplo, Lopes Gonçalves[126]. Segundo Pontes de Miranda, tratava-se de por o interesse público acima do interesse privado, evitando a realização de "(...) fáceis julgamentos de inconstitucionalidade"[127].

Sendo assim, a partir de 1934, a declaração de inconstitucionalidade por Tribunal no Brasil passava a demandar o alcance de maioria absoluta dos membros da Corte. Na

---

[125]CORRÊA, Oscar Dias. A Ordem Jurídica de 1930 a 1933. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 19-20.

[126] LOPES GONÇALVES. **A Constituição do Brasil**, pp. 180-181: "A decretação de inconstitucionalidade de lei ou acto do poder publico é assumpto de maxima relevancia, dependente de rigoroso estudo no confronto destes e da Constituição, para que prevaleça a supremacia desta, e, na especie, sejam declarados insubsistentes o producto legislativo e decisão administrativa, que lhes forem contrarios. Ora, sendo, assim, como, de facto é, andou muito acertado o legislador em exigir no art.º 179, maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes e membros dos Tribunaes, e não dos presentes à respectiva sessão, para solução ou julgamento de semelhante caso, delicado problema da justiça ou da vida judiciária". Em sentido similar, mas no contexto da Constituição de 1988, cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, p. 3040: "Trata-se do denominado quórum mínimo para julgamento e decretação de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, entendendo-se a razão dessa exigência que reside na gravidade e relevância da violação que violenta a própria vontade popular, cristalizada no resultado final do processo legislativo – a regra jurídica constitucional".

[127] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Tomo II, p. 549.

atual composição do Supremo Tribunal, torna-se necessário, portanto, alcançar ao menos 6 (seis) votos favoráveis à proclamação da incompatibilidade, sob pena da preservação do comando normativo questionado. Os 6 (seis) votos mencionados correspondem ao primeiro número inteiro acima da metade da quantidade de membros do Tribunal, tendo em consideração a atual composição de 11 (onze) Ministros[128]. Curiosamente, Pinto Ferreira relata situação interessante na história, em que se entendeu serem necessários 7 (sete) votos dos 11 (onze) integrantes do Supremo para proferir uma decisão de inconstitucionalidade[129]. A questionável contagem também foi citada por Themístocles Brandão Cavalcanti, ao relatar posição específica do STF, proferida nos autos da decisão do Mandado de Segurança nº 884[130]. Entretanto, não se tornou a visão predominante, prevalecendo a concepção de que a maioria absoluta do STF encontra-se presente quando houver, ao menos, 6 (seis) votos.

Um dos pontos mais interessantes acerca da reserva de plenário diz respeito à séria discussão sobre qual seria a quantidade de votos necessária para proclamação da inconstitucionalidade. De fato, o *quórum* de maioria absoluta não foi alvo de automática aceitação por parte da doutrina da época. Tal divergência pode ser constatada caso seja examinado o Anteprojeto da Comissão do Itamarati, que exigia, em verdade, 2/3 (dois terços) dos votos dos Ministros para que fosse proclamada a inconstitucionalidade. A inserção no Brasil deste *quórum* mais elevado seria motivada para evitar as chamadas decisões "five to four" nos Estados Unidos, criticadas por conta de apenas um voto de um Ministro da Suprema Corte servir de critério diferencial para a reversão de todo o trabalho legislativo.

Entretanto, neste ponto o Anteprojeto do Itamarati encontrou resistência por parte do jurista encarregado da elaboração do capítulo referente ao Poder Judiciário na nova

---

[128] Neste sentido, diferenciando a maioria absoluta da relativa no contexto, ainda, da explicação dos sistemas de representação, envolvendo o princípio majoritário e o proporcional, cf. SAMPAIO DÓRIA, A. de. **Direito Constitucional**, pp. 424-426. Em sentido similar, mas no contexto da Constituição de 1988, cf. COSTA MACHADO (org.); CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da (coordenadora). **Constituição Federal Interpretada**, p. 564.

[129] PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**, p. 489, referindo-se ao volume nº 87 do Arquivo Judiciário, em sua p. 130.

[130] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôle da constitucionalidade**, p. 92: "A noção de metade mais um pode também conduzir a divergências, porque a metade mais um de onze pode tanto ser seis votos como sete votos. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 884, mas na Representação nº 105 reconsiderou a sua posição, voltando a considerar seis a maioria absoluta".

Constituição, Levi Carneiro. Como evidencia Paulino Jacques[131], Levi Carneiro tornou-se o Presidente de uma Comissão de Juristas no ano de 1930, o que ocorreu graças ao Decreto nº 19.459. Ao defender a maioria absoluta como *quórum* para proclamação de inconstitucionalidade, Carneiro adotou o seguinte entendimento, ora transcrito tendo em vista a sua relevância histórica[132]:

> No meu substitutivo não quiz, por tudo isso, manter o dispositivo do ante-projecto. Exigi apenas o voto da maioria absoluta dos juízes no sentido da inconstitucionalidade. É uma exigência maior do que a que temos observado – sem inconveniente – ha quarenta annos. E é, em summa, a norma seguida nos Estados Unidos, em consequencia da pratica, adoptada expontaneamente pela propria Suprema Côrte, de não decidir sobre inconstitucionalidade sem a presença de todos os seus juízes.

Houve, então, intenso debate entre a visão do autor e a opinião de João Mangabeira, que defendia o quórum de 2/3 (dois terços) para proclamação da inconstitucionalidade. Na obra "Em torno da Constituição", datada de 1934, Mangabeira[133] criticava frontalmente a solução alvitrada pelo substituto de Levi Carneiro:

> Assim, sem querer dar à Assembleia as armas perigosas que a Constituição Americana concedeu ao Congresso dos Estados Unidos, e, por outro lado, desejando expressamente conferir ao Supremo Tribunal Federal a funcção oracular de interprete maximo da Constituição, mas pretendendo resguardar os permanentes interesses da Nação e o furor do Paiz contra o conservantismo e a rotina de uma maioria precaria, o ante-projecto determinou que a inconstitucionalidade de uma lei só poderia ser decretada, quando, neste sentido, votassem pelo menos dois terços dos Ministros. Evitavam-se, assim, as famosas decisões de cinco contra quatro, que tanta revolta têm provocado nos Estados Unidos, e tanto têm abalado o prestígio da Suprema Côrte Americana. O substitutivo, porém, exige apenas a "*maioria absoluta dos juízes do Tribunal*". Incide, assim, no erro norte-americano das decisões *five to four*, ou entre nós das inconstitucionalidades por seis contra cinco votos.

Para João Mangabeira, a fixação de um *quórum* mais elevado assegurava uma maioria respeitável para a pronúncia da inconstitucionalidade, já que os poderes eletivos, "(...) unicos que representam o povo, não devem ter a manifestação de sua vontade

---

[131] JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**, pp. 54-58.
[132] CARNEIRO, Levi. **Pela Nova Constituição**, p. 627.
[133] MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**, pp. 114-115. A exposição do projeto da Constituição de 1934 e da previsão inicial do *quórum* de 2/3 para decisões de inconstitucionalidade "(...) obviando as críticas americanas às decisões da Suprema Corte chamadas de cinco contra quatro (...)" pode ser encontrada, também, na abordagem histórica feita por ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. **Comentários ao código de processo civil**, p. 95.

consubstanciada na lei, anullada ao sabor de uma maioria ephemera, precaria ou infima do Supremo Tribunal"[134].

A controvérsia envolveu, inclusive, publicações na imprensa da época, como revelam as edições do Diário Carioca dos dias 18 e 20 de fevereiro de 1934[135]. Ao final, adotou-se, enfim, o critério da maioria absoluta, o que foi alvo do registro de expressa felicidade de Levi Carneiro, defensor da posição então acolhida[136]. Para ele, como a inconstitucionalidade não se pronuncia a não ser quando inequívoca, seria "(...) preferível exigir, apenas, e é o que é razoável, a maioria absoluta dos votos – isto é, seis em 11"[137]. Foi vencido apenas no que diz respeito à posição do artigo 179 na Constituição de 1934, já que defendia a sua inserção na parte geral do Poder Judiciário, tendo o dispositivo, contudo, sido previsto nas Disposições Gerais da Constituição[138]. Crítica idêntica foi formulada, por exemplo, por Eduardo Espínola[139], muito embora tenha prevalecido a inserção da regra em local distinto do quanto desejado no Texto Constitucional.

Vale ressaltar, ainda, que a controvérsia envolvendo João Mangabeira e Levi Carneiro foi alvo da cuidadosa abordagem de Loureiro Júnior no ano de 1957, momento em que publicou estudo a respeito do controle de constitucionalidade das leis que correspondia à sua tese de livre docência em Direito Constitucional pela USP, defendida em 1949[140].

A previsão inaugural da reserva de plenário na Constituição de 1934 foi sucedida pelo advento do polêmico Texto Constitucional de 1937, tendo sido preservada em seu artigo 96, com a seguinte redação: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus

---

[134] MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**, pp. 117-118.
[135] CARNEIRO, Levi. **Pela Nova Constituição**, pp. 629-631.
[136] CARNEIRO, Levi. **Pela Nova Constituição**, p. 288.
[137] CARNEIRO, Levi. **Pela Nova Constituição**, pp. 468-469.
[138] CARNEIRO, Levi. **Pela Nova Constituição**, p. 727.
[139] ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, p. 642: "(...) É certamente passível de reparo (...) que sejam incluídos entre as normas gerais, em vez de o serem na parte concernente ao Poder Judiciário".
[140] LOUREIRO JÚNIOR. **O Contrôle da Constitucionalidade das Leis**, pp. 119-121. Segundo o autor, o projeto da Comissão do Itamarati exigia "(...) o quorum qualificado, de dois têrços dos ministros, para que o Supremo Tribunal pudesse declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal. Efeito das objeções aos julgados da Suprema Corte norte-americana que se denominaram, naquêle país, de cinco contra quatro, em virtude do número de votos que os possibilitava" (pp. 119-120). A seguir, na página 121, o autor menciona: "Levi Carneiro manteve o princípio de se estabelecer quorum qualificado para as decisões de inconstitucionalidade. Estas requereriam "o voto expresso da maioria absoluta dos juízes do Tribunal".

Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República".

O dispositivo da Carta de 1937 contou com apaixonados defensores quando do seu surgimento no Brasil. Neste sentido, Antônio Figueira de Almeida afirmou que não haveria motivo para estranheza no que diz respeito à aplicação do artigo, já que cada Poder terá cumprido o seu dever: "(...) o Tribunal declarando a lei inconstitucional, e o Presidente, com apôio das Câmaras, anulando essa declaração para atender ao bem público"[141]. Augusto Estellita Lins concebeu a existência, na égide da Constituição de 1937, de uma "democracia autoritária de guarda constitucional tríplice", contemplando o Presidente da República, o Parlamento Nacional e o Judiciário[142]. O referido autor expôs defesa dos argumentos favoráveis ao teor do parágrafo único do artigo 96, concluindo pela ausência de invasão do Legislativo na órbita de atuação do Judiciário[143]. Álvaro Bittencourt Berford, após registrar a relevância do poder de declaração de inconstitucionalidade conferido aos Tribunais, sublinhou que "(...) só poderá ocorrer por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, sem embargo, em determinada hipótese, da manifestação do Parlamento na espécie"[144]. Francisco Campos, por sua vez, em pronunciamento exarado no Supremo Tribunal Federal à época, mencionou a excepcionalidade do instituto, que deve ser aplicado quando estiverem em jogo casos de grande significado, "(...) questões de encruzilhada, questões que, pela sua generalidade e pela amplitude da sua compreensão, comportam reflexões e dúvidas quanto ao rumo"[145].

---

[141] ALMEIDA, Antônio Figueira de. **A Constituição de Dez de Novembro Explicada ao Povo**, p. 74: "Nas medidas de interêsse público o bem público prima à leis de qualquer natureza. E muitas vezes a interpretação da lei reflete apenas um julgamento pessoal, mesmo proferida por um tribunal, que tanto pode as vezes exercer tamanha influência um jurista de rara cultura e talento. Não há motivo para estranheza, caso se verifique a hipótese do parágrafo único do art. 96. Então, cada qual terá cumprido seu dever: o Tribunal declarando a lei inconstitucional e o Presidente, com o apôio das Câmaras, anulando essa declaração para atender ao bem público. Isso não quer dizer que o Supremo Tribunal possa jamais decidir contra a Nação. Sua função é julgar de acordo com a lei. O que fica anulada, no caso, é a lei que serviu de base para o julgamento".

[142] LINS, Augusto E. Estellita. **A Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**, pp. 13-16.

[143] LINS, Augusto E. Estellita. **A Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**, p. 321: "O Parlamento não toma a iniciativa do reexame. Apenas é provocado ou chamado a pronunciar-se pelo Presidente da República. Êste, por sua vez, não colaborava confirmação legislativa. Apenas encaminha a lei a reexame. O Judiciário, por sua vez, que se pronunciara livremente, livremente se pronunciará no assunto todas as vezes que se renovar a causa ou que se apreciarem situações idênticas. Esta liberdade é fundamental, para que a cessação da necessidade da lei não encontre impedimentos na necessidade anteriormente declarada e o sistema não redunde em prejuízo, em conservadorismo, em rotina".

[144] BERFORD, Álvaro Bittencourt. **O Estado Nacional e a Constituição de Novembro de 1937**, p. 124.

[145] CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. II Volume, p. 403: "Poder-se-ia alegar, entretanto, a esta altura, que a Constituição de 37 mutilou a plenitude do vosso poder, conferindo ao Poder Legislativo a faculdade de derrogar os vossos julgados na parte em que deixam de aplicar a lei por tachá-la de

Entretanto, posteriormente, prevaleceu intenso questionamento doutrinário acerca da incidência do referido artigo, sendo exemplo a opinião de Loureiro Júnior, ao registrar crítica severa já nos idos de 1957, ocasião em que escreveu que não seria sequer necessário comentar o parágrafo único do artigo 96: "(...) porque é evidente que submete o Judiciário ao Legislativo, que passa a ser em última instância, o árbitro da constitucionalidade das leis. Contra isso, precisamente, nos insurgimos" [146]. A visão crítica acerca do referido dispositivo constitucional também pode ser encontrada na visão de Anhaia Mello, em obra publicada no ano de 1968[147]. Esta visão também costuma preponderar na literatura atual a respeito da compreensão histórica do assunto.[148]

Vale registrar que, além da previsão normativa no Texto Constitucional, houve efetiva aplicação do dispositivo, sendo exemplo o Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939. No caso, o Presidente da República cassou decisão do Supremo Tribunal Federal da época envolvendo a temática da inconstitucionalidade da incidência de imposto de renda sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. Como leciona Waldemar Ferreira: "Arvorou-se o govêrno, então, em instância judiciária, instituindo-se, por simples decreto-lei, em órgão revisor de sentenças e acórdãos"[149].

É interessante perceber, portanto, o quão antípodas foram os Textos Constitucionais de 1934 e de 1937 no que diz respeito à reserva de plenário, refletindo posições frontalmente diversas a respeito do instituto. No primeiro caso, houve nítida comemoração

---

inconstitucional. Esta faculdade, porém, é conferida em caráter excepcional como demonstram as cautelas de que é rodeado o seu exercício. A exigência de que se trate de interêsse nacional de alta monta não deixa dúvida quando ao caráter expectorado e extremo da medida. São, para assim dizer, questões de encruzilhada, questões que, pela sua generalidade e pela amplitude de sua compreensão, comportam perplexidade e dúvidas quanto ao rumo. Não se trata, pròpriamente, de questões suscetíveis de serem resolvidas fora de qualquer dúvida razoável, mediante os processos de evidência ou de demonstração da lógica jurídica; na sua decisão, como em tôdas as decisões baseadas em preceitos de ordem muito geral, entram fatôres intelectuais de outra natureza; nelas influi, necessàriamente, o pêso do temperamento, das convicções e das tendências honestas, todos os fatôres, em suma, que nos conduzem à opção por um dos braços da encruzilhada".

[146] LOUREIRO JÚNIOR. **O Contrôle da Constitucionalidade das Leis**, pp. 124-125.

[147] ANHAIA MELLO, José Luiz de. **Da separação de podêres à guarda da Constituição**, pp. 190-191.

[148] Neste sentido, cf. PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**, p. 488: "O Diploma Magno de 1937 também admitiu a declaração da inconstitucionalidade, embora de certo modo ficticiamente, porque o presidente podia submeter a reexame do Parlamento a lei declarada inconstitucional, e, como nunca funcionou o Parlamento, aconteceu que o ditador chegou algumas vezes a anular decisões do Supremo Tribunal Federal". Mencionando que o referido artigo em nada contribuiu para o aperfeiçoamento do controle, cf. RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. *In*: MORAES, Alexandre de (Coordenador). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 145.

[149] FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro**, p. 113.

doutrinária ante a criação de regra voltada para tornar mais difícil a proclamação de inconstitucionalidade, providência que vai ao encontro da própria proteção da supremacia constitucional, fazendo com que a desconsideração da lei pelo Judiciário exija quantidade particular de votos. Contudo, em curto espaço de tempo, o advento da Constituição de 1937 surpreendeu parcela significativa da doutrina, na medida em que associou questionável parágrafo único à reserva de plenário, na medida em que tornou possível a provocação do Congresso Nacional, pelo Presidente da República, para que houvesse a reapreciação de decisão proferida pelo Supremo.

Ocorreu, no curto espaço de cerca de 3 (três) anos, tratamento diferenciado em relação ao Legislativo: foi prestigiado em sua obra, no caso da Constituição de 1934, ante a garantia de que a lei apenas não seria aplicada nos casos em que maioria absoluta do Tribunal assim entendesse; contudo, serviu de justificativa meramente retórica para um Executivo arbitrário em 1937, que se valeu da possibilidade de submissão de decisão do Supremo Tribunal Federal ao falso crivo de um Legislativo sufocado pela agigantada atuação do Executivo da época.

A partir de 1946 a história da reserva de plenário no Brasil mostra-se mais estável, tema que será alvo dos tópicos a seguir.

2.2 Incidente de Inconstitucionalidade, Reserva de Plenário e História Constitucional Brasileira: de 1946 à EC nº 1/69

A reserva de plenário continuou sendo tratada pelos Textos Constitucionais.

A Constituição de 1946 surgiu em um contexto de restauração do regime democrático, numa realidade que buscava superar as marcas negativas deixadas pela Constituição de 1937. Foi saudada por Pedro Calmon como uma Constituição otimista, marcada por um perfil conciliador[150], tendo guardado conexão próxima com os traços da

[150]CALMON, Pedro. Sentido e Interpretação da Constituição de 1946. **Revista de Direito Administrativo**, p. 4: "A Constituição de 18 de setembro pode designar-se como uma Carta otimista, no feitio conciliador que a harmoniza com o temperamento nacional, com a índole da nossa evolução e o sentido normal do progresso na América".

Constituição de 1934[151]. Hermes Lima chegou a visualizar as Constituições de 1934 e 1946 como exemplos do que chamou de Constituição-programa, "(...) porque incorpora ao seu texto tarefas específicas de ordem administrativa, econômica e social a serem realizadas pelo Estado (...)"[152], sendo que albergariam perfil distinto da Constituição de 1891, que se limitaria a ser um mero instrumento de organização dos poderes. Sua visão, em obra publicada em 1954, parece antecipar a famosa concepção da Constituição Dirigente, desenvolvida por Gomes Canotilho na década de 80 do século passado.

A previsão do incidente de inconstitucionalidade na referida Constituição aparece em seu artigo 200, assim disposto: "Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público". Pontes de Miranda traçou interessante análise histórica do *quórum* exigido para decretação de inconstitucionalidade, revelando a desnecessidade do alcance da maioria absoluta na égide da Constituição de 1891, o que passou a ser exigido a partir de 1934, e, por consequência, mantido ante o advento da Constituição de 1946[153]. Ainda não se falava, neste momento, de apreciação das leis pelo STF no universo do controle principal de constitucionalidade. Logo, a Corte "(...) ainda não tem a atribuição de falar sôbre a constitucionalidade das leis como se dispuzesse de um poder de véto. Sentencia em espécie. Somente em julgamento regular declara aplicável ou não a lei cuja constitucionalidade foi questionada"[154]. A técnica rigorosa de se exigir a maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade também foi registrada por Pinto Ferreira[155].

---

[151] Neste sentido, cf. MELO FRANCO, Afonso Arinos. **Direito Constitucional**, p. 172.

[152] LIMA, Hermes. Espírito da Constituição de 1946. *In*: **Estudos sôbre a Constituição Brasileira**, p. 17: "As Constituições de 34 e 46 são Cartas que poderemos chamar de Cartas-programas, ao passo que a Constituição de 91 se liga à posição clássica das Constituições: puros instrumentos de organização dos poderes. A Constituição-programa é, também, instrumento de organização dos poderes, mas Constituição-programa assim se denomina porque incorpora ao seu texto tarefas específicas de ordem administrativa, econômica, social a serem realizadas pelo Estado, tais como as obras do São Francisco, as obras contra a sêca, valorização da Amazônia, etc. A lei fará isso, a lei resolverá aquilo, a lei enfrentará tal problema, é isto que caracteriza a Constituição-programa, uma Carta com programa de govêrno".

[153] MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, p. 180: "Para a decretação de inconstitucionalidade de uma lei ou de algum ato dos poderes públicos perante a Constituição de 1891 não era preciso que se compusesse a maioria absoluta favorável à inconstitucionalidade. Para a decretação da inconstitucionalidade de lei ou de qualquer ato dos poderes públicos entre 1934 e 9 de novembro de 1937, era de mister a maioria absoluta (Constituição de 1934, art. 179). Em nenhum dos dois casos apontados, cabia o recurso do art. 96, parágrafo único, de 1937 que só dizia respeito à apreciação das leis perante os textos de 10 de novembro de 1937)".

[154] CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: Constituição de 1946, p. 220.

[155] PINTO FERREIRA. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, p. 155: "Sobreleva, além disso, a técnica rigorosa de apreciação, exigida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, pois, em consonância ao art. 200 do nosso texto legislativo básico, "só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público"".

É interessante notar que o mesmo debate envolvendo qual deveria ser o quantidade ideal de votos para a proclamação da inconstitucionalidade também reaparece quando da discussão a propósito do artigo 200 da Constituição de 1946. Neste sentido, Elói da Rocha defendeu a posição de que seria mais recomendável a adoção do quórum de 2/3 (dois terços) dos integrantes do Tribunal para o reconhecimento da inconstitucionalidade, visão idêntica à anteriormente defendida por João Mangabeira na discussão da Constituição de 1934[156]. Entretanto, Elói da Rocha enfrentou a oposição de Mario Masagão, partidário do *quórum* de maioria absoluta, solução que havia sido abraçada por Levi Carneiro no debate da Constituição de 1934 e que, afinal, restou vencedora.

As Constituições seguintes, editadas durante o período do Regime Militar, também preservaram a cláusula de reserva de plenário. A referida cláusula aparecia no artigo 111 da Constituição de 1967, com a seguinte redação: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público". A seguir, com o surgimento da Emenda nº 1/69, a regra também foi mantida, agora em seu artigo 116, com a mesma redação: "Sòmente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público". Já estava consolidada a visão, na doutrina, de que a reserva de plenário não alterava a liberdade de decisão sobre inconstitucionalidade dos juízes singulares, sendo exemplo a respeito a visão de João de Oliveira Filho[157].

Merece atenção especial, a seguir, o perfil do incidente de inconstitucionalidade na Constituição de 1988, assunto do tópico a seguir.

2.3 Incidente de Inconstitucionalidade e Constituição Federal de 1988

A redação empregada pela Constituição de 1988 preservou a mesma compreensão histórica da reserva de plenário, o que foi feito em seu artigo 97: "Somente pelo voto da

[156] Neste sentido, cf. OLIVEIRA, A. Gonçalves. Maioria absoluta e "quorum" para decretação de inconstitucionalidade. **Revista Forense**, p. 357. Em idêntico sentido, cf. LIMA, Alcides de Mendonça. Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. **Revista Forense**, pp. 353-354.
[157] OLIVEIRA FILHO, João de. **Quer Conhecer a Constituição?**, pp. 318-319.

maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

A doutrina[158], ao comentar o referido artigo, usualmente destaca tratar-se de dispositivo previsto originariamente na Constituição de 1934, tendo por intuito garantir que, nos Órgãos Colegiados, a proclamação da inconstitucionalidade ocorra mediante o alcance do *quórum* de maioria absoluta dos membros do seu Pleno ou Órgão Especial. José Afonso da Silva chamou a atenção para a ponderação de valores por parte da norma mencionada, na medida em que contempla a convivência entre a supremacia constitucional e a estabilidade da ordem jurídica[159].

Após o exame histórico da previsão da reserva de plenário nos Textos das Constituições, é possível notar que houve, em síntese, **duas mudanças substanciais** desde a incorporação ao Brasil do controle de inspiração norte-americana, atingindo a compreensão hodierna de sua utilização.

A **primeira alteração** correspondeu justamente à quantidade de votos, que contemplava, no início, maior parcela dos membros do Tribunal, o que passou, desde o advento da Constituição de 1934, a se referir à maioria absoluta. Houve abrandamento da exigência normativa, o que ocorreu, por certo, por força da percepção pragmática de relativo exagero na unanimidade, sendo o alcance da maioria absoluta critério suficiente para prestigiar a normatividade constitucional, sem gerar, todavia, as dificuldades inerentes ao convencimento de todos os membros do Tribunal.

Por sua vez, a **segunda alteração** ocorreu no que tange à previsão, desde o advento da Emenda Constitucional nº 7/77, da possibilidade de que o Órgão Especial do Tribunal

---

[158] Neste sentido, cf.: NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**, p. 272: "O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos feitos de acordo com a norma ora comentada dá-se *in concreto*. Apreciado o incidente de declaração de inconstitucionalidade (CPC 480), o resultado deve ser aplicado à ação ou recurso que o ensejou (...)"; BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**, p. 851: "(...) Tal "cláusula de reserva de plenário" existe entre nós desde a Carta de 1934, que se inspirou numa construção jurisprudencial da Suprema Corte Norte-Americana (...)".

[159] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**, p. 517: "(...) Há dois valores ponderados por esta norma. Por um lado, o valor da *supremacia constitucional*, que exige seja respeitado pela lei, e, quando não respeitado, deve ser prestigiado com a declaração da inconstitucionalidade da lei infratora. O outro é o valor da *estabilidade da ordem jurídica*, que requer que a declaração, no caso, tenha o significado de um pronunciamento do tribunal na sua expressão maior, que é o seu Plenário, não de uma simples fração dele; e que este o faça representativamente, pela maioria absoluta de seus membros".

também desempenhasse a atividade de controle de constitucionalidade, o que representaria medida capaz de racionalizar a prestação jurisdicional ante a retirada de competência do Tribunal Pleno.

O Órgão Especial foi pensado como mais uma alternativa de dinamismo na esfera jurisdicional, dotando os Tribunais que possuam quantidade superior a 25 (vinte e cinco) membros da chance de dividir processos de competência do Pleno. Creio ser possível denominá-lo de uma espécie de **Micro-Plenário**. Torna-se ferramenta importante especialmente em Tribunais maiores, cujas reuniões plenárias tragam inchaço de pauta e maior dificuldade de deliberação. Passou-se a permitir, então, que os referidos Órgãos pudessem, uma vez provocados, ter contato com a alegação de inconstitucionalidade formulada dentro do incidente processual respectivo para que dela tomassem conhecimento, proferido decisão com o mesmo *status* do entendimento do Pleno.

Durante muitos anos as duas mudanças notadas ao longo da história do incidente de inconstitucionalidade perduraram sem maiores questionamentos. Contudo, o dispositivo do artigo 97 da Constituição enfrenta, na atualidade, séria divergência no que diz respeito à existência de um choque entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Tal percepção derivou de uma série de decisões do Supremo Tribunal Federal que incomodaram setores do Congresso.

Diante de tal cenário surgiu debate acirrado a propósito da chamada PEC 33. A referida Proposta de Emenda Constitucional, apresentada pelo Deputado Nazareno Fonteles (PT-PI) no dia 25/05/2011, apresentou como justificativa uma abordagem relativa ao protagonismo do Judiciário na atualidade, o que representaria verdadeiro exercício de ativismo judicial, a demandar um fortalecimento do Poder Legislativo e de sua competência legislativa. Sendo assim, a Proposta de Emenda tem por intuito "(...) resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário (...)"[160].

[160] Câmara dos Deputados, PEC nº 33/11, Justificativa, p. 5. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0C99D325E8A07ECF5B24536720BC103F.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011. Acesso em: 17/07/2013.

Assim, a Proposta de Emenda traz consigo três medidas polêmicas: **(I)** o aumento da maioria qualificada para **declaração de inconstitucionalidade de lei** aprovada pelo Parlamento para quatro quintos, tornando necessário o voto de "(...) nove ministros e não apenas seis para que seja declarada a inconstitucionalidade de leis aprovadas no Congresso Nacional (...)"[161]; **(II)** o aumento, também para quatro quintos, do *quórum* necessário para a **edição de enunciado de súmula vinculante**, sendo que o pretendido efeito vinculante apenas ocorrerá após a aprovação da súmula, por maioria absoluta do Congresso Nacional[162]; **(III)** a alteração do papel do Legislativo em se tratando do **controle de constitucionalidade de emendas à Constituição**, asseverando que a decisão do STF não teria, de imediato, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o que ocorreria apenas após deliberação do Congresso Nacional, sendo que, em caso de divergência entre o Tribunal e o Parlamento, o povo seria consultado e daria a última palavra a respeito[163].

As medidas mencionadas foram lastreadas numa crítica ao **papel superlegislativo** que o Supremo teria assumido ultimamente[164]. A Proposta de Emenda chega a mencionar formas alternativas de controle de constitucionalidade defendidas por juristas atuantes nos Estados Unidos, assim como invoca a experiência canadense da cláusula não-obstante[165] para apresentar mecanismos alternativos à atribuição, ao Poder Judiciário, da função de controle de constitucionalidade em última instância.

A consulta à tramitação legislativa da Proposta revela ter sido alvo de **Parecer**, da lavra do Deputado João Campos (PSDB-GO), recomendando a sua aprovação[166]. O referido Parecer, após corroborar o acerto formal da Proposta apresentada, entendeu que esta não configura violação a qualquer cláusula pétrea. A seguir, concordou com as críticas questionando o exagerado ativismo judicial vivenciado na atualidade, o que demanda a preservação das competências legislativas do Congresso. Ao examinar os artigos da proposição apresentada, fundamentou a sua posição da seguinte maneira: **(I)** explicou que a mudança do *quórum* do artigo 97 para quatro quintos não representa violação ao

[161] Ibidem, p. 6.
[162] Ibidem, p. 8.
[163] Ibidem, p. 9.
[164] Ibidem, p. 5.
[165] Ibidem, p. 12. A Justificativa da Proposta cita expressamente as teses defendidas pelos Professores Jeremy Waldron e Mark Tushnet, notórios críticos da atuação do Judiciário na tarefa de interpretação constitucional.
[166] Câmara dos Deputados, PEC nº 33/2011, Parecer do Deputado João Campos, 05/12/2012. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=33E38FA2D0B3FC734334FEB6CE0DF525.node2?codteor=1046676&filename=Parecer-CCJC-05-12-2012. Acesso em: 17/07/2013.

princípio da separação de poderes; **(II)** argumentou que o condicionamento da aprovação da súmula vinculante ao Congresso também não ensejaria violação da separação de poderes, pois as súmulas não possuem natureza jurisdicional típica; **(III)** por fim, ressaltou a valorização da soberania popular no que tange à submissão ao Congresso de decisão do Supremo acerca de inconstitucionalidade de emenda constitucional, o que representaria promoção de maior diálogo e harmonia entre o Judiciário e o Legislativo, "(...) bem como preserva a separação dos Poderes. E deixa claro que no caso de conflito entre estes Poderes, a decisão cabe soberanamente ao Povo, através de consulta popular"[167].

As informações mais recentes no momento de finalização da pesquisa revelam a aprovação, no dia 24/04/2013, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, do Parecer do Relator, Deputado João Campos, tendo apresentado Voto em Separado os Deputados Paes Landim e Vieira da Cunha. A seguir, a consulta à movimentação da tramitação legislativa revela o surgimento, no dia 14/05/2013, de Reclamação nº 1/2013, apresentada pelo Deputado Marcos Rogério (PDT-RO), pleiteando a nulidade da designação do Deputado João Campos como Relator, tendo em vista a anterior designação do Deputado Espiridião Amim para tanto, o qual chegou, inclusive, a apresentar o seu Voto a respeito da proposição[168].

O mês de junho revelou algumas novidades interessantes no que diz respeito à tramitação da Proposta. No dia 24/06/2013 foi apresentado Requerimento de Retirada de Assinatura nº 8027/13 pelo Deputado Luís Carlos Heinze (PP-RS)[169]. Novo Requerimento de Retirada de Assinatura também foi protocolado pelo Deputado Lelo Coimbra (PMDB-ES), o que ocorreu no dia 26/06/2013[170]. Ambos os requerimentos foram indeferidos pela

---

[167] Ibidem, p. 3.

[168] Câmara dos Deputados, PEC nº 33/11, Requerimento do Deputado Marcos Rogério (PDT-RO). Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1088293&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em 26/07/2013.

[169] Câmara dos Deputados, PEC nº 33/11, Requerimento do Deputado Luís Carlos Heinze (PP-RS). Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1102353&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em 26/07/2013.

[170] Câmara dos Deputados, PEC nº 33/11, Requerimento do Deputado Lelo Coimbra (PMDB-ES). Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1103336&filename=Tramitacao-PEC+33/2011. Acesso em 26/07/2013.

Mesa Diretora da Casa, o que ocorreu, respectivamente, nos dias 27/06/2013 e 02/07/2013, consulta informação constante no sistema.

A análise da tramitação legislativa revela dois pontos que chamam a atenção. Em **primeiro lugar**, nota-se não ser sem razão a superveniência, no mês de junho, de Requerimentos de Retirada de Assinatura por alguns parlamentares. Tal providência guarda, por certo, relação com as repercussões das manifestações populares ocorridas nacionalmente, cuja extensa e difusa pauta de reivindicações incluía o repúdio generalizado à aprovação da Proposta, que foi identificada como instrumento de limitação arbitrária das competências do Supremo Tribunal Federal. Ademais, em **segundo lugar**, é possível notar questão negativa concernente à tramitação do processo legislativo em si, em sede do qual nem sempre impera o ideal de fundamentação expressa para a prática de atos decisórios. O exemplo mais característico de tal omissão relevante correspondeu justamente ao indeferimento dos pedidos de Retirada de Assinatura, sendo que a ausência de fundamentação obscurece o conhecimento da razão motivadora, providência exigível do Poder Público como integrante do ideal de transparência.

A PEC nº 33/11 guarda íntima conexão com a temática desta tese, pois caso seja aprovada modificará, substancialmente, a compreensão da reserva de plenário e do seu significado no âmbito da relação entre Poderes.

A temática em si da relação entre Legislativo e Executivo no que tange à declaração de inconstitucionalidade é antiga, e teve como um dos seus momentos mais polêmicos no Brasil a discussão a respeito do parágrafo único do artigo 96 da Constituição de 1937. Este dispositivo, que enfrentou crítica doutrinária à época de sua criação – sendo ainda hoje, ressalte-se, apontado como exemplo negativo na história de controle brasileiro de constitucionalidade por variada doutrina – permitia que o Presidente da República pudesse, com amparo nos conceitos de “bem estar do povo” ou de “promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, submeter novamente uma decisão de inconstitucionalidade do Supremo ao Parlamento, que poderia, a seu turno, torná-la sem efeito, caso contasse com o voto de dois terços em cada uma de suas Câmaras.

Embora o debate seja extremamente interessante e haja atuação mais destacada do Poder Legislativo em outras experiências constitucionais, creio que, no caso brasileiro, a Proposta de Emenda Constitucional nº 33 parece ter surgido de intuito reprovável, caracterizado por atuação parlamentar marcada pelo intuito de amesquinhar a atuação do Supremo Tribunal Federal, acusado de exacerbado ativismo judicial e contaminação política em seu processo decisório.

Cabe de logo registrar, entretanto, que o Congresso Nacional tem, em diversos casos, deixado de exercitar parcela significativa de suas prerrogativas, postura que denota claro desprestígio ao papel a ele reservado pela Constituição de 1988. Tal constatação, todavia, não autoriza a simples substituição de suas funções pelo Supremo. Por outro lado, o exercício de atuação política pelo STF encontra amplo reconhecimento doutrinário, sendo até mesmo natural ao próprio perfil da Corte, embora devam ser reconhecidos os limites no âmbito de tal atuação. Neste sentido, Aliomar Baleeiro[171] já mencionava, na década de 70, ser o STF, nos moldes norte-americanos, uma espécie de **terceira Câmara** do Congresso. Seabra Fagundes[172] chegou a mencionar a obviedade da consideração do Tribunal como político, o que seria esperado de todos os órgãos de cúpula do Poder Público.

Sendo assim, por mais que haja crítica intensa a propósito do perfil ativista assumido pela Corte nos últimos anos, a impressão que se tem é a de que a apresentação da Proposta ocorreu mais em um contexto de represália e revanchismo do que propriamente na égide de um sincero debate acerca de competências institucionais. Acredito ser necessário aqui distinguir a **fundamentação** da Proposta do **contexto** em que surgiu: enquanto sua fundamentação encontra rico amparo em argumentos relevantes sobre a prática de controle de constitucionalidade no Brasil, e que poderia, de fato, ser discutível com profundidade caso houvesse maduro e ético ambiente institucional para tanto, o

---

[171] BALEEIRO, Aliomar. Poder Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, p. 12: "Mas, como nos Estados Unidos, o Supremo Tribunal exerce uma função altamente política, no mais nobre sentido da palavra; garante os direitos e liberdades individuais, arbitra as divergências entre a União e os estados, ou deste entre si, na preservação do sistema federal, protege a Constituição e, interpretando-a, ora estimula sua adaptação a problemas novos, por ela não previstos, preenchendo-lhe as lacunas; ora refreia as iniciativas mais ousadas u ainda inoportunas. Sob este ponto de vista, aplica-se ao S.T.F. o que foi dito da Corte Suprema dos E. U.: "Constituinte permanente", "terceira Câmara do Congresso"".

[172] SEABRA FAGUNDES, Miguel. A Função Política do Supremo Tribunal Federal. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, p. 2: "Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o que é óbvio. Porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do poder público".

contexto de criação da Proposta parece revelar apenas a vontade de, injustificadamente, cobrar uma postura do Supremo ocasionada pelo próprio Legislador ao deixar de efetivar a esperada atuação promocional em tarefas previstas na Constituição.

Resta claro que o cenário político brasileiro aponta a permanência de uma realidade em que o povo continua a **confiar mais em quem não escolhe diretamente** para o exercício do Poder, problemática que revela demanda histórica de descontentamento com o Parlamento, o que, contudo, não autoriza a mudança de competências e o enfraquecimento do Supremo hodiernamente.

Após ser conhecida a trajetória constitucional do incidente de inconstitucionalidade cabe analisar quais são os principais problemas de ordem processual que o instituto enfrenta, tema do próximo capítulo.

Capítulo 3. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE E RESERVA DE PLENÁRIO: PROBLEMAS DE ORDEM CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL

Examinada a história do incidente de inconstitucionalidade no Brasil, cabe enfrentar os principais problemas de ordem constitucional e processual que têm marcado a sua aplicação. O capítulo partirá da compreensão da natureza jurídica do incidente de inconstitucionalidade para, a seguir, focar o advento da Súmula Vinculante nº 10 e o seu significado para a deflagração do instituto. Por fim, focará questões selecionadas a partir da doutrina e jurisprudência pesquisadas sobre o assunto e que devem ser enfrentadas para o seu melhor entendimento, valendo-se, inclusive, das recentes inovações de ordem procedimental que tiveram por intuito a modernização do controle de constitucionalidade brasileiro.

3.1 Regramento Processual da Reserva de Plenário e a Inconstitucionalidade da Exceção

Cabe, de logo, explicar o processamento que a reserva de plenário exige para que seja concretamente respeitada na prática jurisprudencial.

Neste sentido, o artigo 97 da Constituição é conectado aos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, sendo os aludidos dispositivos enfatizam as duas possíveis condutas assumidas pelo Órgão Fracionário que se depara, em um Tribunal, com uma alegação de inconstitucionalidade: **(I)** caso rejeite a alegação de inconstitucionalidade, prosseguirá no julgamento da causa, sendo superada a questão prejudicial nas hipóteses em que houver inconsistência do pleito de inconstitucionalidade[173]; **(II)** caso acolha a alegação de inconstitucionalidade, suspenderá a tramitação do processo, remetendo apenas a questão de constitucionalidade para a apreciação do Pleno ou do Órgão Especial, exceto nos casos em que houver precedente do Supremo Tribunal Federal a respeito ou do próprio Tribunal, o que motiva, por razões de economia processual, o imediato acolhimento do precedente para dispensar o incidente e reconhecer a inconstitucionalidade.

Vale dizer, ainda, que a tramitação do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais conta com a possibilidade de oitiva de interessados, promovendo um saudável "diálogo judiciário"[174] no procedimento.

Além disso, cabe salientar também ser desnecessária a instauração do incidente de inconstitucionalidade nas questões afetas à **competência originária** do próprio Plenário do Tribunal. O intuito do incidente de inconstitucionalidade é fazer com que haja uma cisão na causa examinada, deslocando a apreciação da questão prejudicial para o Pleno ou Órgão Especial da Corte por força de se tratar do *locus* mais importante do Tribunal, composto pela totalidade dos seus membros, no primeiro caso, ou expressamente autorizado a funcionar como sua delegação, na segunda hipótese. Cria-se o incidente para que haja, portanto, uma conexão entre o Órgão Fracionário e o Pleno, responsável por homogeneizar o entendimento do Tribunal. Tal distinção perde o sentido em se tratando de causas de competência originária, nas quais a questão já encontra terreno propício para debate. Deve

---

[173] Em idêntico sentido, cf. ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. **Comentários ao código de processo civil**, p. 98 (ao comentarem o teor do artigo 481 do Código de Processo Civil): "O presente dispositivo superou a discussão sem eivas de inconstitucionalidade, com boa dose prática. Muitas vezes a inconstitucionalidade é argüida sem consistência ou *fumus boni juris*. Por isso, a câmara ou turma expunge essa questão não submetendo-a ao Tribunal Pleno. Imagine-se houvesse maciço número de arguições nos processos. Todos deveriam ir ao Tribunal Pleno?".

[174] A expressão foi utilizada, a propósito do disposto no §2º do artigo 482 do Código de Processo Civil, por MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**, p. 488.

haver, então, a decisão da questão prejudicial e da questão principal no feito, não sendo necessária, neste caso, a separação entre os órgãos responsáveis pelo julgamento[175].

Fala-se, portanto, na existência de uma **questão prejudicial de inconstitucionalidade**, de conhecimento entregue ao Órgão mais importante da Corte respectiva em prol da homogeneidade de entendimento a respeito da prevalência ou não do ato normativo combatido. Pontes de Miranda usou a expressão *per saltum* para se referir ao requerimento, exarado pelo Órgão Fracionário, destinado ao Pleno do Tribunal para análise da questão de constitucionalidade suscitada[176].

A doutrina processual[177] costuma diferenciar, no que diz respeito à comparação entre a relação jurídica precedente e a posterior, o **ponto** prejudicial da **questão** prejudicial. Enquanto que, no primeiro caso, tem-se uma relação jurídica antecedente incontroversa, nota-se ser a controvérsia o elemento de destaque em se tratando da questão prejudicial, e que depende de uma solução imediata. Ademais, distingue-se a questão **preliminar** da questão **prejudicial**, já que a primeira impede o conhecimento da causa principal, enquanto a segunda condiciona o respectivo julgamento. No que diz respeito à questão de inconstitucionalidade, pode-se notar que é uma **prejudicial de mérito**, conceito distinto da questão prejudicial ao mérito, passível de ser objeto de uma ação declaratória incidental. Em síntese, deve-se reconhecer a inconstitucionalidade como antecedente lógico do pedido principal realizado no feito.

Percebe-se ser a questão prejudicial uma relação jurídica controvertida que condiciona o exame da questão principal do processo.

O surgimento da dispensa de instauração do incidente de inconstitucionalidade foi lastreado em claro intuito de economia processual, autorizando que o próprio Órgão Fracionário do Tribunal aplicasse precedente da Corte respectiva ou do Supremo Tribunal

---

[175] Em idêntico sentido, cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Direito Processual Civil**, p. 376.

[176] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Tomo II, p. 553.

[177] Neste sentido, cf. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro, volume 2**: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais), p. 167. Diferenciando o ponto da questão, que apenas apareceria com a resposta do réu, cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis no Ordenamento Brasileiro – Aspectos Constitucionais e Processuais**, p. 120.

Federal. Contudo, parte da doutrina[178] vislumbrou **inconstitucionalidade** na exceção relativa à aplicação de precedente do Supremo Tribunal Federal, na medida em que a dispensa da instauração do incidente nestes casos significaria, por via tranversa, tanto o desrespeito ao artigo 97 da Constituição quanto a desconsideração de que as decisões dotadas de efeito vinculante no Texto Maior são as proferidas nas ações de controle concentrado e no caso da edição de súmulas vinculantes.

Não vejo, entretanto, maior sucesso no argumento, tendo por base a constatação de que a dispensa de remessa da questão que encontra precedente no Tribunal ou no STF representa, em verdade, efetivo respeito ao artigo 97 da Constituição, devendo ser usada, a princípio, nos casos em que inexista decisão do Tribunal a propósito da inconstitucionalidade. Em outras palavras, a dispensa de instauração do incidente com base em precedente pressupõe a prévia instauração do incidente em caso anterior, sendo preservada a integridade da Constituição. Entretanto, a regra infraconstitucional **não traduz obrigação** de dispensa, e **sim autorização** para que, sendo o caso, não seja instaurado novo incidente de inconstitucionalidade, decisão que fica a critério da própria Corte. Sendo assim, a regra não traduz violação do Texto Maior.

3.2 Natureza Jurídica da Cláusula de Reserva de Plenário

[178] A respeito, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, p. 178 (reportando-se ao parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil): "Ao nosso ver, deve entender-se a cláusula final como relativa apenas às decisões em que a matéria haja constituído *objeto principal* de julgamento pela Corte Suprema (ações diretas), não àquelas em que tenha ocorrido simples apreciação *incidental* da questão. Com efeito, no segundo caso – ao contrário do que ocorre no primeiro –, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não é vinculativo para os outros tribunais e não tem a virtude de substituir ou dispensar o dos *respectivos* plenários (ou "órgãos especiais"), exigido pelo art. 97 da Carta da república". Em sentido idêntico, cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, p. 127: "Embora de inspiração elogiável – justamente por se afinar ao princípio da economia e eficiência processuais – a dispensa da remessa ao Plenário ou ao órgão especial do Tribunal diante de prévia manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal é de duvidosa constitucionalidade. A uma, porque fere o art. 97 da Constituição Federal, que reserva aos próprios Tribunais em que se dá o julgamento a competência para declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. A duas, porque as únicas decisões do Supremo Tribunal Federal que têm efeito vinculante, pelo menos do ponto de vista constitucional, são as proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, §2º, da Constituição Federal) e suas Súmulas (art. 103-A da Constituição Federal). Fora daí, sem desconsiderar, evidentemente, o efeito persuasivo – embora, por vezes, decisivo – do precedente do Supremo Tribunal Federal, não tem ele, para a ordem constitucional vigente, o condão de se impor às instâncias inferiores". No mesmo sentido, cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais, pp. 386-390.

Inicialmente, cabe examinar qual seria a natureza jurídica da cláusula de reserva de plenário. Desde logo, cabe assentar a **natureza objetiva** do incidente de inconstitucionalidade na esfera processual brasileira, assemelhando-se aos procedimentos de controle do tipo principal, realizados por meio da ação direta de inconstitucionalidade genérica e ação declaratória de constitucionalidade[179]. Logo, é possível dizer que se trata de um mecanismo construído para prestigiar a defesa abstrata da própria Constituição, na mesma linha da concepção teórica que alimenta a aceitação procedimental das ações de controle do universo concentrado.

A discussão sobre a natureza jurídica tem por fundamento o ímpeto classificatório, comum no Direito, marcado pela intenção de amoldar o funcionamento dos mais diversos institutos em relação ao regime jurídico aplicável.

Cabe então saber qual seria a natureza jurídica da reserva de plenário.

Costuma-se encontrar na doutrina a aceitação da tese de que a reserva de plenário seria uma **condição de eficácia** da decisão de inconstitucionalidade, tratando-se de consectário lógico da própria presunção de constitucionalidade das leis[180]. Talvez haja em tal entendimento a influência da visão de Pontes de Miranda, para o qual toda ação que possua como conteúdo a apreciação da inconstitucionalidade das leis representa questão

---

[179] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Direito Processual Civil**, p. 375. Em idêntico sentido, cf. DIDIER JR., Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. *In*: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Constituição, Jurisdição e Processo** (coordenadores), p. 336.

[180] Neste sentido, cf. MACHADO, Hugo de Brito. A Reserva de Plenário e a Decisão Cautelar Monocrática nos Tribunais. *In*: **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, p. 66; CARDOSO, Oscar Valente. Declaração de Inconstitucionalidade, Reserva de Plenário e Competência das Turmas Recursais. *In*: **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, p. 101, nota de rodapé nº 5; AMORIM PEREIRA, José Eduardo Penna. Desafios da Reserva de Plenário. *In*: MACIEL, Adhemar et. al. **Estudos em Homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza**, p. 119. Além de proclamada natureza jurídica da reserva de plenário aparecer em artigos específicos, também pode ser encontrada em obras gerais sobre o assunto, sendo exemplos: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 102; BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**, p. 851: "O constituinte consagrou no art. 97 lídima "cláusula de reserva de plenário", cujo quórum para decretação da inconstitucionalidade é a maioria absoluta dos membros do tribunal. Trata-se de uma atribuição de competência, que funciona como requisito para se obter a eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade (...)"; POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**, p. 196; HELAL, João Paulo Castiglioni. **Controle da constitucionalidade**: teoria e evolução, p. 246; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira**, p. 237 (citando a preponderância da visão de Lúcio Bittencourt, e se reportando à interpretação do artigo 116 da Constituição de 1967).

concernente à sua eficácia[181], tese de influência kelseniana concebida, contudo, em se tratando da natureza da sanção de inconstitucionalidade das leis em geral, contexto diverso que cabe aqui registrar. Contudo, o entendimento doutrinário de maior repercussão para que fosse aceita a tese da reserva de plenário como condição de eficácia se deve, em especial, à visão de Lúcio Bittencourt, ao mencionar que a Constituição "(...) condiciona a eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade ao pronunciamento da maioria dos membros do tribunal"[182], asseverando, ainda, que o preceito "(...) não é, em si mesmo, nem uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência: estabelece apenas uma condição de eficácia"[183].

Historicamente, merece destaque a intensa polêmica que existiu a respeito de duas teses que se confrontaram em relação à natureza jurídica da reserva de plenário. Neste sentido, o assunto dividiu a doutrina em duas correntes, a saber: **(I)** uma primeira corrente, que considerou a previsão Constitucional como o **modo de julgamento** dos Tribunais a respeito do enfrentamento do tema[184]; **(II)** uma segunda corrente, que sustentou, a seu turno, que a reserva de plenário representaria, em verdade, uma **regra de competência**, subtraindo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos juízes singulares.

A visão consubstanciada pela segunda corrente foi defendida, em especial, em dois artigos, da autoria de Vicente Chermond de Miranda e Alcides de Mendonça Lima, publicados na Revista Forense, respectivamente, em 1942 e 1949.

Chermond de Miranda analisou julgado do Tribunal de Apelação da Bahia para concluir que "(...) nos têrmos do art. 96 da Constituição de 10 de Novembro, falece competência ao juiz singular, como às Turmas dos Tribunais, para decretar a inconstitucionalidade das leis"[185]. A Constituição de 1937 teria, ao prever o artigo 96,

---

[181]MIRANDA, Pontes de. Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 14-15. Vale citar, ainda, o quanto exposto à p. 13 do artigo mencionado: "Tècnicamente, a inconstitucionalidade ou importa inexistência, ou invalidade ou ineficácia. Ao direito positivo cabe escolher a conceituação; uma vez escolhida, tem-se a solução *in iure condito*, com as suas consequências. Portanto, tôda investigação científica – e honesta – em tal matéria tem de partir, porém, desgraçadamente não partiu, nem no Brasil nem alhures, da pergunta: "Qual o conceito que se adotou?"".

[182] LÚCIO BITTENCOURT, C. A. **O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis**, p. 43.

[183] LÚCIO BITTENCOURT, C. A. **O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis**, p. 46.

[184] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôle da constitucionalidade**, p. 90: "O fato da Constituição se referir ao quorum dos Tribunais não exclui a apreciação, pelo juiz, que procederá dentro dos preceitos normais da aplicação do direito".

[185] MIRANDA, Vicente Chermond de. Inconstitucionalidade e Incompetência do Juiz Singular – Art. 96 da

parágrafo único, concedido à questão do controle tratamento mais perfeito, contendo duas regras instrumentais [186] : **(I)** uma de competência, atribuindo a declaração de inconstitucionalidade apenas aos Tribunais[187]; **(II)** e outra de forma, já que o artigo 96 "(...) institui a *revisio per saltum* automática desde que ao juiz de primeira instância se afigure procedente a argüição de inconstitucionalidade". Sendo assim, a Constituição teria consagrado uma distinção entre o **julgamento** e a **declaração** de inconstitucionalidade[188]:

> Por tudo isso, resumindo as considerações que precedem, importa reconhecer que a atual Constituição distingue o julgamento da *constitucionalidade* da declaração de *inconstitucionalidade*. A competência para o primeiro é reconhecida, indistinta e irrestritamente, a todos os órgãos do judiciário, tanto de primeira, como de segunda instância. A declaração de inconstitucionalidade, porém, é privativa do tribunal pleno e somente pode ser pronunciada pela maioria absoluta da totalidade dos seus juízes.

De modo similar manifestou-se, em 1949, Alcides de Mendonça Lima, partindo, contudo, de argumento distinto. Mendonça Lima adotou como premissa de sua investigação a diversidade de tratamento, pelos Constituintes Estaduais, da aplicação do artigo 179 da Constituição Federal de 1934 ao prever a reserva de plenário, já que algumas Constituições Estaduais "(...) subtraíam aos juízes singulares a prerrogativa, enquanto outras lhas conferiam indiretamente e umas lhas outorgavam expressamente"[189]. Logo[190]:

> (...) o estudo da gênese do art. 179 da Constituição de 1934 nos leva à conclusão de que o advérbio "só" dizia respeito à competência e não ao modo de funcionamento do Tribunal, quando tivesse de apreciar causa em que fôsse declarada inconstitucional qualquer lei ou ato do poder público.

Todavia, muito embora existam as referidas visões contrárias, preponderou, historicamente, a visão da reserva de plenário como **modo de julgamento** dos Tribunais, sendo resguardada a prerrogativa de declaração de inconstitucionalidade, também, aos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, tese defendida, por exemplo, por Themístocles

---

Constituição. **Revista Forense**, p. 582.

[186] MIRANDA, Vicente Chermond de. Inconstitucionalidade e Incompetência do Juiz Singular – Art. 96 da Constituição. **Revista Forense**, p. 586.

[187] MIRANDA, Vicente Chermond de. Inconstitucionalidade e Incompetência do Juiz Singular – Art. 96 da Constituição. **Revista Forense**, p. 587.

[188] MIRANDA, Vicente Chermond de. Inconstitucionalidade e Incompetência do Juiz Singular – Art. 96 da Constituição. **Revista Forense**, p. 587.

[189] LIMA, Alcides de Mendonça. Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. **Revista Forense**, p. 349.

[190] LIMA, Alcides de Mendonça. Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. **Revista Forense**, p. 350.

Brandão Cavalcanti[191] e Eduardo Espínola[192], restando consagrada, ainda, pela doutrina mais recente[193]. Uma das mais ferozes críticas à interpretação de que apenas os Tribunais deveriam proclamar a inconstitucionalidade foi proclamada por Carlos Maximiliano, em trecho que precisa deve ser aqui destacado em virtude da repercussão doutrinária que obteve ao examinar o artigo 200 da Constituição de 1946[194]:

> Os impenitentes apologistas exclusivos da interpretação filológica apressaram-se a concluir dos têrmos da regra suprema n. 200 que apenas os pretórios coletivos poderiam declarar inconstitucional uma lei ou ato executivo; jamais lograria fazê-lo o Juiz singular. Qualquer aplicador da norma positiva, judiciário ou administrativo, tôda e qualquer autoridade, tem o dever precípuo de a descumprir, desde que a determinação ordinária esteja em flagrante dissídio com a fundamental.

Sendo assim, torna-se indispensável o alcance da maioria absoluta dos membros do Pleno ou do Órgão Especial de algum Tribunal para que prevaleça a decisão de inconstitucionalidade no âmbito do controle concreto. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que, nos casos em que não foi observada a reserva de plenário pelo Tribunal *a quo*, a decisão proferida seria nula, a ensejar a respectiva desconstituição e rejulgamento da causa pelo Tribunal recorrido[195].

---

[191] PRICE WATERHOUSE. **A Constituição do Brasil de 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada**, p. 513: "A exigência da maioria absoluta do tribunal para declaração de inconstitucionalidade não significa que os juízes singulares não tenham competência para fazer tal declaração, em sua esfera jurisdicional. A norma constitucional não é disposição de competência; é mera determinação da forma pela qual ocorrerá a declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal". Em idêntico sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 82: "De outra parte, infere-se que não só os Tribunais, mas também os juízes de 1º grau podem reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato em desconformidade com a Constituição".

[192] ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, pp. 642-643: "Como bem observa CARLOS MAXIMILIANO, aí não se cogita de limitar aos juízos coletivos competência para declarar inconstitucional uma lei ou ato executivo. Apenas se faz ver que os tribunais só poderão declarar a inconstitucionalidade pela maioria absoluta de seus membros, evitando-se destarte que uma simples maioria ocasional dos membros presentes profira decisão de tão grande alcance".

[193] Neste sentido, cf., por exemplo, DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**, pp. 113-114: "No tocante ao controle incidental, pensamos como BUZAID e outros, ou seja, que apreciar a constitucionalidade não é tarefa apenas dos tribunais, competindo ao juiz singular que examine se a lei a ser aplicada está eivada, ou não, pelo vício da inconstitucionalidade".

[194] MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**, p. 263. Logo, o autor destaca que a reserva de plenário corresponde a uma fixação de *quórum*, não constituindo regra de competência, conclusão contida à p. 265.

[195] STF, Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 516.814, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 08/10/10, p. 1273: "Reconhecida a violação do art. 97 da Constituição, anulado o acórdão e determinado novo julgamento, com observância da reserva de Plenário, compete ao Superior Tribunal de Justiça dar o encaminhamento processual que entender adequado ao caso. Se, supervenientemente, o STJ firmou precedente sobre a matéria, observando o quanto disposto no art. 97 da Constituição, poderá ele aplicá-lo por seus órgãos fracionários, se a legislação assim o permitir no caso concreto".

Contudo, acredito que o entendimento amplamente prevalecente merece uma singela correção de perspectiva. O desrespeito à reserva de plenário conduz ao reconhecimento da **invalidade** da decisão judicial proferida pelo Órgão Colegiado que proclama a inconstitucionalidade sem respeitar as regras procedimentais para tanto. Mesmo que a decisão seja majoritária, ou seja, existente, será **inválida** ante o desrespeito da regra incidente no caso, deixando, por conseguinte, de operar os respectivos efeitos.

Cabe destacar, por conseguinte, que a ineficácia jurídica da decisão surge como **consectário lógico** da proclamação de sua invalidade. Entendo, pois, que a decisão do Órgão Fracionário que deixou de aplicar o incidente de inconstitucionalidade nos casos em que era indispensável a sua incidência é ineficaz justamente em virtude de ser nula, podendo ser revertida, inclusive, pelo desrespeito consumado ao teor da Súmula Vinculante de nº 10.

Ante o exposto, creio ser mais apropriado defender que a reserva de plenário serve como **condição de validade** da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Pleno ou Órgão Especial do Tribunal, na medida em que traduz quantidade de votos que deve necessariamente ser obtida para viabilizar o afastamento da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Esta conclusão não costuma ser proclamada pela doutrina especializada, merecendo apenas tímido registro em alguns estudos que abordam o assunto[196]. Contudo, a partir da análise efetuada, e tendo por base os tradicionais planos de compreensão do fenômeno jurídico, deve-se concluir pelo respeito da reserva de plenário como **condição de validade** da decisão de inconstitucionalidade proferida por Tribunais, já que decisões proferidas por Órgãos Fracionários em desrespeito ao comando previsto no artigo 97 da Constituição e regulamentação processual respectiva são viciadas, resultando daí a correspondente ineficácia.

3.3 Súmula Vinculante nº 10: Pleonasmo Jurisprudencial?

[196] Neste sentido, cf. BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: elementos materiais e princípios processuais, p. 69, nota de rodapé nº 179: "Essa cláusula de reserva condiciona a validade da decisão colegiada, como garantia de maior segurança jurídica e em prol da presunção de constitucionalidade das leis"; em sentido similar, cf. ZAVASCKI, Teoria Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, p. 34. Há também que afirme ser a reserva de plenário uma condição de eficácia jurídica da decisão, assim como, ao mesmo tempo, uma condição imprescindível "(...) à validade de decisões dos Tribunais, em controle difuso" (SILVA, Alex Matoso. A cláusula de reserva de plenário no controle difuso da constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil: condição de validade de decisões proferidas por Tribunais. *In*: CASTRO, Dayse Starling Lima (org.). **Direito Público**, p. 28).

Sabe-se que o advento das súmulas na condição de inovador **método de trabalho** do Supremo Tribunal Federal ocorreu a partir do ano de 1964, em especial graças aos esforços de Victor Nunes Leal, pioneirismo usualmente reconhecido pela doutrina brasileira[197]. Para o autor, as súmulas representariam uma espécie de meio-termo entre o rigor dos assentos da Casa de Suplicação e a virtual inoperância dos prejulgados, tendo o valor de substituir a "(...) loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito (...)"[198].

Mais recentemente, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, houve a incorporação à ordem jurídica brasileira de súmulas dotadas de maior poder de imperatividade, notoriamente conhecidas como **súmulas vinculantes**, que projetam os seus efeitos no âmbito da Administração Pública e do restante do Poder Judiciário. A novidade dividiu a doutrina brasileira, sendo possível encontrar críticos ferozes[199], assim como defensores apaixonados.

De toda sorte, a criação parece ter se assentado na praxe jurisprudencial da Corte, conclusão a que se pode chegar ante a maior intensidade dos seus efeitos e o cabimento da reclamação constitucional no caso de inobservância do seu conteúdo, prestigiando a autoridade do Supremo Tribunal Federal. Uma consequência curiosa do grau de aceitação das súmulas vinculantes pelo STF reside na singela constatação de que, a partir do seu advento, simplesmente não mais foram criadas súmulas tradicionais, dotadas, tão-somente, de finalidade persuasiva[200].

---

[197] Cf. neste sentido, por exemplo, ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Sobre a Súmula Vinculante. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 131-132.

[198] NUNES LEAL, Victor. Passado e Futuro da Súmula no STF. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, pp. 1 e 10. Insta esclarecer que a expressão "súmula de jurisprudência predominante" teve por influência sugestão do Min. Ribeiro da Costa, consoante explanado à p. 4 do artigo citado.

[199] Neste sentido, cf. ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Sobre a Súmula Vinculante. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 138-139, que revelam a opinião da autora no sentido de que as súmulas não têm fonte legítima de representação popular, não respeitam a participação do cidadão e não garantem processo legislativo democrático. Conclui o seu texto com crítica ácida a respeito do instituto, mencionando, na página 146 do seu artigo, que: "(...) A "súmula vinculante" é, no Direito, o "silêncio obsequioso" imposto nas religiões sem democracia. E o momento não é dos mudos. A palavra é a senha do Direito. O silêncio, a sua morte".

[200] Com a mesma percepção, cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Súmula Vinculante. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**, p. 214.

Cabe salientar a existência de distinções importantes entre a súmula vinculante e o princípio do *stare decisis*, que informa a lógica de aplicação dos precedentes no sistema judicial norte-americano e que teria servido como fonte de legitimação para a opção nacional. Neste sentido cabe destacar a visão de Roger Stiefelmann Leal[201] ao diferenciar ambos os institutos, malgrado seja evidente a proximidade. O referido autor aponta, em síntese, três traços distintivos: **(I)** *origem*: o efeito vinculante foi desenvolvido no âmbito do controle concentrado, de influência austríaca, visando a impedir a reiteração do vício material de inconstitucionalidade, enquanto o *stare decisis* foi concebido no sistema de *common law* para atribuir estabilidade às relações sociais vigentes, estando dissociado do controle de constitucionalidade em sua gênese; **(II)** *abrangência*: o efeito vinculante possui natureza impositiva externa, alcançando instâncias não jurisdicionais, enquanto o *stare decisis* é associado a um mecanismo de coerência interna do próprio Poder Judiciário; **(III)** *vínculo jurídico entre a jurisprudência e os destinatários*: o efeito vinculante traduz vinculação de caráter obrigatório, enquanto o *stare decisis* evidencia a viabilidade de mecanismos de superação dos precedentes pelas instâncias de sua aplicação.

Importa salientar que, para os fins desta pesquisa, o objeto da análise será restrito à Súmula Vinculante nº 10, tendo em vista a sua clara conexão com o âmbito da reserva de plenário. O advento da Súmula Vinculante nº 10, publicada no dia 27/6/2008, trouxe grande perplexidade para a temática. Pode-se dizer que a Súmula, em essência, buscou **reafirmar** o teor do artigo 97 da Constituição Federal, na medida em que praticamente reiterou a sua redação e significado[202].

A discussão acerca do tema teve por elemento propulsor Questão de Ordem levantada no julgamento do Recurso Extraordinário 580.108, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie. Vale registrar, contudo, que os debates[203] travados durante a discussão da Sessão Ordinária do Plenário do STF a respeito da criação da súmula foram extremamente tímidos. O então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, leu o texto da proposta submetida pela Min. Ellen Gracie. A seguir, manifestou-se o Min. Marco Aurélio

---

[201] LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**, pp. 127-129.
[202] STF, Súmula Vinculante 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". Aprovação: Sessão Plenária de 18/06/2008. Fontes de Publicação: DJe nº 117, de 27/06/2008, p. 1 e DOU de 27/06/2008, p. 1.
[203] STF, DJe nº 172/2008, 12/09/2008, pp. 32-33.

concordando com a redação do enunciado, já que buscava combater o que chamou de declaração "(...) "escamoteada" de inconstitucionalidade da lei (...)"[204]. Merece registro a sugestão, efetuada pela Min. Ellen Gracie, de pequena mudança de redação da proposta original para que houvesse a reprodução do artigo 97 da Constituição[205]. Os debates posteriores transitaram ao redor de dúvida concernente à aprovação do enunciado com a menção ao termo "norma" ou então à expressão "lei ou ato normativo", tendo sido proclamada vencedora a segunda opção pelo fato de trazer maior sensação de segurança na reprodução da literalidade do artigo 97 da Lei Maior[206].

Cabe aqui esclarecer que, no momento em que houve a aprovação da Súmula Vinculante nº 10, o procedimento em si de aprovação dos enunciados dotados de força vinculante contava com fases distintas do que se exige na atualidade. À época ocorreu a aprovação direta do enunciado por meio do Plenário do Tribunal, sendo que inexistia, então, norma ou disposição regimental a respeito de como seriam considerados os requisitos formais exigidos para a edição de súmulas[207].

Causa espanto a constatação de que não houve, no procedimento de aprovação da Súmula Vinculante nº 10, a esperada fundamentação dos requisitos exigidos constitucionalmente, consubstanciados na existência de reiteradas decisões que envolvam controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e a possível multiplicação de processos sobre questão idêntica, como se depreende do cuidadoso estudo realizado por Adriana Lacombe Coiro[208]. Tudo leva a crer, portanto, que os pressupostos para edição das

---

[204] STF, DJe nº 172/2008, 12/09/2008, p. 32.

[205] STF, DJe nº 172/2008, 12/09/2008, p. 32: "A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE – Senhor Presidente, eu gostaria apenas, como autora da proposta, de sugerir uma pequena alteração, que me foi alcançada pelo colega Ministro Carlos Britto. Na redação que Vossas Excelências têm em mãos, quando se diz: "não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma" substitua-se esse termo "norma" por "lei ou ato normativo do poder público". Com isso estaremos reproduzindo o texto do art. 97 da Constituição. Acato essa ponderação do Ministro Carlos Brito, penso que enriquece a redação".

[206] STF, DJe nº 172/2008, 12/09/2008, pp. 32-33. A Ministra Ellen Gracie sugeriu a expressão "lei ou ato normativo" a partir de ponderação do Ministro Carlos Britto, tendo sido também acompanhada pelos Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes. Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso defendeu a expressão "norma", justificando estar correta a Proposta original e equivocada a Constituição. Concordaram com o Min. Peluso os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio.

[207] Neste sentido, cf. COIRO, Adriana Lacombe. Aos Ministros, tudo? Uma análise da aplicação dos requisitos constitucionais na elaboração de súmulas vinculantes. **Revista de Direito do Estado**, p. 165. Em idêntico sentido, cf. JUNQUEIRA, Maria Olívia Pessoni. A Construção da Súmula Vinculante pelo STF: Impressões sobre as Primeiras Experiências. *In*: VOJVODIC, Adriana et. al. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**, p. 214, nota de rodapé nº 9, assim como p. 216.

[208] COIRO, Adriana Lacombe. Aos Ministros, tudo? Uma análise da aplicação dos requisitos constitucionais na elaboração de súmulas vinculantes. **Revista de Direito do Estado**, p. 172.

súmulas vinculantes não são respeitados como deveriam, conclusão da autora ao examinar número significado de enunciados, inclusive[209].

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[210] reconhecia a necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário de modo consolidado, sendo necessária a obtenção de entendimento favorável por parte do Pleno ou Órgão Especial do Tribunal para a proclamação da inconstitucionalidade. Ocorre que, em diversos casos, sob o pretexto de que não se trataria de **declaração** de inconstitucionalidade, mas sim do simples **afastamento** da aplicação de leis e atos normativos, houve a efetiva desconsideração, por Órgãos Fracionários de Tribunais, da esperada submissão da análise relativa à inconstitucionalidade ao Pleno ou Órgão Especial da Corte respectiva. Tal conduta dos Órgãos Fracionários tornou-se comum, ensejando a evidente desconsideração do teor do artigo 97 da Constituição Federal[211].

Tais constatações deflagraram, portanto, o contexto propício para o advento do enunciado da Súmula Vinculante nº 10. Interessante notar, ainda, que a jurisprudência do Supremo já reconhecia, antes do advento do referido enunciado, que o afastamento da incidência de norma ordinária seria equivalente à declaração de inconstitucionalidade, tendo a Súmula em questão se valido da prévia experiência do Tribunal em casos correlatos.

Acredito ter havido, em verdade, um **quase pleonasmo** na edição do enunciado. A essência da construção jurisprudencial do Supremo garante seja respeitado o *quórum* do

---

[209] A respeito, cf. JUNQUEIRA, Maria Olívia Pessoni. A Construção da Súmula Vinculante pelo STF: Impressões sobre as Primeiras Experiências. *In*: VOJVODIC, Adriana et. al. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**, p. 225: "A observação da prática de elaboração das súmulas revelou que não há uma consideração sistemática dos ministros acerca dos pressupostos constitucionais".

[210] Neste sentido: STF, HC 69.921, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/03/93, pp. 641-642: "(...) No caso, a decisão ora questionada efetivamente ofendeu o princípio da reserva de Plenário proclamado pelo art. 97 da Constituição, eis que, não assistia à Seção Criminal do Tribunal de Justiça o poder de declarar a ilegitimidade constitucional de qualquer ato emanado do Poder Público. O pronunciamento desse órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul desrespeitou o postulado inscrito no art. 97 da Constituição Federal".

[211] Vale dizer, ainda, ser comum, ao menos na experiência de São Paulo, o uso de habeas corpus e de recursos nos Tribunais Superiores para fazer valer as súmulas dos próprios Tribunais, por vezes descumpridas por órgãos jurisdicionais. Agradeço ao amigo Marco Antônio Corrêa Monteiro a observação, que pode ser extraída de estudo específico, realizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Destaco, no particular, o uso do remédio constitucional pela Defensoria para promover o respeito às Súmulas 443, 492, 718, 719, todas do STF, assim como à Súmula 440 do STJ, o que consistiu em parte significativa das teses de maior incidência na amostra do ano de 2012 (Fonte: "Relatório de estudo: o uso do *habeas corpus* pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo", p. 30. Disponível em: www.defensoria.sp.gov.br. Acesso em: 08/01/2014).

artigo 97 da Constituição nos casos em que houver decisão das Cortes em prol da inconstitucionalidade, o que não traz, no particular, grande novidade no tratamento do assunto. Todavia, não ocorre pleonasmo completo ante a criação do enunciado porque há algo de novo, embora modesto, por ele trazido: a garantia de que a reserva de plenário também se mostra exigível nos casos em que o Tribunal negar aplicação à lei ou ato normativo, conduta que alguns Órgão Fracionários não enxergavam como equivalente à proclamação de inconstitucionalidade, dispensando a instauração do incidente.

Nota-se que a doutrina nacional[212] comemorou, por tal razão, o advento do enunciado, já que homogeneizou a exigibilidade da reserva de plenário tanto nos casos em que houver proclamação explícita de inconstitucionalidade quanto nas situações de negativa de aplicação de lei ou ato normativo, que dependem de aferição prévia de sua compatibilidade com a Constituição. Aparentemente, o advento da Súmula atingiu efeito pedagógico, portanto, permitindo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional nos Tribunais brasileiros[213]. E não deixa de ser surpreendente o fato de ser necessária a edição de uma súmula vinculante para o resguardo de um enunciado legal, que já deveria ter natural autoridade. Talvez seja correta a acepção de que, por vezes, a lei acaba por ter força menor do que a própria súmula vinculante, consoante a curiosa percepção de Lênio Luiz Streck[214].

---

[212] Neste sentido, cf. a opinião de José Levi Mello do Amaral Júnior: "Porém, há diversos julgados que contornam a reserva de plenário ao argumento – tão comum quanto equivocado – de que haveria diferença entre: (1) declarar inconstitucional; e (2) negar aplicação a uma lei ou ato normativo do poder público. Ora, a aplicação é negada porque há prévio juízo de inconstitucionalidade (o que, insista-se, em tribunais, requer manifestação do plenário ou do órgão especial). Para espancar dúvidas, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 10 (…) Portanto, a violação à reserva de plenário permite o ajuizamento de reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, cuja decisão tem efeito cassatório para o fim de determinar ao tribunal reclamado que processe o incidente de inconstitucionalidade, manifestando-se expressa e diretamente sobre a questão constitucional" (BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**, p. 1220); em sentido similar, cf. MACHADO, Hugo de Brito. A Reserva de Plenário e a Decisão Cautelar Monocrática nos Tribunais. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, p. 68.

[213] AMORIM PEREIRA, José Eduardo Penna. Desafios da Reserva de Plenário. *In*: MACIEL, Adhemar et. al. **Estudos em Homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza**, p. 125.

[214] STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, Vaguezas e Ambigüidades: Necessitamos de uma "Teoria Geral dos Precedentes"? **Direitos Fundamentais & Justiça**, p. 185: "(...) *No fundo, não há maiores diferenças entre uma lei e uma súmula*: a diferença é que, por incrível que possa parecer, às SVs os juristas respeitam. E a lei? Bem, a lei acaba tendo menos força que as SVs. Por exemplo: antes da SV nº 10, os Tribunais eram useiros e vezeiros em não suscitar incidentes de inconstitucionalidade. Isto é, não obedeciam ao art. 97 da CF e ao art. 480 e segs do CPC. Com a edição da SV nº 10, passaram a obedecer. *Aliás, até demais, uma vez que agora nem mais fazem interpretação conforme e nulidade parcial sem redução de texto*. E olha que a SV nº 10, examinada em seu "DNA", nem trata desses dois mecanismos hermenêuticos. Sintomas da crise, pois não?".

Cabe destacar a existência, na doutrina minoritária, de opiniões no sentido de que o advento da Súmula Vinculante nº 10 teria ensejado a supressão do exercício do controle concreto de constitucionalidade. Esta foi, por exemplo, a lição de Ives Gandra da Silva Martins, em artigo publicado na Gazeta Mercantil[215], exposta a seguir:

> A redação ofertada pelo S.T.F. à Súmula Vinculante de n. 10 tem provocado perplexidade nos meios jurídicos e está a merecer, por parte do Pretório Excelso, maior explicitação quanto ao seu conteúdo. É que, pela literal interpretação do texto sumulado, a partir de sua edição, nenhum magistrado de 1ª e 2ª instâncias ou de Tribunais Superiores poderá decidir sobre questões que envolvam direta ou indiretamente inconstitucionalidades, a não ser que o plenário dos Tribunais declare o dispositivo inconstitucional. O artigo 97 da C.F. não tem dicção tão radical (...) A Súmula 10 (...) não trata de declaração formal, mas do afastamento da incidência de norma inconstitucional, em controle difuso, com o que, de rigor, veda a qualquer magistrado de 1ª e 2ª instância ou dos Tribunais Superiores, monocraticamente ou em Câmaras e Turmas, decidir sobre qualquer questão que envolva a constitucionalidade de normas, para afastá-las. O controle difuso é, portanto, fulminado pela Súmula. Os magistrados – se for esta a interpretação da Suprema Corte, que não creio – terão que se julgar incompetentes para decidir questões que envolvam, direta ou indiretamente, a alegação de incidência inconstitucional de norma.

Malgrado tenha contado com opinião favorável[216], a visão defendida por Ives Gandra encontra-se equivocada[217]. Há de se destacar o fato de que a criação da Súmula foi direcionada para garantir a integridade do artigo 97 da Constituição, historicamente associado ao desempenho da declaração de inconstitucionalidade em Tribunais, e que convive, harmonicamente, com o desempenho do controle concreto, exercitado por órgãos monocráticos. A opinião dos que advogam a tese da vedação da citada fiscalização por órgãos monocráticos a partir do advento da Súmula lembra a tese anteriormente advogada por Alcides Mendonça de Lima e Vicente Chermond de Miranda, anteriormente mencionados nesta pesquisa, cujos argumentos restaram superados pela opinião doutrinariamente preponderante. Cabe então ressaltar o quanto o artigo 97 e a Súmula nº 10 foram voltados para Tribunais, e não para o Juízo Monocrático.

---

[215] MARTINS, Ives Gandra da Silva. Impacto da Súmula Vinculante 10 do STF. **Gazeta Mercantil**, 14/07/2008. Disponível em: www.gandramartins.adv.br. Acesso em: 02/10/2013.

[216] Neste sentido, cf. PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. A concentração do controle jurisdicional de constitucionalidade: Súmula Vinculante 10. *In*: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coordenação). **Constituição Federal**, p. 469: "A súmula em questão, ao castrar o controle jurisdicional difuso de constitucionalidade de sua principal expressão, que é aquela exercida singularmente – salvo eventual explicitação ou correção do seu texto – contribuirá, ainda, para a paralisia do Judiciário, que ficará em constante compasso de espera das decisões a serem proferidas pelos órgãos especiais ou cortes especiais sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo para, daí, exercer, incidentalmente, o controle de constitucionalidade, destinado a garantir a efetividade dos direitos e garantias constitucionais".

[217] Em idêntico sentido, cf. NOGUEIRA, Gustavo; MONTEZ, Marcus. A Súmula vinculante 10: tautologia ou inovação? **Revista de Processo**, p. 247.

Vale dizer, entretanto, que o advento da súmula não sanou diversos problemas relativos à reserva de plenário na jurisprudência do Supremo. Neste sentido, têm razão Gustavo Santana Nogueira e Marcus Vinícius Lopes Montez[218] ao mencionar uma pluralidade de questões que não foram solucionadas ante o advento da Súmula Vinculante nº 10, o que pode atrasar ainda mais o fornecimento da prestação jurisdicional pelas incertezas que perduraram a respeito da ferramenta aludida.

A conclusão a que se pode chegar acerca da Súmula Vinculante nº 10 é a de que representou a **quase reiteração** do artigo 97 da Constituição, motivada pelo intuito pedagógico de obrigar os Órgãos Fracionários à deflagração do incidente de inconstitucionalidade mesmo nos casos de afastamento da aplicação de lei ou ato normativo, os quais, em essência, também correspondem à declaração de inconstitucionalidade.

Sabe-se de quando a reserva de plenário é exigível nos Tribunais, conforme a exposição anterior. Surge, entretanto, uma dúvida interessante a respeito da sua aplicação no âmbito do Supremo Tribunal Federal: **seria a reserva de plenário aplicável ao STF também?** A doutrina habitualmente menciona que sim[219], tratando-se o STF, por óbvio, de um Tribunal, devendo seguir a prescrição contida no artigo 97 da Constituição. Todavia, cabe aqui chamar a atenção para o julgamento do RE 361.829, Relatado pela Min. Ellen Gracie, ocasião em que salientou a ausência de violação ao artigo 97 da Constituição nos casos em que as Turmas do STF, por expressa disposição regimental, examinam recurso extraordinário e eventual violação da Constituição[220]. O Tribunal, então, assentou exercer,

---

[218] NOGUEIRA, Gustavo Santana; MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. A Súmula Vinculante 10: tautologia ou inovação? **Revista de Processo**, pp. 253-257.

[219] Por exemplo, cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1126: "(...) o STF tem que seguir a cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CR/88? Sim, pois o STF, obviamente, também é Tribunal (art. 92 da CR/88). Nesse sentido, só quem pode declarar a inconstitucionalidade de norma objeto de um caso concreto é o Pleno do STF e por maioria absoluta, tendo em vista que o STF não tem Órgão Especial".

[220] STF, Rel. Min. Ellen Gracie, RE 361.829-ED/RJ, DJe 19/03/2010, p. 496: "Não há falar, também, em violação ao art. 97 da Constituição Federal pelo acórdão ora embargado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal exerce por excelência o controle de constitucionalidade, ainda que de maneira difusa quando da apreciação do recurso extraordinário. Ademais, por expressa disposição regimental, as Turmas integrantes do STF detém competência para julgamento de recurso extraordinário, via apropriada à discussão de violação constitucional". Na doutrina, cf., por exemplo, NETO, Nelson Monteiro. Ofensa ao Princípio da Reserva de Plenário: Anulação de Acórdão "Declaratório de Inconstitucionalidade" Proferido por Turma de Tribunal. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, pp. 92-93: "(...) a própria Constituição (...) autoriza o intérprete a defender a tese de que o princípio da reserva de plenário, a que alude o art. 97, de modo geral,

por excelência, o controle na modalidade difusa "(...) quando do julgamento de recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal".[221]

A seguir, cabe aqui realizar um esforço de sistematização da jurisprudência do STF para que seja possível saber quando a reserva de plenário mostra-se desnecessária. Nota-se, pois, a **inaplicabilidade** da cláusula da reserva de plenário nos seguintes casos:

(I) **Apreciação de inconstitucionalidade por Turmas Recursais de Juizado Especial**[222]: No caso, o principal precedente do STF sobre o assunto não revela com clareza as razões pelas quais ocorre a inaplicabilidade da reserva de plenário às turmas recursais de Juizado. A compreensão parece derivar da natureza jurídica das referidas Turmas, que **não seriam, propriamente, Tribunais**, não se sujeitando à regra do artigo 97 da Constituição[223]. A doutrina parece também se inclinar neste sentido, sendo exemplo a visão de Clèmerson Cléve, ao afirmar que a norma do artigo 97 da Constituição foi pensada para Tribunais, referindo-se especificamente aos Órgãos Colegiados do Poder Judiciário "competentes para o julgamento de recursos (mas não apenas de recursos: competência originária) interpostos contra decisões judiciais de primeiro ou de segundo graus (por isso excetuam-se os juizados especiais ou tribunais de pequenas causas)"[224]. Em sentido semelhante também é possível citar a opinião de Alcides de Mendonça Lima, que entendeu que "(...) o intuito do legislador constituinte, desde 1934, foi outorgar competência aos tribunais colegiados, como órgãos de segunda instância". Logo, em sua opinião, "(...) um órgão de primeira instância, mesmo colegiado, como as juntas de conciliação e julgamento, da Justiça do Trabalho, não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei"[225]. Em idêntico sentido manifestam-se Celso Ribeiro

---

não incide sobre as decisões proferidas pelas Turmas do STF, e isso por interpretação sistemática".

[221] STF, Rel. Min. Ellen Gracie, RE 361.829-ED/RJ, DJe 19/03/2010, pp. 491-492.

[222] STF, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 453.744-3, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 25/08/06, p. 937: "A regra da chamada reserva de plenário para decretação de inconstitucionalidade (art. 97 da CF) não se aplica, deveras, às turmas recursais de Juizado Especial. Mas tal circunstância em nada atenua nem desnatura a rigorosa exigência de juntada de cópia integral do precedente que tenha, ali, pronunciado inconstitucionalidade de norma objeto de recurso extraordinário fundado no artigo 102, III, b, da Constituição da República, pela mesmíssima razão por que, a igual título de admissibilidade do recurso, não se dispensa juntada de cópia do acórdão oriundo de plenário".

[223] Neste sentido, cf. CARDOSO, Oscar Valente. Declaração de Inconstitucionalidade, Reserva de Plenário e Competência das Turmas Recursais. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, pp. 105-107.

[224] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, pp. 103-104.

[225] LIMA, Alcides de Mendonça. Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. **Revista**

Bastos e Ives Gandra Martins, ao lecionar ser determinação do Texto Constitucional "(...) a votação da maioria absoluta quando a declaração de inconstitucionalidade for proferida por Tribunal. Condição não exigida quando se tratar de colegiados de 1º grau"[226].

Contudo, importa aqui destacar a visão de Ronaldo Poletti, ao mencionar que a regra do *quórum* se aplica às Juntas de Conciliação e Julgamento, assim como aos Tribunais de Contas[227].

(II) **Recepção de Direito Anterior pela Constituição vigente**[228]: prevalece na jurisprudência a noção de que o direito pré-constitucional incompatível com a Constituição superveniente seria por ela revogado, não sendo possível falar em inconstitucionalidade. Logo, torna-se desnecessária a instauração do incidente. O tema exige maior aprofundamento da pesquisa, e será examinado em tópico autônomo;

(III) **Ausência de Juízo de Inconstitucionalidade**[229]: trata-se de situação de natureza óbvia. A reserva de plenário apenas deve ser aplicada quando houver efetivo juízo de incompatibilidade entre leis e atos normativos frente à Constituição. Inexistente a incompatibilidade, não há que se falar na imposição da aludida reserva;

(IV) **Apreciação de Medida Cautelar**[230]: A regra geral no que tange à apreciação da medida cautelar exige que também ocorra a sua sujeição à reserva de plenário. Sendo

---

Forense, p. 354.

[226] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, pp. 82-83.

[227] POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**, p. 197.

[228] STF, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 582.280-3, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/11/06, em especial pp. 1201-1202: "Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação do diploma pré-constitucional) – dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrada (RTJ 95/980 – RTJ 95/993 – RTJ 99/544 – RTJ 143/355 – RTJ 145/339, v.g.)".

[229] STF, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 575.895, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 05/04/11, pp. 134-135: "É importante frisar que, para a caracterização da ofensa ao art. 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*), é necessário que a norma aplicável à espécie seja efetivamente afastada por alegada incompatibilidade com a Constituição, o que não se deu na espécie dos autos. Assim não incidindo a norma no caso e não tendo sido ela discutida, não se caracteriza ofensa à Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal (…) Finalmente, também resta evidente que não ocorreu violação à reserva de Plenário, pois o embasamento da decisão em princípios constitucionais não resulta, necessariamente, em juízo de inconstitucionalidade".

[230] STF, Ag. Reg. na Reclamação 10.864, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 13/04/11, p. 6: "Na espécie vertente, não foi afastada a incidência ou declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pois que a medida

assim, pode-se dizer que, no universo do controle concentrado-principal, tanto a decisão definitiva quanto a decisão cautelar acerca do pleito de inconstitucionalidade demandam a observância da reserva de plenário. Contudo, nos casos em que houver impossibilidade de reunião dos integrantes do Pleno – o que ocorre, por exemplo, nos casos de recesso ou em período de férias – concede-se ao Relator a **dispensa** da reserva de plenário para apreciação da cautelar, que fica sujeita ao posterior referendo do Plenário quando for possível a respectiva análise da questão[231].

(V) **Simples aplicação de jurisprudência firmada pelo Pleno ou pelas Turmas da Corte**: ocorre aqui a aplicação de casos que obtiveram solução análoga em hipóteses correlatas, nas quais já houve o recurso à reserva de plenário. Sendo assim, por razões justificáveis de economia processual, fica dispensada nova consulta ao Plenário, já que já se sabe qual será o resultado da provocação do Pleno ou do Órgão Especial.

3.4 Questões Processuais Diversas acerca do Incidente de Inconstitucionalidade e da Reserva de Plenário

Este tópico tem por objetivo reunir as principais questões processuais debatidas no âmbito do incidente de inconstitucionalidade, visualizadas na medida no debate constitucional que ensejam.

3.4.1 Incidente de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória Incidental

Sabe-se que a apreciação de questão prejudicial pelo Órgão Jurisdicional, no caso concreto, não faz coisa julgada, consoante previsão expressa do inciso III do artigo 469 do Código de Processo Civil. Todavia, existe um mecanismo para dotar a apreciação de uma questão prejudicial da amplitude dos efeitos albergados pela coisa julgada, o que ocorre quando proposta ação declaratória incidental, nos termos dos artigos 5º e 325 do diploma processual civil.

---

cautelar requerida na ação direta de inconstitucionalidade estadual foi indeferida. Ademais, a decisão reclamada foi proferida em sede cautelar, razão pela qual não se faz necessária a aplicação da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição da República. O art. 97 objetiva que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público seja declarada apenas pelo voto da maioria absoluta dos membros de um tribunal ou dos membros do seu respectivo órgão especial".

[231] MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, p. 9.

Desta forma, a ação declaratória incidental revela-se instrumento apto a possibilitar o alcance da coisa julgada em se tratando da apreciação de prejudicial no decorrer de um processo, sendo necessário, para tanto, o preenchimento de alguns requisitos na análise da referida questão: **(I)** provocação da parte via ação declaratória incidental; **(II)** tratar-se de tema que constitua pressuposto para o julgamento da questão principal; **(III)** possuir o Magistrado competência em razão da matéria para proferir a respectiva decisão[232]. Com a deflagração da referida ação declaratória opera-se, portanto, uma cumulação sucessiva de pedidos[233].

Não se admite, contudo, que a questão incidental de inconstitucionalidade seja objeto de ação declaratória incidental, o que significaria **usurpação da competência** dos Órgãos de Cúpula no exercício do controle concentrado/principal, desrespeitando o terceiro requisito acima mencionado[234]. Deste modo, os processos de controle concreto de constitucionalidade de competência de Juízes e Tribunais brasileiros não permitem ocorra a propositura da ação declaratória incidental.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari[235] distinguiu, com acerto, o incidente de inconstitucionalidade da ação declaratória incidental com base em alguns traços marcantes, sistematizados a seguir: **(I)** a ação declaratória é processada em autos apensos ao feito principal, enquanto a questão incidental é sanada nos mesmos autos do caso concreto que lhe deu origem; **(II)** a decisão da ação declaratória incidental faz coisa julgada, o que não ocorre com a decisão proferida em caso concreto de controle concreto.

Em síntese, é possível registrar a ocorrência, então, de eficácia distinta em cada realização de controle no Brasil: **(I)** a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Juiz singular, monocraticamente, gera efeitos para as partes do processo; **(II)** a decisão de inconstitucionalidade proferida pelos Tribunais nos casos concretos sujeitos à sua apreciação também gera, a princípio, efeitos apenas para as partes do processo; **(III)** a

---

[232] Neste exato sentido, cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 3º Volume, pp. 69-70.
[233] AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º Volume, p. 262.
[234] Neste sentido, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Coisa Julgada e Controle Incidental de Constitucionalidade. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, pp. 155-156.
[235] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**, p. 198.

decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em casos concretos sujeitos à sua análise, gera, a princípio, efeitos para as partes do processo, havendo a possibilidade de que o Senado amplie o alcance da decisão a partir do emprego do quanto previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição.

3.4.2 Incidente de Inconstitucionalidade, Reserva de Plenário e Direito Anterior à Constituição

A jurisprudência do STF revela a tradicional inclinação pela desnecessidade de instauração da reserva de plenário em se tratando de afastamento da aplicação do Direito Anterior. Tal perspectiva pode ser extraída de julgados antigos, tendo um dos seus momentos mais marcantes na história da jurisprudência do Tribunal com o julgamento da ADI 2, ocasião em que foram opostos os Votos dos Ministros Paulo Brossard e Sepúlveda Pertence, sendo abraçada pelo primeiro a posição que veio a se sagrar vencedora no STF. A referida ação representa o precedente mais importante sobre o assunto[236].

O Tribunal teve de lidar, no julgamento do caso, com a tomada de posição entre duas teses argumentativamente sedutoras: **(I)** a tese da **inconstitucionalidade superveniente** da legislação anterior pelo advento do novo Texto; **(II)** a tese da **revogação** das leis anteriores pela Constituição Nova. A Corte inclinou-se pela segunda tese, crendo na revogação de leis e atos normativos do Poder Público que tenham sido editados anteriormente ao Texto Constitucional Novo, mas que com ele não mantenham relação de compatibilidade. A visão encontrou apoio doutrinário[237].

Também é possível encontrar na doutrina autores que defendem a revogação do Direito Anterior pela Constituição Nova, como se depreende, por exemplo, da visão de Caio Tácito, publicada logo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, ao

---

[236] Neste sentido, vislumbrando a ADI 2 como o principal precedente em pesquisa jurisprudencial sobre o assunto, cf. ANDRADE, Luciana Sater de. Controle de Constitucionalidade das Normas Pré-Constitucionais na Jurisprudência do STF – O Julgamento da ADI 02, as Razões Determinantes do Tribunal e as Consequências da Postura Adotada. *In*: COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M. (Organizadores). **Jurisprudência Constitucional**, p. 199, p. 202, nota de rodapé nº 10, e p. 214.

[237] Neste sentido, cf. POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**, p. 174; APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**, p. 18.

mencionar que "(...) o direito anterior é *recebido* pela nova ordem constitucional, quando com ela se harmonize (...)"[238], não anulando o ordenamento jurídico que a precede.

A questão subjacente à propalada inaplicabilidade da reserva de plenário no afastamento de aplicação do Direito Anterior tem por base a própria noção do significado da expressão inconstitucionalidade. A jurisprudência da Corte Suprema construiu um significado de inconstitucionalidade associado à **contemporaneidade**, no sentido de que apenas leis e atos normativos editados **após** o advento de Texto Constitucional Novo podem ser perante ele eventualmente incompatíveis. Malgrado existam bons argumentos para tanto, também não se pode negar a direta consequência da assunção da teoria, que se reflete na imediata redução de processos no Tribunal.

Creio que o principal argumento para a adoção da tese da inconstitucionalidade superveniente resida na aferição conceitual do termo **inconstitucionalidade**. Creio que esta deva ser associada ao combate de **toda e qualquer violação normativa** ao conteúdo da Lei Maior. É de interesse público combater todo e qualquer tipo de respeito normativo praticado pelo Poder Público em relação ao Texto Constitucional, providência que convive com uma jurisprudência restritiva, levada a reduzir, na prática, a quantidade de processos no Tribunal por uma razão de sobrevivência.

É preciso, em respeito à própria Constituição, conceber a inconstitucionalidade como toda e qualquer violação ao Texto Maior, empregando, para tanto, o recurso a uma dimensão normativa ampliada. Tal posição, por óbvio, não pode ser assumida desde logo, tendo em vista a imensidão de processos que, pragmaticamente, condiciona a atuação de uma Corte que tem como função primordial servir de guardiã da Constituição e de fonte de homogeneidade decisória para Juízes e Tribunais no País. Em verdade, o que se percebe é que as disfunções que marcam o acesso à Corte, trazendo-lhe pluralidade imensa de feitos a julgar, é que têm contribuído para a construção da tão questionável **jurisprudência defensiva**, que floresce alimentada pela concreta necessidade de redução de processos, ao

[238] TÁCITO, Caio. Como fazer valer a Constituição? *In*: **Revista de Direito Administrativo**, p. 13: "Uma Constituição nova revoga, por inteiro, a Constituição anterior. Não anula, porém, todo o ordenamento jurídico que a precede. A legislação existente permanece válida e eficaz na medida em que não seja incompatível com as normas da nova Constituição. Domina, na hipótese, o princípio da continuidade do ordenamento jurídico, que é fundamental ao equilíbrio estável das relações jurídicas e à garantia dos direitos e deveres constituídos. Nesse sentido, a doutrina consolidou a chamada *teoria da recepção*: o direito anterior é *recebido* pela nova ordem constitucional, quando com ela se harmonize".

arrepio, por vezes, da solidez conceitual e da segurança jurídica. A situação é tão grave que chegou a ocasionar, recentemente, a suspensão, no dia seguinte, de uma súmula vinculante que havia sido aprovada pelo Plenário no dia anterior, o que ocorreu graças a um equívoco apontado pelo Ministro Dias Toffoli[239].

Também é importante registrar que, além do argumento de cunho conceitual, a doutrina [240] que se inclina em prol da admissibilidade da inconstitucionalidade superveniente reforça critério importante, no sentido de que a revogação apenas seria admissível em se tratando de normas que ocupam o **mesmo degrau hierárquico**, o que à evidência não ocorre em se tratando do cotejo entre o patamar inferior e o Texto Maior.

Vale registrar, ainda, que existem exemplos de ordenamentos no Direito Estrangeiro que acolhem a apreciação, na via concentrada, da legislação anterior ofensiva da Constituição vigente no âmbito do conceito de inconstitucionalidade, como se percebe, por exemplo, da experiência da Itália[241].

Acredito, portanto, futuramente, na revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que seja capaz de fornecer uma tutela jurisdicional mais consentânea com a tarefa de guardião da Constituição contra toda e qualquer violação normativa que possa malferir o seu conteúdo. É preciso, pois, privilegiar o sentido amplo da inconstitucionalidade em prol da democracia brasileira, intento que só se tornará possível quando, pragmaticamente, houver menor quantidade de processos levados ao Tribunal, devidamente filtrados por meio de institutos capazes de fornecer um tratamento restritivo, que assegure ao Supremo Tribunal Federal o papel de efetivo guardião da Constituição.

3.4.3 Incidente de Inconstitucionalidade, Reserva de Plenário e Técnicas de Decisão no Controle

[239] A respeito, cf. COIRO, Adriana Lacombe. Aos Ministros, tudo? Uma análise da aplicação dos requisitos constitucionais na elaboração de súmulas vinculantes. **Revista de Direito do Estado**, pp. 196-198.

[240] Neste sentido, cf. COSTA, José Rubens. Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, p. 55: "(...) Dizer se uma norma posterior à Constituição é inconstitucional em nada difere do dizer se uma norma anterior está revogada ou não recepcionada. Mais ainda, em nada difere do estabelecer se uma lei posterior é ou não constitucional. Mormente se considerada a razão do controle de constitucionalidade, *afastar as controvérsias e estabelecer a segurança jurídica em sendo questionada a norma* diante da Constituição. Assim não se cuida de exigir do legislador do passado visão prospectiva de inconstitucionalidade, mas exame contemporâneo do julgador do presente".

[241] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa). **Revista de Direito Administrativo**, p. 162.

Sabe-se que as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração de nulidade sem redução de texto estão previstas no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99 [242] , legislação destinada a reger os processos da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica e por Omissão, bem como da Ação Declaratória de Constitucionalidade. A Lei nº 9.868/99 representa, em verdade, verdadeiro **paradigma do processo objetivo brasileiro**, ao retratar as principais regras a serem observadas na tramitação de ações que destoam da tradicional lógica do processo civil.

Surgiu a dúvida, então, a respeito da aplicabilidade do conteúdo da Lei nº 9.868/99 no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, marcado pela existência de relação jurídica específica em concomitância com a apreciação da inconstitucionalidade como questão prejudicial. Este tópico tem por objetivo examinar a aplicabilidade, em particular, das técnicas decisórias previstas no referido diploma normativo, para que seja possível conhecer a eventual necessidade de instauração de incidente de inconstitucionalidade.

Cabe registrar, desde logo, que a jurisprudência do STF consagra a inaplicabilidade das técnicas da interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade sem redução de texto ao âmbito do controle concreto[243]. A visão, entretanto, não merece prosperar.

Ambas as técnicas de hermenêutica mencionadas partem da distinção entre **texto** e **norma**, ou seja, entre a previsão literal e os significados que podem ser construídos a partir de sua aplicação concreta. Ocorre, no caso, a filtragem, pelo STF, do sentido que deve

---

[242]Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

[243] STF, RE 460.971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/03/2007, p. 922. Merece registro, em especial, o RE 184.093-5, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 05/09/97, p. 870: "Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição, e isso porque, nesse sistema de controle, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta".

prevalecer em relação à aplicabilidade de alguma lei ou ato normativo, o que também possui eficácia vinculante em relação aos demais Juízes e Tribunais, assim como no que diz respeito à Administração Pública, direta ou indireta.

Sendo assim, na **interpretação conforme a Constituição** o que se tem, concretamente, é a eleição da variante interpretativa prevalecente na análise hermenêutica do objeto de investigação, evitando-se a proclamação da contrariedade ao Texto Maior. Não ocorre, portanto, juízo de inconstitucionalidade, o que torna desnecessária a instauração do incidente de inconstitucionalidade, com a remessa da questão ao Pleno ou Órgão Especial do Tribunal. Contudo, nos casos de **declaração de nulidade sem redução de texto**, ocorre efetiva manifestação do Tribunal a respeito de uma contrariedade ao Texto Constitucional que não mais pode persistir, o que exige a instauração do incidente de inconstitucionalidade. Sendo assim, torna-se viável o emprego de ambas as técnicas decisórias no âmbito do controle concreto de constitucionalidade.

3.4.4 Incidente de Inconstitucionalidade: Recursos e Súmulas Aplicáveis

Como anteriormente exposto, o que ocorre no caso de julgamento de um incidente de inconstitucionalidade é a **cisão da competência**, fazendo com que a prejudicial de inconstitucionalidade seja deslocada para a apreciação do Pleno ou Órgão Especial do Tribunal, perdurando com o Órgão Fracionário a competência para julgamento da questão principal.

Na esfera processual houve debate a respeito de qual seria a instância alvo dos eventuais recursos nos casos de irresignação com o *decisum* proferido. Além disso, questionou-se se seriam cabíveis embargos infringentes da decisão acerca da inconstitucionalidade. Ambas as temáticas foram solucionadas a partir da edição de algumas Súmulas relevantes, merecendo destaque as de nº 293, 455 e 513, todas do Supremo Tribunal.

A Súmula 293 do STF[244] reforçou a inadmissibilidade dos embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao Plenário dos Tribunais. A Súmula

[244] Súmula Nº 293. São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional

455 do STF[245], por sua vez, reconheceu que da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional. Parece que, em ambos os casos, houve notória preocupação com a integridade da posição jurisprudencial assumida pelo Tribunal no julgamento da sensível temática da inconstitucionalidade, evitando, por conseguinte, possível risco de mudança abrupta de entendimento, em desapreço à segurança jurídica.

Por sua vez, a Súmula 513 do STF[246] assegurou que a decisão que desafia a interposição eventual de recurso ordinário ou extraordinário não é a do Plenário, que resolve o incidente, mas sim a do Órgão Fracionário (Câmaras, Grupos ou Turmas), que integra o julgamento do feito[247]. Neste caso a súmula reforça a natureza prejudicial da questão de inconstitucionalidade examinada no âmbito do controle concreto, ressaltando tratar-se de elemento chave para a compreensão da questão principal da causa. Tem-se como consequência que os recursos de natureza ordinária ou extraordinária, eventualmente interpostos, devem ter como referência a questão principal da causa, decidida pelo próprio Órgão Fracionário.

Da apreciação dos enunciados sumulares anteriormente transcritos nota-se que o Supremo Tribunal Federal primou, na interpretação do regramento do incidente de inconstitucionalidade, por salvaguardar a decisão do Plenário ou Órgão Especial que decide a questão de inconstitucionalidade, obstando o emprego dos embargos infringentes. Enfatizou, ainda, a natureza prejudicial da apreciação do assunto, na medida em que a decisão que pode ser combatida pela via do recurso ordinário ou extraordinário é, em verdade, a proferida pelo próprio Órgão Fracionário, e não a do Plenário.

---

submetida ao Plenário dos Tribunais.

[245] Súmula Nº 455. Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional.

[246] Súmula Nº 513. A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do Plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito.

[247] Na doutrina, em idêntico sentido, cf. DINIZ, José Janguiê Bezerra. Controle incidental de constitucionalidade das normas. **Revista Jurídica Trimestral**, p. 65: "Por fim, registre-se, por oportuno, que a decisão do "órgão fracionário" que acolhe ou não a argüição é irrecorrível. Da mesma forma, perante o órgão especial ou plenário, a decisão que declara ou não a inconstitucionalidade da lei ou do ato também é irrecorrível, admitindo-se recurso apenas do acórdão do "órgão fracionário" que decidir o processo, já que somente com esse acórdão se completará o julgamento".

Tais posturas deixam claro o intuito de reforçar o cunho prévio da questão de inconstitucionalidade em relação à questão principal da causa.

Capítulo 4. DEBATE INTERNACIONAL E EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Após a análise a respeito do controle de constitucionalidade brasileiro, bem como sobre a origem do incidente de inconstitucionalidade e as principais características do seu funcionamento processual, impende examinar de que modo a experiência estrangeira pode servir de exemplo para o aperfeiçoamento da realidade nacional.

Não se trata, por óbvio, de querer transplantar realidade alienígena construída em contexto cultural, social e histórico profundamente distinto, mas sim a de apreender elementos que possam servir para um melhor entendimento da realidade brasileira a respeito do instituto.

Vale registrar que a preocupação com a importação acrítica de soluções externas assume maior relevo em se tratando das peculiaridades enfrentadas pela América Latina, local marcado por tradicional aceitação de teorias alheias sem que haja maior meditação a respeito. Deve-se estar ciente da advertência formulada por Jorge Esquirol[248] ao descrever a realidade latino-americana como praticante, por vezes, de simples imitação da produção legal européia, percepção que deve ser combatida para que enfim seja possível alcançar a necessária ousadia de compreender o nosso contexto próprio de aplicação, propício ao desenvolvimento de teorias factíveis para nossas peculiaridades. O referido autor também critica o fato de que boa parte da produção acadêmica latino-americana realiza a simples repetição das mesmas idéias, por vezes trajando roupas que aparentam revelar abordagem teórica distinta[249]. Ademais, emprega a expressão "falsos cognatos" para retratar os riscos

[248] ESQUIROL, Jorge. Writing the Law of Latin America. **The George Washington International Law Review**, p. 698: "Latin American legal systems figure as junior members within the civilian legal family and are thus understood as simples receivers or imitators of European legal production".

[249] ESQUIROL, Jorge. Writing the Law of Latin America. **The George Washington International Law Review**, p. 710: "Indeed, much scholarship on Latin America takes the form of simply repeating or retreading accepted *idées*. These *idées* may be garbed in different theoretical clothes. Contexts, problems, and situations may change, but the conceptual framework and ultimate conclusions often simply default back to the same".

de se adotar termos e referências que podem, em verdade, assumir significado distinto na perspectiva teórica de cada autor[250].

Não deixa de ser triste a ironia: parafraseando Esquirol, e tendo por base a tão assentada visão de Loewenstein ao utilizar, justamente, a metáfora da roupa para explicar o seu conceito ontológico de Constituição[251], é extremamente necessário que nos libertemos de uma produção acadêmica semântica, disfarce para uma realidade nacional repleta de problemas que pacientemente aguardam a construção criativa de soluções da esfera jurídica.

Em virtude das limitações próprias da pesquisa, não será possível efetuar profunda comparação de contextos culturais, na esteira da proposta teórica defendida por Peter Häberle de vislumbrar a comparação jurídica na condição de um **quinto método** de interpretação do direito[252].

De toda sorte, tentarei efetuar ao menos um breve olhar sobre a experiência alheia, com o intuito de auto-aperfeiçoamento. Vale, neste sentido, a advertência formulada por Vicki Jackson no sentido de reforçar os **quatro objetivos** dos estudos comparados, envolvendo: **(I)** o desenvolvimento de melhor compreensão de outros sistemas; **(II)** o desenvolvimento de uma melhor compreensão do sistema doméstico; **(III)** a identificação das melhores práticas na perspectiva normativa; **(IV)** e, por fim, a constatação de que, por vezes, a questão constitucional nacional envolve um questionamento comparativo por natureza[253].

Ademais, mesmo os Estados Unidos, local tradicionalmente reconhecido como resistente à aplicação de modelos estrangeiros, tem despertado para a necessidade de

---

[250] ESQUIROL, Jorge. Writing the Law of Latin America. **The George Washington International Law Review**, p. 719: "The notion of "false cognates", for instance, describes the surface similarity of certain common terms and references that may actually signify something different. As used here, it refers to the specificity of legal discourse in any one place. References consist of authorities, sources, and positions marshaled in quite contextual ways".

[251] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, pp. 216-222.

[252] A respeito, cf. HÄBERLE, Peter. A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, p. 220; em idêntico sentido, cf. HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Desafios do Constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, p. 73. Para uma visão brasileira incorporando a proposta de Häberle, cf. CARDOSO, Gustavo Vitorino. O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional. **Revista Direito GV**, pp. 478-487.

[253] Neste sentido, cf. JACKSON, Vicki C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. **Penn State International Law Review**, pp. 319-323.

melhoria deste cenário, como adverte Mark Tushnet[254]. Em artigo elaborado no ano 2000, o autor já desvendava uma tendência de incremento no estudo de Constituições estrangeiras, o que foi fortalecido pela demanda de trabalho no mercado global.

No caso brasileiro, o recurso ao Direito Comparado aparece como tentativa de compreensão natural do sistema doméstico, historicamente conectado às experiências gestadas em ambientes culturais distintos. Sendo assim, diferentemente das discussões que envolvem a realidade norte-americana, tradicional e histórica inspiração do controle de constitucionalidade no Brasil, para nós o recurso ao Direito Comparado parece ser mais natural, como razão de ser da procura por sentido dos institutos aqui acolhidos. O grande desafio nacional a propósito do Direito Comparado reside em bem apreendê-lo como instrumento de compreensão de caminhada autônoma, valorizando, também, as virtudes das soluções nacionais.

4.1 Experiências Internacionais de Controle

A adoção do incidente de inconstitucionalidade a partir de tema discutido por órgão jurisdicional de primeiro grau encontra amparo em diversas experiências constitucionais estrangeiras, ocupando lugar destacado, no particular, os modelos de controle europeus, de influência kelseniana. Vale lembrar, por oportuno, tratar-se de regimes nos quais existe, em regra, um monopólio de declaração de inconstitucionalidade entregue ao Tribunal Constitucional, órgão que centraliza a análise da constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis a fim de conceder ao assunto abordagem unificadora, aplicável por todos os demais Juízes e Tribunais.

Esta pesquisa revelou a existência de uma série de regimes constitucionais marcados pelo seguinte **binômio**: **(I)** proibição de declaração de inconstitucionalidade por órgãos jurisdicionais em geral; **(II)** previsão do incidente de inconstitucionalidade para um Tribunal Constitucional nos casos em que houver plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade. Tal construção teórica aplica-se, por exemplo, às seguintes

[254] TUSHNET, Mark. The State of Constitutional Theory in U.S. Law Schools in the 2000s. **The Good Society**, p. 23: "Only recently, and only to a small degree, has the study of comparative constitutional law moved beyond attention to what U.S. legal scholars might learn by examining the treatment of rights elsewhere to considering what we might learn by examining the structures of government".

experiências constitucionais, aqui superficialmente citadas tendo por base, em especial, as respectivas previsões normativo-constitucionais: **Áustria**[255], **Alemanha**[256], **Espanha**[257], **Itália**[258].

No contexto europeu, há de se devotar especial atenção ao caso de **Portugal**, que apresenta mecanismo de controle que possui perfil similar à jurisdição constitucional brasileira, e por razão histórica evidente, exerce significativa influência na praxe nacional. Assim como o Brasil, Portugal apresenta complexo modelo de controle de

---

[255] Cabe examinar o artigo 140, (1), da Constituição da Áustria (1945), transcrito em inglês tendo por base informação extraída da base de dados do "Constitute Project": Art. 140 (1) The Constitutional Court pronounces on application by, the Supreme Court, a competent appellate court an independent administrative tribunal the Asylum Courtm the Administrative Court or the Federal Tender Office whether a Federal or Land law is unconstitutional, but ex officio in so far as the Court would have to apply such a law in a pending suit. It pronounces also on application by a Land Government, by one third of the National Council´s members, or by one third of the Federal Council´s members whether Federal laws are unconstitutional. A Land constitutional law can provide that such a right of application as regards the unconstitutionality of Land laws lies with one third of the Diet´s members. The Court pronounces furthermore whether laws are unconstitutional when an application alleges direct infringement of personal rights through such unconstitutionality in so far as the law has become operative for the applicant without the delivery of a judicial decision or the issue of a ruling; Art. 89 para 3 applies analogously to such applications".

[256] Vale conferir o artigo 100, (1), da Lei Fundamental de Bonn (1949), transcrito em inglês tendo por base informação extraída da base de dados do "Constitute Project": Article 100 [Concrete judicial review] (1) If a court that a law on whose validity its decision depends is unconstitutional, the proceedings shall be stayed, and a decision shall be obtained from the Land court with jurisdiction over constitutional disputes where the constitution of a Land is held to be violated, or from the Federal Constitutional Court where this Basic Law is held to be violated. This provision shall also apply where the Basic Law is held to be violated by Land law and where a Land law is held to be incompatible with a federal law". Cabe aqui citar a lição de Konrad Hesse sobre o referido dispositivo alemão, referindo-se ao papel do juiz: "Se ele, ao contrário, julga uma lei, cuja validez importa na decisão inconstitucional, então ele tem de suspender o procedimento e – conforme se se trata de uma violação da constituição estadual ou da Lei Fundamental – pedir a decisão do tribunal constitucional estadual ou do Tribunal Constitucional Federal, do último também então, quando se trata da violação da Lei Fundamental por direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal (artigo 100, alínea 1, da Lei Fundamental)" (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 496).

[257] Vale conferir o artigo 163 da Constituição da Espanha de 1978, que prescreve a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo órgão judicial, sendo necessária a submissão da questão ao exame do Tribunal Constitucional (ENTERRÍA, Eduardo García. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**, pp. 18-19).

[258] Sobre uma visão brasileira a respeito da experiência italiana, cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa). **Revista de Direito Administrativo**, p. 154: "A sistemática italiana, traçada pela Lei Constitucional nº 01/48, dispõe, no seu art. 1º, que qualquer das partes, ou o juiz (ordinário ou administrativo), poderá, no curso de uma causa, trazer a lume indagação da legitimidade constitucional de uma lei, ou ato com força de lei, tendo a Lei 87/53 estendido tal iniciativa ao Ministério Público. No entanto, a decisão da questão suscitada não tocará ao magistrado que dirige o processo. Caberá a este, caso, após os debates de praxe, entenda relevante a discussão, submetê-la à Corte Constitucional em autos próprios (autos de remissão), suspendendo o andamento do processo sob sua direção. Para tanto, exige-se alguns requisitos, quais sejam: a) a relevância do tema enfocado para o desenlace do litígio; b) não se apresentar manifestamente infundada a arguição, porquanto não se justifica a provocação da Corte Constitucional quando a lei em tela se revela, de maneira indiscutível, em compasso com a Lei Mor; c) haver, de acordo com o art. 1º da Lei 01/48, ratificado pelo art. 23 da Lei 87/53, a impugnação tido lugar "*nel corso di um giudizio*" (no curso de um juízo) e diante de uma "*autorità giuridizionale*" (autoridade jurisdicional)".

constitucionalidade, na medida em que também adota ferramentas do controle norte-americano, que são associadas ao controle de matriz austríaca. Gomes Canotilho[259] caracteriza o sistema português como um sistema **misto complexo**, tratando-se de conjunto original tanto por não consagrar um modelo puro de *judicial review* quanto pelo fato de que também existe um sistema concentrado, sendo que os Tribunais portugueses "(...) têm acesso directo à constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como acontece em alguns sistemas – alemão, italiano – a decisão para o TC". Consoante a visão de Maria Lúcia Amaral[260], Portugal seria "(...) o único país da Europa que, tendo instituído um Tribunal Constitucional, institui também um sistema de controlo concreto de normas que pressupõe a aplicação do modelo americano da *judicial review* (...). Portugal também apresenta a particularidade de se **distanciar do binômio** acima mencionado, já que permite que Juízes e Tribunais declarem leis inconstitucionais no caso concreto, havendo a peculiaridade de previsão de um incidente de natureza geral[261]. Vale dizer, ainda, que, embora tenha sofrido uma série de revisões constitucionais, a Constituição de Portugal continua sendo uma "(...) Constituição de liberdade e Constituição de solidariedade (...)", como lecionam Jorge Miranda e Rui Medeiros[262], comentário que traduz opinião otimista a propósito de sua aptidão para lidar com os problemas enfrentados pelo País.

Vale examinar, também, até mesmo por conta do notório compartilhamento de uma herança comum, a experiências de países da **América do Sul** no que tange aos respectivos modelos de controle[263]. Uma curiosa observação pode ser feita desde logo, no sentido de

---

[259] GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, pp. 917-919.

[260] AMARAL, Maria Lúcia. Justiça Constitucional e Trinta Anos de Constituição. **Revista de Direito do Estado**, pp. 398-399: "A absoluta singularidade da justiça constitucional portuguesa encontra-se não nos métodos que emprega – que, pela "natureza das coisas" serão os mesmos que são utilizados pelas outras jurisprudências – mas no seu enquadramento organizativo e institucional. Somos neste momento o único país da Europa que, tendo instituído um Tribunal Constitucional, institui também um sistema de controlo concreto de normas que pressupõe a aplicação do modelo americano da *judicial review*. O nosso sistema de justiça constitucional é diferente de todos os outros – de todos os outros, insisto, no quadro europeu: creio que há sistemas da América Latina que são como o nosso – porque, ao invés de incluir, no controlo concreto, o incidente de supressão de instância, atribui ao juiz da jurisdição comum o poder-dever de julgar a questão de inconstitucionalidade das normas, funcionando o Tribunal Constitucional, nestes casos, como Tribunal de última instância através do sistema de recursos".

[261] DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, p. 69, nota de rodapé nº 124, ocasião em que também menciona situação correlata na Grécia.

[262] MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, p. 33.

[263] NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Jurisdição Constitucional na América do Sul. Apontamentos de Direito Constitucional Comparado. **Revista de Direito do Estado**, p. 90: "(...) Assim, e sem desconhecer nossas diferenças, é possível sustentar que os povos da América do Sul, de cultura hispânica ou portuguesa, compartilham uma herança semelhante de colonização européia ibérica, de formação étnica

que nenhum dos Países que integra o MERCOSUL possui um Tribunal Constitucional, como bem esclarece Rogério Nascimento[264].

Não existe, portanto, um modelo único de incorporação do incidente de inconstitucionalidade na experiência estrangeira, sendo possível, entretanto, notar que o instituto possui efetiva previsão em algumas realidades constitucionais.

4.2 Incidente de Inconstitucionalidade e Experiência dos Estados Unidos da América

Embora os norte-americanos não possuam a sistemática aqui traçada do incidente de inconstitucionalidade, alguns elementos ensejam a abordagem da experiência norte-americana e de sua notória influência no Brasil.

É de fácil percepção a inserção do País numa história zona de influência norte-americana em especial desde o advento da República, ocasionando o surgimento da Constituição de 1891. Vale dizer, também, que o Brasil pode ser apontado como um exemplo no espectro regional da América Latina, região que caracteristicamente reproduz experiências oriundas dos Estados Unidos, muitas vezes sem acurada reflexão a propósito.

Vale lembrar, também, a advertência de Luís Roberto Barroso no sentido de que não deixa de ser paradoxal perceber o quanto a inspiração norte-americana de concepção do controle judicial a partir do caso *Marbury v. Madison* e pelos julgados da Corte Warren, de resto amplamente difundida mundialmente, encontra contrariedade quando examinada no âmbito doméstico, em que têm ocorrido debates cada vez mais significativos a respeito da valorização do Poder Legislativo e do questionamento da ação da própria Suprema Corte[265]. Com efeito, a experiência norte-americana de controle de constitucionalidade

---

plural, de instabilidade política e de dependência econômica que justifica, da nossa parte, um movimento que possa romper com a tendência de isolamento que a adoção de uma língua distinta da maioria e a diversidade de extensão territorial induz. Justifica uma atenção maior ao que se passa em nossa vizinhança".

[264] NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Jurisdição Constitucional na América do Sul. Apontamentos de Direito Constitucional Comparado. **Revista de Direito do Estado**, p. 97. O autor menciona, à mesma página, na nota de rodapé nº 25, que, além da Bolívia e do Chile, Colômbia, Peru e Equador também possuem tribunais constitucionais.

[265] A respeito, cf. BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UNIBRASIL**, p. 301.

parece apresentar um caráter único, o que não recomenda o seu transplante integral para qualquer outra realidade sem que haja prévia reflexão sobre as peculiaridades encontradas na prática dos Estados Unidos[266].

Nos Estados Unidos é reconhecido o poder a todos os Juízes e Tribunais de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos nos casos concretos sujeitos à sua análise. Ocorre que o sistema é gestado pela prevalência da força vinculante dos precedentes das Cortes Superiores, que orientam de modo decisivo a aplicação do direito pelos Juízos inferiores. Talvez resida no *stare decisis* norte-americano a justificativa para que não haja a supressão do poder de declaração de inconstitucionalidade atribuído ao Juiz de primeiro grau, já que fortemente vinculado ao entendimento prévio em casos correlatos. Sendo assim, a tradicional e histórica incorporação do efeito vinculante afastaria a necessidade de incidente de inconstitucionalidade próprio.

Capítulo 5. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE E MODELO DE CONTROLE BRASILEIRO: CAMINHOS POSSÍVEIS

Os capítulos anteriores deste trabalho foram voltados ao delineamento do incidente de inconstitucionalidade no Brasil, focando, sucessivamente, as seguintes etapas: **(I)** a realização de breve análise do controle de constitucionalidade brasileiro; **(II)** a confecção de exame histórico do próprio instituto em si, tendo em vista, em especial, as inovações albergadas pela jurisdição nacional mais recentemente; **(III)** o desencadeamento de uma investigação das principais problemáticas de ordem processual deflagradas pelo manejo do referido mecanismo; **(IV)** por fim, o cotejo do seu funcionamento com algumas experiências estrangeiras selecionadas.

Torna-se necessário, então, **repensar** o funcionamento do incidente de inconstitucionalidade, tema central da tese. O alcance deste objetivo demanda o exame das principais visões doutrinárias existentes na comunidade jurídica brasileira a seu respeito. Cabe investigar, ainda, o teor da Proposta de Emenda Constitucional nº 406/01, voltada para a inserção do incidente de inconstitucionalidade na Lei Maior.

[266] Neste sentido, cf. FEREJOHN, John E. Constitutional Review in the Global Context. **Legislation and Public Policy**, p. 49: "The United States is virtually unique in having judicial review, if judicial review means a system in which ordinary judges can review and strike down legislation".

Tais temáticas representam o objeto dos próximos tópicos.

5.1 Debate Doutrinário Brasileiro: Estado da Arte

Após a apresentação do perfil do incidente de inconstitucionalidade, cabe examinar o **estado da arte** relativo ao debate doutrinário existente a respeito do instituto. Destaco, no particular, as posições construídas pelos autores brasileiros que se debruçaram sobre o assunto com maior profundidade, apresentando a opinião de cada um sobre as perspectivas que o incidente poderia assumir no âmbito do controle de constitucionalidade[267].

Primeiramente, cabe examinar a visão de **José Levi Mello do Amaral Júnior**, constante de obra resultante dos seus estudos de Mestrado, realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul[268]. O autor, após examinar o histórico da regra do *full bench*, teceu análise sobre a sua natureza e sobre a deflagração do incidente de inconstitucionalidade. Dedicou tópico voltado à apreciação da processualidade do incidente de inconstitucionalidade, devotando atenção especial, ainda, às técnicas decisórias empregadas com relação à invocação da regra do *full bench*. Ademais, no capítulo final do seu trabalho, intitulado "Repensando a Dinâmica da Regra do Full Bench"[269], construiu sugestão de aperfeiçoamento da sistemática de controle de constitucionalidade brasileiro que teria por intuito "(…) valer-se o mínimo possível de modificações de ordem legislativa (...)"[270].

O cerne da construção do autor reside nas seguintes etapas[271]: **(I)** caso surja uma questão constitucional em primeira instância, o Juízo monocrático poderia decidi-la desde logo, por se tratar de matéria puramente de direito; **(II)** uma vez resolvida a questão no sentido da inconstitucionalidade, o Regimento Interno do Tribunal de Apelação permitiria

[267] Para uma breve exposição das visões encontradas em livros publicados no Brasil acerca do incidente de inconstitucionalidade, cf. CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Incidente de Inconstitucionalidade e Súmula Vinculante nº 10: Avanço ou Retrocesso? *In*: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, pp. 199-207.
[268] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
[269] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**, pp. 109-115.
[270] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**, p. 110.
[271] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**, pp. 111-112.

ao julgador a sujeição imediata da questão de inconstitucionalidade à segunda instância. Assim, apenas a questão constitucional seria transportada, remanescendo o caso concreto na primeira instância; **(III)** a questão constitucional, solucionada pelo Juízo monocrático pela proclamação de inconstitucionalidade, passaria à análise de um órgão fracionário do Tribunal de Apelação para que fosse examinada a eventual submissão do pleito ao Plenário da Corte respectiva, sendo factível a coleta de manifestações de Juízes, peritos no assunto, ou até mesmo das partes a respeito do tema; **(IV)** por fim, declarada a inconstitucionalidade, obter-se-ia precedente a ser aplicado pelos Juízes vinculados ao Tribunal de Apelação; **(V)** a declaração de inconstitucionalidade da norma questionada poderia ser questionada por meio da interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, que, caso entendesse ser a lei ou ato normativo inconstitucionais, efetuaria a comunicação exigida pelo artigo 52, X, da Constituição para que a decisão tivesse efeito *erga omnes*. O autor sugere, ainda, que ocorresse a suspensão da tramitação dos demais feitos correlatos ao tema examinado pelo Supremo até que sobreviesse a respectiva decisão.

A seguir, o autor combate os possíveis argumentos críticos da sugestão alvitrada, tecendo, em síntese, as seguintes considerações[272]: **(I)** foi ressaltado o fato de que o juízo de inconstitucionalidade proferido no incidente assume natureza abstrata, derivando de um caso concreto a ele relacionado, o que supera o argumento de que a proposta resultaria na impossibilidade de uso de ação declaratória no controle concreto; **(II)** a falta de amparo normativo da proposta demandaria uma releitura do ordenamento jurídico a partir de processo informal de mudança da Constituição, polêmica cuja dificuldade foi reconhecida pelo próprio estudioso do assunto; **(III)** de forma a evitar eventual sobreposição de recursos extraordinários, o autor suscita a tese de que o segundo recurso envolvendo matéria idêntica não deveria ser admitido; **(IV)** seria necessário superar o verbete da Súmula 513 do STF, aceitando a noção de que a questão constitucional resolvida pelo Plenário representa causa para o fim contido no inciso III do art. 102 da Constituição; **(V)** não haveria óbice ao uso da proposta diante da tramitação da PEC nº 406/01, já que o incidente nela tratado apenas pode ser deflagrado pelos legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, enquanto o incidente previsto nos artigos 480 a

[272] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**, pp. 112-115.

482 do Código de Processo Civil depende apenas do Relator da causa; **(VI)** não haveria ofensa à independência do Juiz, já que dele partiria a iniciativa de submissão da proposta.

Após a exposição, o autor conclui o seu trabalho afirmando que as mudanças por ele defendidas levariam o Brasil a deflagrar incidente de inconstitucionalidade "(...) muito similar àquele tão comum na Europa, trazendo para a estrutura judiciária brasileira – globalmente contemplada – instrumento há muito admitido no interior dos tribunais pátrios (...)"[273].

Outra abordagem doutrinária que merece destaque a respeito do assunto diz respeito ao livro de autoria de **Marcelo Weick Pogliese**[274], fruto de dissertação de Mestrado defendida perante a Universidade Federal do Rio Grande do Norte. O referido autor dividiu a sua obra em quatro capítulos, destinados a examinar, sucessivamente, a evolução do constitucionalismo, a legitimidade e a jurisdição constitucional dentro da ótica do controle de constitucionalidade, o histórico do controle concreto brasileiro, e, por fim, o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Merece destaque, para os fins almejados neste tópico, o exame do tópico final de seu trabalho, intitulado "Em defesa da inserção na ordem jurídica brasileira do incidente de arguição de inconstitucionalidade metaprocessual (*de lege ferenda*)"[275].

No tópico referido, o autor parte da constatação das dificuldades de convivência entre as ferramentas de controle de constitucionalidade no Brasil, evidenciando as mazelas causadas pelo retardamento na solução dos litígios, o que representa "(...) fato gerador de desestabilização e desagregação social, afetando não só o litígio em específico, mas também os demais postos em juízo com ele concatenados (...)"[276]. Destaca, ainda, o quanto o sistema brasileiro contribui para a prolação de decisões contraditórias e confusas. Defende, então, a introdução no Brasil do incidente de inconstitucionalidade nos moldes europeus, o que significaria uma "(...) alternativa segura e eficaz para se reduzir o grau de intranquilidade jurídica que o modelo misto brasileiro de fiscalização do respeito à

---

[273] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade**, p. 115.
[274] POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**: art. 97 da CF e art. 480 e segs. do CPC. Salvador: JusPODIVM, 2008.
[275] POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**, pp. 202-210.
[276] POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**, p. 203.

Constituição apresenta hodiernamente (...)”[277], já que o instituto serviria tanto para reduzir a demora na solução dos litígios quanto para conter a grande quantidade de processos em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

Na concepção do autor, o incidente de inconstitucionalidade funcionaria da seguinte forma[278]: **(I)** seria deflagrado sempre que houvesse uma questão constitucional como premissa para solução de um caso concreto; **(II)** caberia ao Pleno do STF a apreciação do incidente de inconstitucionalidade; **(III)** a arguição do incidente seria de competência das partes do conflito, do Ministério Público, do Magistrado ou do Órgão Colegiado do Tribunal[279]. Marcelo Weick Pogliese sustenta, então, que a prerrogativa de realizar o primeiro exame da pertinência do incidente seja entregue ao Magistrado ou Órgão Colegiado, a quem compete o julgamento do processo.

O autor sugere, então, para que seja aferida a admissibilidade do incidente, ocorra a verificação, pelo Magistrado ou Órgão Colegiado, da presença de requisitos formais concernentes à pertinência do pedido, sua motivação e a relevância do tema discutido. Caso seja deflagrado o incidente, este passaria a compor autos apartados, remetidos à apreciação do STF. Caberia ao Pretório Excelso, contudo, aferir previamente os elementos necessários para a análise de mérito do incidente, analisando a demonstração da norma violada, a devida motivação para a instauração do próprio incidente em si, a relevância endógena da questão, assim como a relevância social do caso. Segundo ele, o STF “(...) possuirá, mediante essa proposta ora formulada, a prerrogativa de não admitir (receber) um incidente que não preencha os requisitos supracitados (...)”[280].

Caso o incidente não seja admitido pelo Supremo, os autos autônomos retornariam ao Juízo de origem para o regular seguimento do processo. Contudo, na hipótese de

---

[277] POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**, p. 204.
[278] POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**, p. 205.
[279] Cabe salientar que o autor não defende o respeito ao rol de legitimados do artigo 103 para deflagração do incidente, justificando a opção da seguinte forma: “Verifica-se nessa proposta (de lege ferenda) que não há vinculação da legitimidade ativa do incidente de inconstitucionalidade ao rol de autorizados para a propositura da ADI e ADC. Pelo contrário, não se facultará esta prerrogativa àquele, a não ser que sejam partes efetivas do processo. Dessa maneira, o incidente nascerá do próprio ventre dos autos ordinários; configurar-se-á, como uma alternativa, uma válvula de escape que será conferida às personalidades que compõem o cenário processual em concreto para alcançarem um juízo de valor definido – em um curso (*sic*) espaço de tempo – sobre a questão constitucional posta em comento” (POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**, p. 206).
[280] POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**, p. 207.

admissibilidade do instituto, o autor sugere a publicação da decisão na imprensa oficial, acompanhada da possível suspensão, determinada pelo STF, de processos envolvendo a mesma questão. Recomenda maioria absoluta para que seja decretada a referida suspensão, invocando, por analogia, o prazo de vigência da cautelar concedida em ADC como referência. Salienta o cunho democrático do incidente, a permitir a oitiva de todos os envolvidos no processo ordinário, assim como do Ministério Público, das pessoas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, bem como dos legitimados do artigo 103 da Constituição. Reforça a inadmissibilidade da intervenção de terceiros, tendo em vista o cunho objetivo conferido à tramitação do processo.

Por fim, o autor preconiza a compatibilidade entre a Proposta por ele defendida e o Direito Estrangeiro, mencionando que, uma vez declarada a inconstitucionalidade no âmbito do incidente, devam ocorrer[281]: "(1) resolução definitiva da questão constitucional na órbita do caso concreto donde partiu o incidente; (2) e declaração de eficácia dessa decisão para todos (envolvidos ou não no processo originário) e efeito vinculante". Finaliza a sua construção defendendo a imediata eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cujo descumprido poderia ser combatida por meio de Reclamação Constitucional. Admite, ainda, no âmbito do incidente, o emprego das técnicas decisórias da interpretação conforme, da declaração de nulidade sem redução de texto, além do recurso à modulação temporal dos efeitos[282].

Além da análise dos dois livros publicados no Brasil a respeito do incidente de inconstitucionalidade cabe examinar outra pesquisa de natureza aprofundada acerca do instituto, mas que não chegou a ser publicada em formato impresso.

Merece atenção, no caso, a visão de **Glênio José Wasserstein Hekman**, autor de tese de Doutorado orientada pelo Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho e defendida em Banca Examinadora realizada na Universidade de São Paulo em 2002[283]. O ponto mais importante do trabalho defendido pelo autor reside no Capítulo V de sua tese, intitulado

---

[281] POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**, p. 210.
[282] POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**, p. 210.
[283] HEKMAN, Glênio José Wasserstein. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente de arguição de inconstitucionalidade**: uma nova perspectiva de tratamento. USP, 2002.

"Uma proposta para dar visibilidade à arguição incidental de inconstitucionalidade nos Tribunais como um Processo Objetivo"[284].

Glênio Hekman inicia o capítulo ressaltando a prevalência do controle concentrado a partir do advento da Constituição de 1988, ressaltando, a seguir, a aproximação existente entre o controle concreto realizado na via difusa no Brasil ante os modelos preconizados na Itália e Alemanha[285]. Na sequência, o autor preconiza uma mudança de mentalidade "(...) com o intuito de racionalizar o sistema, sem descurar de um sentido democrático que torne viável o acesso de todos, pelo princípio da isonomia, aos efeitos decorrentes de decisão em matéria constitucional (...)"[286].

Passa então a defender que o pronunciamento do Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais, ante a provocação do artigo 97 da Constituição, ocorra não apenas *incidenter tantum*, mas sim *principaliter*, no âmbito de um processo objetivo formado pelo incidente de inconstitucionalidade, o que lembraria uma ação declaratória de inconstitucionalidade incidental. Segundo sua visão, o acórdão prolatado pelo Pleno ou Órgão Especial do Tribunal nos incidentes de inconstitucionalidade traria consigo uma espécie de decisão declaratória, que não funcionaria como condição de eficácia do julgado sobrestado, mas como uma "(...) decisão declaratória incidental que se incorpora naquele, para a solução da lide inter-partes, e que não pode ser modificada pelo órgão fracionário: a) por razão de competência e b) por ferir o princípio do duplo grau de jurisdição (...)"[287].

O autor defende a reformulação do CPC para que seja incluído novo tratamento à arguição de inconstitucionalidade no âmbito da ação declaratória incidental, o que legitimaria uma espécie de outorga de poder por parte do Supremo aos demais Tribunais que, com base no efeito vinculante e *erga omnes* de suas composições plenas ou por meio dos seus órgãos especiais, "(...) poderão estes, em nome daquele, decidir em sede abstrata e

---

[284] HEKMAN, Glênio José Wasserstein. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente de arguição de inconstitucionalidade**, pp. 141-164.
[285] HEKMAN, Glênio José Wasserstein. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente de arguição de inconstitucionalidade**, pp. 143-153.
[286] HEKMAN, Glênio José Wasserstein. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente de arguição de inconstitucionalidade**, p. 155.
[287] HEKMAN, Glênio José Wasserstein. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente de arguição de inconstitucionalidade**, p. 161.

concentrada, a inconstitucionalidade/constitucionalidade da lei ou ato normativo atacado, cuja arguição incidental é derivada do sistema de controle concreto (...)"[288]. Salienta que, caso assim não fosse, seria sempre necessário recorrer ao STF para que este viesse a confirmar a deflagração dos efeitos anteriormente citados. A proposta peca, contudo, por não defender a criação de emenda constitucional tratando da novidade desejada, acreditando na viabilidade da modificação operada unicamente via legislação ordinária.

Finaliza a sua proposta sublinhando que a vinculação dos efeitos das decisões proferidas alcançaria o nível regional em se tratando de lei ou ato normativo inconstitucional de origem estadual ou municipal. Contudo, em se tratando de lei ou ato normativo federal, o feito deveria ser remetido para o Pleno do STF, diferenciando a solução construída da temida avocatória por se tratar de caso em que o Tribunal examinaria apenas a questão constitucional, e não o mérito do caso[289]. Defende, ainda, a necessidade de abolição do quanto previsto no inciso X do artigo 52 da CF/88 via reforma constitucional, já que não mais condiz com as características do controle de constitucionalidade pela via difusa no Brasil.

Por fim, cabe expor uma quarta análise a respeito do assunto, focada na defesa da extinção da cláusula de reserva de plenário, da autoria de **Fábio Carvalho Leite** em artigo publicado na Revista Direito, Estado e Sociedade[290]. O autor, após expor a constância da reserva de plenário na tradicional constitucional brasileira, defende a realização de um olhar crítico a seu respeito, "(...) cuja prática tem revelado dificuldades e problemas de ordem democrática que a sua irretocável teoria oculta e – vou além – que até comprometem a legitimidade de que ela aparentemente se reveste"[291]. Não partilho, aqui, da visão crítica do autor, tendo preferido partir da preservação da reserva de plenário, chamando a atenção para o seu necessário aperfeiçoamento.

---

[288] HEKMAN, Glênio José Wasserstein. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente de arguição de inconstitucionalidade**, p. 162.
[289] HEKMAN, Glênio José Wasserstein. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente de arguição de inconstitucionalidade**, p. 163, rodapé nº 477.
[290] LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da "Cláusula de Reserva de Plenário". **Direito, Estado e Sociedade**, Jan-Jun 2012: 91-131.
[291] LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da "Cláusula de Reserva de Plenário". **Direito, Estado e Sociedade**, p. 92.

São essas as propostas de maior relevância e profundidade detectadas ao longo da pesquisa, e que representam o estado da arte a propósito do instituto na atualidade.

As propostas examinadas revelam que o incidente de inconstitucionalidade brasileiro, nos moldes historicamente construídos como simples operacionalização da reserva de plenário, em verdade guarda consigo a potencialidade de modificação para que atinja maior amplitude de efeitos, em prol de uma fiscalização constitucional aperfeiçoada.

Com efeito, os autores pesquisados convergem no sentido da necessidade de dotar o sistema nacional de maior homogeneidade decisória, para tanto alvitrando, em síntese, as seguintes sugestões: **(I)** a deflagração do exame da questão constitucional extraída de caso concreto de controle concreto no primeiro grau de jurisdição, que poderia ser conduzida aos Tribunais de Apelação para apreciação do tema em tese, com vinculação regional e possível efeito *erga omnes* ante a interposição de recurso extraordinário decidido pelo Supremo com a remessa ao Senado (José Levi Mello do Amaral Júnior); **(II)** a inserção de incidente de inconstitucionalidade nos moldes europeus, deflagrado pelas partes em conflito, pelo Ministério Público, pelo Magistrado ou pelo Órgão Colegiado do Tribunal sempre que houver uma questão constitucional como premissa para solução de um caso concreto, sendo a sua apreciação de competência do Pleno do STF (Marcelo Weick Pogliese); **(III)** a formação de um processo objetivo a partir do incidente de inconstitucionalidade, representando uma espécie de ação declaratória de inconstitucionalidade incidental apta à solução da lide entre as partes, e que não poderia ser modificada pelo órgão fracionário (Glênio José Wasserstein Hekman).

Após a exposição das principais opiniões doutrinárias acerca das mudanças sugeridas para o instituto, deve-se examinar a Proposta de Emenda Constitucional nº 406/01, que pretende alterar o perfil do incidente de inconstitucionalidade no Brasil.

5.2 Proposta de Emenda Constitucional nº 406/01

Antes de ser abordado o conteúdo propriamente dito da Proposta de Emenda Constitucional nº 406/01, é importante registrar que o intuito de inserção do incidente de inconstitucionalidade no Brasil encontrou substancial precedente quando da apresentação

do Parecer nº 27, de 17/03/94, da autoria do Relator da Revisão Constitucional, Deputado Nelson Jobim, e que foi publicado, em formato de artigo, na Revista de Direito Administrativo no ano de 1995[292]. Tendo em vista a relevância da Proposta, transcrevo a seguir o trecho mais importante sobre o tema para a pesquisa ora realizada[293]:

> Pareceu-nos acertado adotar-se o incidente de inconstitucionalidade, que permitiria fosse apreciada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A Suprema Corte, poderia, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão do processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão federal suscitada. Referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o Supremo Tribunal Federal pudesse dirimir, *desde logo*, controvérsia que, do contrário, daria ensejo certamente a um sem-número de demandas, com prejuízos para as partes e para a própria segurança jurídica.

Segundo Nelson Jobim e Gilmar Mendes, a criação do incidente guardaria correlação com a cisão funcional de competência existente no âmbito dos Tribunais de Justiça, inexistindo alteração nos demais fundamentos do chamado controle concreto de constitucionalidade. Tratar-se-ia de instituto de cunho excepcional, destinado a antecipar soluções para controvérsias que poderiam se protrair por muito tempo. Por fim, os autores defenderam que a referida solução seria capaz de sanar a problemática concernente às leis municipais questionadas face à Constituição Federal, bem como no que diz respeito ao direito ordinário anterior à Constituição. Seria possível, ainda, a inserção do incidente nas esferas estadual e distrital, sendo aplicado com os mesmos contornos defendidos na esfera federal[294]. A criação do incidente no âmbito da Reforma Judiciária também contou com o

---

[292] Neste sentido, cf. JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A Jurisdição Constitucional na Revisão Constitucional de 1994 (Partes I e II). **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 202, Outubro-Dezembro de 1995: 111-160. Em idêntico sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Incidente de inconstitucionalidade: Uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica Virtual**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/, Acesso em 08/10/2013: "(ao se reportar ao incidente de inconstitucionalidade na Revisão Constitucional de 1994) Introduz-se, assim, modificação significativa no chamado "modelo incidental" de controle de constitucionalidade. Ao lado da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da lei, na forma do art. 97, poderá o Tribunal submeter a questão, diretamente, ao Supremo Tribunal Federal. É fácil, pois, aqui uma aproximação maior entre o incidente de inconstitucionalidade e o chamado "processo de controle concreto" do sistema concentrado europeu".

[293] JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A Jurisdição Constitucional na Revisão Constitucional de 1994 (Partes I e II). **Revista de Direito Administrativo**, p. 151. Em idêntico sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, pp. 31-32.

[294] Cf. JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A Jurisdição Constitucional na Revisão Constitucional de

apoio de Arnoldo Wald, que vislumbrou no instituto uma chance de "(...) evitar que perdurem, por longo tempo, dúvidas quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinadas disposições legais", sendo que o incidente de inconstitucionalidade configuraria, em sua opinião, "(...) uma espécie de tutela antecipada de caráter constitucional, em virtude da qual ocorre, no processo, uma cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes"[295].

Entretanto, a proposta defendida **não** prevaleceu quando do término da Revisão Constitucional de 1994, como apontado pela doutrina[296].

Vale explicar que além da discussão do assunto no âmbito do Parecer acima mencionado, também existiu debate a propósito do incidente de inconstitucionalidade na PEC nº 96/92, que gerou a Emenda Constitucional nº 45/04. Entretanto, ocorreu nova rejeição do incidente de inconstitucionalidade[297].

Cabe aqui consignar que a redação do artigo 97 sofreu, durante a Revisão Constitucional, ao menos **11 (onze) propostas de modificação**[298]. Vale dizer que, do total, **duas propostas não** possuem relação com a reserva de plenário[299], sendo expostas apenas por apresentarem modificação no próprio teor do artigo da Constituição. As propostas estão expostas, em síntese, a seguir:

(I) **Proposta 1029-9**, da autoria de Wilson Gibson (PMDB/PE): dava nova redação ao artigo 97 da Constituição para constar expressamente a referência à maioria absoluta

---

1994 (Partes I e II). **Revista de Direito Administrativo**, pp. 151-153.

[295] Neste sentido, cf. WALD, Arnoldo. O Incidente de Constitucionalidade: Instrumento de uma Justiça Rápida e Eficiente. **Revista Jurídica Virtual**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/, Acesso em 08/10/2013.

[296] Neste sentido, cf. BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: elementos materiais e princípios processuais, p. 114, nota de rodapé nº 93; HELAL, João Paulo Castiglioni. **Controle da constitucionalidade**: teoria e evolução, p. 245, nota de rodapé nº 657.

[297] Neste sentido, cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "À Brasileira". **Revista Direito GV**, p. 432: "Tratava-se do incidente de inconstitucionalidade, presente nos projetos dos Deputados Jairo Carneiro e Aloysio Ferreira e também no texto aprovado na Comissão Especial, mas expurgado do texto da Proposta em virtude de um acordo capitaneado pelo governo no início de 2000, dada a enorme resistência que surgiu em relação a essa proposta".

[298] CONGRESSO NACIONAL. **Revisão da Constituição Federal**. Propostas Revisionais Agrupadas por Dispositivo Constitucional. Título IV – Da Organização dos Poderes. Capítulo III – Do Poder Judiciário. Seção I – Disposições Gerais (Arts. 92 a 100), pp. 269-270.

[299] As propostas que não possuem relação com a reserva de plenário são as de número 11650-0 e 11664-9.

dos membros do Tribunal como *quórum* necessário para a proclamação de inconstitucionalidade[300];

(II) **Proposta S141-0**, da autoria de Ivo Mainardi (PMDB/RS): acrescentava parágrafo único ao artigo 97 da Constituição, prevendo a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, por meio de órgão especial, para o julgamento de representação de inconstitucionalidade[301];

(III) **Proposta S490-5**, da autoria de Armando Pinheiro (PPR/SP): acrescentava um parágrafo único ao artigo 97 da Constituição, assegurando que a lei pudesse atribuir competência para a declaração de inconstitucionalidade a seções especializadas dos Tribunais, desde que a seção tenha, no mínimo, 15 (quinze) membros;

(IV) **Proposta 8193-9**, da autoria de Rose de Freitas (PSDB/ES): dava nova redação ao *caput* e parágrafo único do artigo 97. Enquanto a redação do *caput* do artigo 97 corresponda exatamente ao teor que prevaleceu para o referido dispositivo atualmente, o parágrafo único dispunha que a liminar concedida na medida cautelar das ações de inconstitucionalidade decairia em noventa dias;

(V) **Proposta 9552-5**, da autoria de Sérgio Ferrara (PMDB/MG): dava nova redação ao artigo 97 da Constituição para fixar o *quórum* de dois terços dos membros do Tribunal ou do respectivo Órgão Especial para declaração de inconstitucionalidade de lei complementar ou ordinária ou ato normativo de hierarquia inferior do Poder Público. A proposta também trazia um parágrafo único para o artigo 97, prevendo um incidente de inconstitucionalidade a partir do órgão jurisdicional de primeiro grau[302];

---

[300] O artigo teria, então, a seguinte redação: Art. 97 – Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

[301] O parágrafo único teria a seguinte redação: Parágrafo único. Compete ao tribunal de Justiça dos Estados, através de órgão especial, onde houver, julgar a representação de inconstitucionalidade, inclusive por omissão, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual e, quanto aos Municípios, também da Constituição Federal, cabendo a sua propositura às autoridades e entidades correspondentes, no respectivo âmbito, às do art. 103, e à associação de moradores, quanto à legislação que afete diretamente a comunidade que represente.

[302] O parágrafo único teria a seguinte redação: Parágrafo único – Os juízes de primeira instância quando, no curso do processo, consideram relevante a arguição de constitucionalidade feita pela parte ou de ofício, suspenderão o andamento do feito e o remeterão ao Tribunal de hierarquia imediatamente superior para decidir o incidente, após o que os autos retornarão ao juízo de origem para prosseguir no processo.

(VI) **Proposta 10275-9**, da autoria de Garibaldi Alves Filho (PMDB/RN): acrescentava um parágrafo único ao artigo 97 da Constituição, dispondo que a declaração de inconstitucionalidade de lei tem eficácia imediata entre as partes envolvidas diretamente na ação respectiva, mas a lei declarada em tese inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal apenas perderia sua eficácia geral quando tivesse a sua execução suspensa pelo Senado;

(VII) **Proposta 11650-0**, da autoria de Sigmaringa Seixas (PSDB/DF): **não** guardava relação com a reserva de plenário, tratando de incluir um artigo e um parágrafo, após o artigo 96 da Constituição, e renumerando os seguintes. O artigo e o parágrafo que o autor desejava incluir guardavam relação, em verdade, com a vedação da prática de nepotismo em relação a alguns cargos do Poder Judiciário;

(VIII) **Proposta 11664-9**, também da autoria de Sigmaringa Seixas (PSDB/DF): **não** possuía, do mesmo modo, relação com a reserva de plenário. O autor desejava que o artigo 97 da Constituição tratasse da responsabilização do Estado pelos danos que os Magistrados causarem a terceiros em razão de erro judicial, prisão injusta ou pelo funcionamento anormal da Justiça, assegurando o direito de regresso em relação aos responsáveis;

(IX) **Proposta 12865**, da autoria de Getulio Neiva (PL/MG): simplesmente suprimia o artigo 97 da Constituição Federal;

(X) **Proposta 13911-4**, da autoria de Eva Blay (PSDB/SP): buscava acrescentar um parágrafo único ao artigo 97 da Constituição, assegurando que a concessão, em qualquer hipótese, de medidas cautelares ou provisórias contra lei ou ato do Poder Público seria regulada de modo a evitar lesão grave ao interesse, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicos, observado o quanto previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal;

(XI) **Proposta 16786-2**, da autoria de Eduardo Mascarenhas (PSDB/RJ): destaca-se por acrescentar um parágrafo único ao artigo 97 da Constituição, dispondo sobre a

concessão da liminar na medida cautelar nas ações de inconstitucionalidade. Segundo a proposta, a liminar concedida decairá em noventa dias.

A apreciação das propostas de revisão do artigo 97 da Constituição revela a preocupação dos parlamentares com aspectos relativos à tramitação das ações de controle, tendo prevalecido, ao final, a redação do artigo nos moldes atuais, servindo como garantia da observância do *quórum* de maioria absoluta em se tratando de declaração de inconstitucionalidade proferida nos Tribunais.

Mais recentemente, a inserção do incidente de inconstitucionalidade como mecanismo ampliado de deflagração do controle encontrou amparo na Proposta de Emenda Constitucional nº 406/01, apresentada em 29/08/2001. A referida Proposta tem por finalidade inserir o §5º ao art. 103 da Constituição Federal no sentido de autorizar o STF, "(...) nos casos de incidente de constitucionalidade, para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspender todos os processos para proferir decisão que versa exclusivamente sobre matéria constitucional (...)". A propositura do referido incidente ocorreria pelos mesmos legitimados ativos para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade.

Uma vez apresentada pelo Executivo, a PEC nº 406/01 foi alvo de sucessivos Pareceres pela sua admissibilidade na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara, compreendendo as seguintes manifestações: **(I)** primeiro Parecer de admissibilidade, subscrito pelo Relator Deputado André Benassi, em 10/10/2001, tendo sido devolvido pelo referido Deputado ante a sua saída da Comissão em 27/02/2003; **(II)** segundo Parecer de admissibilidade, proferido pelo Relator Deputado Roberto Magalhães, em 27/03/2007.

A seguir, houve vista conjunta da PEC aos Deputados Bruno Araújo, Gerson Peres, José Eduardo Cardozo, Paes Landim, Regis de Oliveira e Silvinho Peccioli. Sobreveio, então, no dia 17/05/2007, a suspensão da discussão por acordo, fato que novamente ocorreu no dia 04/09/2007, sendo neste caso em razão do início da Ordem do Dia do Plenário.

Finalmente, no dia 11/09/2007, houve a apresentação de Parecer com complementação de Voto pelo Deputado Roberto Magalhães, reiterando a admissibilidade da Proposta. A consulta à movimentação da PEC revela o seguinte teor: "(...) Aprovado o Parecer com Complementação de Voto contra os votos dos Deputados Zenaldo Coutinho e Regis de Oliveira, apresentou voto em separado o Deputado Regis de Oliveira (...)". O Parecer foi encaminhado à Coordenação de Comissões Permanentes para publicação no dia 13/09/2007, tendo sido por ela recebido no mesmo dia.

Houve a publicação do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no dia 20/09/2007 no Diário da Câmara dos Deputados. A consulta ao ato publicado revela que o intuito da Proposta apresentada pelo Poder Executivo teve por embasamento sanar, especialmente na esfera tributária, "(...) o desequilíbrio entre contribuintes que se encontram em posição de igualdade (...)"[303]. A Proposta, entretanto, não se limitava à área tributária, tendo por norte reger outras situações merecedoras de tutela processual idêntica.

O Parecer do Deputado Roberto Magalhães mencionou que o exame inicial da Proposta revelaria aspectos negativos, concernentes a três pontos em especial: **(I)** contrariedade ao princípio do Juiz Natural; **(II)** semelhança do incidente com a "avocatória", considerada como ato arbitrário e violador do devido processo legal; **(III)** inoportunidade de adoção do incidente diante da Súmula Vinculante, incorporada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Entretanto, afirmou que "(...) essas possíveis objeções não configuram inconstitucionalidade que levem à inadmissibilidade por violação de norma pétrea, nos termos do art. 60, §4º da Constituição vigente (...)"[304]. Finalizou o seu Parecer mencionando que a sede própria para a apreciação dos pontos mencionados seria a Comissão Especial, responsável pela análise de mérito da Proposta.

Importa notar a apresentação de Voto em separado pelo Deputado Regis de Oliveira, concluindo tratar-se de Proposta "(...) inadmissível, por inútil, desnecessária e atentatória a preceitos constitucionais (...)"[305]. Para chegar à referida conclusão, o Deputado mencionou que a Proposta estaria prejudicada em sua apreciação, pelas seguintes razões: **(I)** o §2º do

[303] PEC Nº 406-A, de 2001, Publicação do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Diário da Câmara dos Deputados, 48617, 20/09/2007.
[304] PEC Nº 406-A, de 2001, Publicação do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Diário da Câmara dos Deputados, 48617, 20/09/2007.
[305] Voto em Separado Deputado Regis de Oliveira, Diário da Câmara dos Deputados, 48620, 20/09/2007.

art. 102 da Constituição já alberga o efeito vinculante das decisões do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade; **(II)** além disso, o art. 103-A da Constituição introduziu a súmula vinculante. Segundo o Deputado, "(...) Um e outro artigos produzem o efeito que se pretende obter através desta proposta de emenda constitucional em análise (...)"[306]. Por fim, o Deputado Regis de Oliveira asseverou que a Proposta enseja desrespeito ao princípio do juiz natural, representando, ainda, similar da avocatória, instituto que seria atentatório ao devido processo legal.

A manifestação do Deputado Regis de Oliveira fez com que o Relator, Deputado Roberto Magalhães, apresentasse Complementação de Voto, destinada, também, a rebater as considerações efetuadas pelo Deputado Flávio Dino durante os debates da proposição. Neste sentido, o Relator afirmou, em seu Parecer, que o advento do incidente não estaria prejudicado pelas súmulas vinculantes, aduzindo a seguinte fundamentação: **(I)** as súmulas vinculantes dizem respeito à matéria constitucional que tem por pressuposto a existência de reiteradas decisões de mérito definitivas do STF; **(II)** ademais, as súmulas vinculantes não alcançam atos do Poder Legislativo. Asseverou a existência, então, de um universo de questões que não seriam contempladas pelas súmulas vinculantes, mencionando exemplos de Países que acolhem a convivência entre o incidente e as súmulas. Ressaltou que o incidente resultaria em aperfeiçoamento do controle brasileiro. Salientou que, por meio do instituto, seria permitida a "(...) remessa ao STF de questão constitucional referente a processo ordinário que tramita na esfera da justiça comum, característica que, *a priori*, não é típica de nenhum dos instrumentos de controle de constitucionalidade vigentes no país (...)"[307]. Ao questionar as críticas formuladas pelo Deputado Flávio Dino, o Relator assentou, em síntese, que o efeito vinculante nas liminares concedidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade não substitui os efeitos e o alcance do incidente, consoante o teor da Proposta examinada[308].

Cerca de um ano e sete meses após a referida publicação, foi expedido Ato da Presidência criando Comissão Especial, tendo por base o §2º do art. 202 do Regimento Interno, deliberação publicada no dia 23/04/2009.

---

[306] Voto em Separado Deputado Regis de Oliveira, Diário da Câmara dos Deputados, 48620, 20/09/2007.
[307] Complementação de Voto, Diário da Câmara dos Deputados, 48618, 20/09/2007.
[308] Complementação de Voto, Diário da Câmara dos Deputados, 48619, 20/09/2007.

Por fim, a data mais recente de movimentação da Proposta revela ter ocorrido, no dia 31/01/2011, o encerramento da Comissão Especial em virtude do término da legislatura.

Após contato com o Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados obtive a notícia de que a Comissão Especial para proferir Parecer à PEC nº 406/2001[309], criada por Ato da Presidência datado de 23/04/2009, não chegou a ser instalada, tendo sido finalizada sem a designação de membros ante o encerramento da legislatura. Na ocasião, foi informado também que a proposição aguarda a criação de Comissão Especial, o que deve ser feito por Ato da Presidência.

Assim, examinadas as etapas concernentes à tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 406/2001, cabe analisar os principais pontos nela discutidos de forma a construir a tese defendida neste trabalho, o que será objeto do próximo tópico.

5.3 Principais Problemas do Incidente de Inconstitucionalidade

A partir da análise anteriormente realizada, nota-se que a concepção de um incidente de inconstitucionalidade enfrentou algumas divergências ao longo do tempo, materializadas, no particular, nos seguintes pontos principais: **(I)** a **indesejada concentração** decisória de poderes no STF levaria ao desrespeito da autonomia de Juízes e Tribunais; **(II)** a criação do incidente lembraria a **antiga avocatória**, instrumento desrespeitador da liberdade dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Todavia, a concentração decisória em órgão de cúpula é algo natural e que precisa ser estimulado no sentido de fornecer decisão aplicável uniformemente por todos os órgãos jurisdicionais. A autonomia fundamentada do Magistrado tem de conviver, por uma razão pragmática, com a existência de casos em que se torna exigível a aplicação direta do prévio entendimento do STF.

Ademais, há que vislumbre a semelhança existente entre o incidente de inconstitucionalidade e a avocatória. A avocatória foi criada no ano de 1977, representando

[309] O referido contato foi realizado por meio de mensagem eletrônica destinada à Ouvidoria da Câmara dos Deputados, tendo sido respondida pela Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação/CEDI no dia 13/08/2012.

uma iniciativa incorporada via Emenda Constitucional, de responsabilidade do Regime Militar, e que ficou conhecida como "Pacote de Abril". É interessante registrar que o seu advento surgiu a partir de sugestão formulada por uma Comissão de Ministros do STF que fizeram parte de um grupo de trabalho voltado, à época, para a Reforma do Judiciário[310].

Trata-se de uma forma de atuação judicial que fazia com que uma causa fosse subtraída da apreciação de Juízes e Tribunais, entregando-a para apreciação direta do Supremo Tribunal Federal, a partir de provocação do Procurador-Geral da República[311]. A avocatória tinha alguns pressupostos, como destacava Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, em estudo publicado no ano de 1986[312]: **(I)** pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, que atuava, à época, como Chefe do Ministério Público da União; **(II)** imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou finanças públicas, situações identificadas pelo autor como desrespeito ao interesse público; **(III)** uma demanda em curso, devendo ocorrer antes do trânsito em julgado. O primeiro caso em que ocorreu a efetiva utilização da avocatória envolveu, em janeiro de 1978, o Sindicato de Corretores de Navios do Estado do Rio de Janeiro, que havia ajuizado ação de perdas e danos contra Agências Marítimas que teriam obstado a sua participação em atos relativos ao comércio marítimo. Houve, então, o deferimento de cautelar, nos autos da avocatória, pelo então Presidente do Supremo Tribunal, Ministro Thompson Flores[313].

Todavia, a novidade despertou reações severas. Segundo Sérgio Sérvulo da Cunha, por exemplo, "(...) o "Pacote de Abril" transformava o STF em tribunal de exceção, que (...) poderia suspender os efeitos de qualquer decisão judicial proferida no país e avocar o

---

[310] Neste sentido, cf. LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A avocação de causas pelo STF: a avocatória. **Revista de Informação Legislativa**, p. 221. Em sentido similar, evidenciando correlação entre a avocatória o "certiorari" nos Estados Unidos, cf. TENÓRIO, Igor. O "certiorari" americano e a avocatória no STF. **Revista de Informação Legislativa**, p. 186.

[311] ROSENN, Keith. O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Desenvolvimentos Recentes. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 15-16: "Em uma emenda constitucional promulgada em 1977, o governo militar criou um novo instituto processual chamado avocatória, uma forma expedita de recurso. Esse mecanismo permitia ao STF, a pedido do Procurador-Geral da República, transferir qualquer caso pendente de outro juízo ou tribunal para o STF. Permitia também suspender qualquer decisão de outra corte de justiça ou juiz singular que implicasse "um perigo imediato de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas". Em 1988, a Constituinte rejeitou a avocatória por causa de seus traços de autoritarismo. Em 1991, o Governo Collor de Melo tentou ressuscitar a avocatória sem sucesso".

[312] LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A avocação de causas pelo STF: a avocatória. **Revista de Informação Legislativa**, pp. 226-228.

[313] Para uma análise do caso, cf. LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A avocação de causas pelo STF: a avocatória. **Revista de Informação Legislativa**, pp. 228-232. Em sentido similar, TENÓRIO, Igor. O "certiorari" americano e a avocatória no STF. **Revista de Informação Legislativa**, p. 187.

respectivo processo”[314]. Vale dizer ser, de fato, criticável a previsão da avocatória. Entretanto, o formato do incidente de inconstitucionalidade tem por base a análise do tema constitucional alvo de litígio, e não a questão principal da causa. É possível até mesmo dizer que o incidente, caso aprovado, fará com que haja uma convivência oportuna entre decisões judiciais, havendo, contudo, a prevalência do entendimento do STF a respeito da matéria constitucional.

5.4 Contribuição Original para o Direito Brasileiro e Formulação da Tese

Após a exposição anterior, torna-se necessário partir rumo ao ponto central deste trabalho de pesquisa, representado pela defesa da tese construída.

5.4.1 Dois Debates Complementares sobre o Controle no Brasil

Torna-se oportuno contextualizar a existência de, ao menos, duas linhas de debates no âmbito do controle de constitucionalidade, que assim denomino: **(I)** uma linha **processual** a respeito do controle de constitucionalidade, marcada pela ênfase na discussão das peculiaridades e possíveis equívocos referentes às ações de controle e à sua pragmática tramitação, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade principal, desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal; **(II)** uma linha **comportamental/institucional** sobre o controle, caracterizada pelo enfoque no conteúdo das decisões do Supremo ante a lógica dos demais Poderes, sendo extremamente significativa, no particular, a discussão sobre separação e eventual diálogo entre eles[315].

---

[314] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O Recurso Extraordinário, a Repercussão Geral e a Mula de Tales. **Caderno de Soluções Constitucionais**, p. 427, rodapé nº 8.

[315] Neste sentido, cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**, p. 30, demonstrando que a pesquisa que gerou a obra continua a lidar com “(...) a formulação de um discurso de legitimidade que dê à revisão judicial o lugar mais adequado dentro da democracia”. Em sentido similar, cf. ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na Política: a construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 10-11, defendendo a construção de uma agenda de pesquisa pautada pela construção política do Tribunal e pela chamada “pavimentação jurisprudencial” de suas decisões. Em sentido similar, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 221: “Em suma: o necessário é encarar o controle de constitucionalidade como algo que “não é mero processo”. Isso significa que, enquanto a discussão continuar a ser um debate sobre a criação de novas ações judiciais, o debate não progredirá. Controle de constitucionalidade é “parte do jogo democrático”, é algo muito mais complexo do que mero procedimento judicial. Nesse sentido, se faz preciso – e urgente – iniciar uma discussão sobre a forma de decidir do Supremo Tribunal Federal, sobre formas de incrementar a interação entre os ministros e as possibilidades de diálogo. Nesse ponto, a idéia de deliberação interna pode ser uma ótima idéia-guia”. No sentido do uso da repercussão geral do recurso extraordinário como ferramenta de promoção do diálogo

Nota-se um predomínio histórico da primeira abordagem sobre o controle, sendo a discussão comportamental/institucional abordada apenas mais recentemente no Brasil. Vale consignar que ambas as vertentes possuem virtudes e representam abordagens inegavelmente complementares, na medida em que discutir o perfil das ações de controle representa debater o palco em que justamente se desenvolve a interpretação constitucional do Supremo diante dos demais Poderes. Acredito que seja útil, no caso, o emprego de uma metáfora que leva em consideração as posições ocupadas pelos integrantes do cenário judicial, correspondendo, pois, a uma distinção entre o palco e os atores, elementos indissociáveis do jogo forense e de suas nuances.

Vale esclarecer que, por uma questão de opção metodológica, evidenciada quando da apresentação desta pesquisa, optei pela **linha processual**, focada nos percalços do incidente de inconstitucionalidade no âmbito da sua possível inclusão na Constituição Brasileira. Debater as peculiaridades do procedimento de jurisdição constitucional configura aspecto revelador da construção de uma estrutura mais ou menos propícia para decisões de maior qualidade. Tal observação pode ser ilustrada, por exemplo, com a percepção de que menor complexidade procedimental na Jurisdição Constitucional pode vir a permitir que o Supremo Tribunal destine foco aos temas mais importantes. A tão defendida promoção do diálogo entre os poderes exige, por óbvio, tempo e maturação, perspectivas que hoje ainda se apresentam distantes da realidade de um Tribunal que julga milhares de causas por ano.

Assumida, então, a vertente teórica de natureza procedimental, cabe examinar o teor da Proposta de Emenda nº 406/01, anteriormente citada.

5.4.2 Visão Crítica da PEC nº 406/01 e o Redirecionamento do Debate

Uma vez firmada a linha processual desta investigação, revela-se de extrema importância analisar a PEC nº 406/01 e redirecionar o debate sobre o incidente de

---

constitucional entre os Poderes, cf. SAADI, Bernardo de Vilhena. A Cláusula de Repercussão Geral e o Diálogo Constitucional entre os Poderes. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 39 e 51. No sentido da discussão sobre a vantagem do modelo português de controle ante o brasileiro pelo fato de promover, por meio da generalização das decisões proferidas no controle difuso, maior diálogo e articulação entre os chamados controle difuso e concentrado, cf. ARRUDA, Paula. **Efeito Vinculante**, p. 125.

inconstitucionalidade no Brasil. Como visto, a referida Proposta de Emenda tem por finalidade inserir o incidente de inconstitucionalidade numa perspectiva da promoção de uma decisão mais rápida por parte do Supremo Tribunal Federal sobre temas de grande significado. Trata-se de mais um instituto marcado pelo ideal de promoção de maior celeridade decisória, e que guarda grande semelhança com a Proposta contida no Parecer nº 27 de 1994, apresentado quando da Revisão Constitucional.

Ocorre que o debate sobre o incidente de inconstitucionalidade no Brasil deve partir de uma constatação que não costuma ser habitualmente problematizada pela doutrina brasileira a respeito do tema: o perfil básico do incidente de inconstitucionalidade promovido diretamente no Supremo Tribunal Federal, destinado à apreciação exclusiva da questão constitucional, com a suspensão de processos em curso e a posterior vinculação de Juízes e Tribunais **já existe**, e tem previsão normativa há cerca de quinze anos, desde a edição da Lei nº 9.882/99.

Sabe-se que existem, segundo parte significativa da doutrina brasileira[316], duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a arguição **principal** e a arguição **incidental**, também chamada, neste último caso, de arguição **paralela**.

A primeira modalidade de arguição de descumprimento, intitulada **principal**, encontra-se inserida no âmbito do controle principal de constitucionalidade, permitindo ocorra a solução de questão eventualmente não inserida no objeto das demais ações de fiscalização, o que traduz a sua subsidiariedade.

---

[316] Neste sentido, cf. TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição na Lei. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99, pp. 62-75; SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99, p. 87; ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99, pp. 203-208. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, pp. 219-221; BATISTA NEVES, André Luiz. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**, p. 129. Há quem prefira a denominação *abstrata* ou *por equiparação* para se referir à ADPF incidental, como se depreende de MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99, pp. 21-22.

A segunda modalidade, chamada de arguição **incidental** ou **paralela**, por sua vez, revela a viabilidade de que ocorra a apreciação, pelo STF, da questão constitucional discutida em um processo concreto, desde que provocado pelos legitimados ativos previstos no artigo 103 da Constituição Federal. Transcrevendo o teor literal do inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, percebe-se que também caberá a arguição de descumprimento de preceito fundamental "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". O referido dispositivo legal encontra questionamento no Supremo Tribunal Federal[317], estando, ainda hoje, pendente a decisão definitiva a respeito.

A pesquisa doutrinária empreendida para elaboração deste trabalho mostrou que os autores usualmente percebem a vinculação existente entre a arguição incidental e o incidente de inconstitucionalidade adotado pelos Tribunais brasileiros, na esteira da aplicação dos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, operacionalizando o artigo 97 da Constituição Federal [318]. Destaco, neste sentido, alguns posicionamentos significativos: André Ramos Tavares denominou o instituto de "incidente de descumprimento de preceito fundamental" [319]. Elival da Silva Ramos, por sua vez,

---

[317] STF, ADI 2231, Rel. Min. Néri da Silveira. Houve deferimento, em parte, de medida liminar pelo Relator, com relação ao inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99 no sentido de excluir, de sua aplicação, controvérsia constitucional já posta em juízo. Também houve deferimento total de liminar para suspender o §3º do artigo 5º do mesmo diploma normativo. Ocorre que, após o voto do Relator, sobreveio pedido de vista do Min. Sepúlveda Pertence, como atesta a movimentação processual no dia 05/12/2001. O pedido de vista foi renovado no dia 28/04/2004, estando o resultado final ainda pendente de julgamento.

[318] Neste sentido, cf. MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental**, p. 105: "A argüição incidental pressupõe um processo anterior, submetido a qualquer juízo ou tribunal, envolvendo uma questão constitucional, cujo parâmetro de controle seja um preceito constitucional fundamental. Da mesma forma que os incidentes de inconstitucionalidade do direito estrangeiro (a *Verfassungsbeschwerde*, a *Beschwerde* e o recurso de amparo) possibilita a suspensão da jurisdição ordinária até a solução da controvérsia constitucional pelo tribunal guardião da Constituição". O autor questiona, também, às pp. 87-93, a ausência de abertura democrática do instituto nos moldes dos exemplos correlatos, existentes no Direito Europeu. Em idêntico sentido, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e Prática, p. 288: "Nesse passo, percebe-se a semelhança entre a arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental e o incidente de inconstitucionalidade que ocorre perante os tribunais, em sede do controle difuso de constitucionalidade, nos moldes desenhados nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, segundo os quais o órgão fracionário do tribunal, a que tocar o conhecimento do processo, se acolhida a arguição de inconstitucionalidade, submete a questão constitucional ao plenário do tribunal, a fim de que possa julgá-la". Ademais, cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis no Ordenamento Brasileiro – Aspectos Constitucionais e Processuais**, pp. 113-116.

[319] TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição na Lei. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº

menciona como grande novidade da Lei nº 9.882/99 a "(...) utilização da arguição como incidente processual, em ações para cujo deslinde seja relevante a interpretação de preceito fundamental da Constituição (...)"[320]. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ao analisar se o incidente concebido pela Revisão de 1994 poderia ter assento no inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, entende que não, tendo por base tanto a limitação prevista na legislação mencionada relativa à violação de preceito fundamental quanto o fato de que há permissão para o controle de leis e atos anteriores em se tratando da arguição de descumprimento, o que contrasta com o teor do artigo 102, §1º, da Lei Maior, que limita a ADPF aos casos decorrentes da própria Constituição. Logo, a autora conclui que o incidente está deslocado no que tange à sua previsão na lei da ADPF, o que é reforçado pela existente de Proposta de Emenda a respeito do tema[321]. Já Juliano Taveira Bernardes vislumbrou na ADPF incidental "(...) alguma semelhança aos incidentes de inconstitucionalidade previstos nos países da Europa continental", na medida em que "(...) consagra espécie nova de fiscalização abstrata extraída de processos que tramitam na jurisdição concreta"[322].

Com efeito, a comparação direta entre o conteúdo do referido dispositivo e certo trecho da manifestação contida no Parecer nº 27, publicado na forma do artigo de autoria de Nelson Jobim e Gilmar Mendes, é bastante reveladora da **grande proximidade** entre ambas as soluções. A Lei da ADPF – que contou, inclusive, com a participação do Ministro Gilmar Mendes na formação do Projeto de Lei por parte da Comissão Celso Bastos – trouxe para o Brasil o incidente de inconstitucionalidade nos casos de violação a preceito fundamental.

Sendo assim, a eventual aprovação da PEC nº 406 **terá o mérito de superar o principal argumento doutrinário contrário à previsão**, na Lei nº 9.882/99, da chamada arguição incidental, pois a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para análise do instituto terá sido o fruto da manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador.

9.882/99, p. 64: "Trata-se, pois, do incidente de descumprimento de preceito fundamental. Ao contrário da ação, o incidente tem campo mais restrito, como se verá, já que, além de exigir o descumprimento de preceito fundamental, como não poderia deixar de ser, acresce outra condição: a relevância da questão apresentada".

[320] RAMOS, Elival da Silva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99, pp. 115-116.

[321] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**, pp. 471-477.

[322] BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**, p. 115.

Sendo assim, restará sepultado o argumento de que não seria admissível a criação de nova competência para o Supremo Tribunal Federal por meio de legislação ordinária.

De todo modo, a ausência de aprovação, até o término desta pesquisa, da Proposta de Emenda nº 406 **não impede** o manejo da ADPF incidental, tendo em vista a famosa noção da presunção de constitucionalidade das leis, justificando a sua aplicabilidade até a eventual publicação de decisão em sentido contrário pelos órgãos competentes para tanto. Entretanto, o referido incidente não tem sido usualmente utilizado na prática jurisprudencial brasileira, como se depreende de pesquisas específicas a respeito na Base de Dados do STF.

É importante, então, **redirecionar o debate** sobre incidente de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, deve-se partir da percepção de que o instituto, na forma contemplada, em essência, pela Proposta de Emenda nº 406/01 **já existe**, tendo previsão expressa no artigo 1º da Lei nº 9.882/99, e apenas terá manejo assentado na jurisprudência do STF caso seja adotada reformulação que favoreça a sua utilização.

A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: qual a razão de um instituto que, em essência, já existe há cerca de 15 (quinze) anos não possuir generalizada aplicação no Brasil, mesmo sendo importante para a promoção de maior uniformidade decisória?

Trato, a seguir, da necessária reformulação para a sistemática mencionada.

5.4.3 Da Criação do "Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade"

Não se tem no Brasil o costume de catalogar dados da atuação da Suprema Corte com profundidade, o que permitiria o seu acompanhamento sistemático e crítico. Com o intuito de suprir a referida lacuna é que justamente neste ano de 2013 foi desenvolvido o Relatório "Supremo em Números", de responsabilidade da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, tendo por objetivo combater a ausência de pesquisa quantitativa no Brasil sobre a atuação da Corte[323]. A recente publicação evidencia, por exemplo, a existência de

[323] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório

pelo menos **três perfis** do Supremo Tribunal Federal, assim como revela que a Corte possui, em tese, 52 (cinqüenta e duas) portas de entrada, das quais 36 (trinta e seis) encontram-se ativas[324].

Ocorre que, por mais que seja extremamente louvável a criação de mecanismo de acompanhamento de processos no Supremo Tribunal Federal, ainda não se tem, no Brasil, uma forma consolidada de acompanhar as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos diversos Juízes e Tribunais. Não existe um Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade, ausência inexplicável diante das ferramentas tecnológicas de que se dispõe na atualidade, assim como tendo em vista a gravidade das decisões mencionadas, que mereciam ser acompanhadas com zelo e esmero.

É notável, na atualidade, perceber o esforço doutrinário em prol da disseminação do respeito à Constituição e à sua força normativa. A doutrina registra, então, ser necessário proclamar a inconstitucionalidade em último caso, dada a gravidade da situação, devendo valer-se o intérprete de mecanismos que permitam, caso seja possível, preservar algum sentido constitucional na análise hermenêutica. A própria existência legal, no Brasil, de técnicas como a "interpretação conforme a Constituição", assim como a chamada "declaração de nulidade sem redução de texto" comprova o esforço de se tentar salvar algum sentido constitucional, partindo da célebre distinção entre suporte textual e norma como produto de sua interpretação.

Ocorre que, inacreditavelmente, não se tem o conhecimento generalizado, em um País de dimensões continentais como é o Brasil, de quando um Juiz de primeiro grau declarou a inconstitucionalidade em algum caso concreto, a não ser que se trate de caso polêmico que receba eventual atenção midiática. Não se tem, pois, um mecanismo institucional de conhecimento de em que casos, e com base em quais argumentos, algum Juiz ou Tribunal declarou a inconstitucionalidade em algum caso concreto, afastando a

---

Supremo em Números: O Múltiplo Supremo. **Revista de Direito Administrativo**, p. 402.

[324] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo. **Revista de Direito Administrativo**, pp. 403-407. Destaco o trecho constante à p. 405: "Falamos em três *personas* como entidades distintas dentro do STF porque não é apenas o tipo de controle de constitucionalidade que muda dentre elas (isto é, se concentrado e abstrato ou difuso e concreto) de acordo com a classe processual em exame. Na verdade, todo o comportamento do Supremo se altera em padrões associados a três grupos de espécies processuais". A informação de que 36 (trinta e seis) portas de entrada estão ativas, a representar elevado número para uma Corte Suprema, encontra-se no rodapé nº 6, constante à p. 407.

aplicação de lei ou ato normativo à hipótese. Em se tratando de controle, trata-se de medida salutar, para sistematizar casos individuais que permitam uma compreensão da posição jurisdicional a respeito dos assuntos versados.

Proponho, então, que haja a **criação de um "Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade"**, responsável por catalogar todos os casos no Brasil em que algum Juiz ou Tribunal proclamar a inconstitucionalidade no âmbito do controle concreto de constitucionalidade. Tal Cadastro permitirá o conhecimento dos temas que são costumeiramente alvo de alegação de inconstitucionalidade, dos principais argumentos alegados nos processos correlatos, assim como quais as tendências de aferição do assunto em cada realidade jurisdicional. Seria medida valiosa para tornar possível um **pensamento sistemático sobre o microcosmo do controle de constitucionalidade**, habilitando, ainda, o Supremo Tribunal Federal a efetuar a possível análise direta de controvérsias, uma vez provocado por meio da instauração de incidente de inconstitucionalidade.

A criação do Cadastro pode ser feita sem maiores dificuldades por meio do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do seu poder normativo, como tem ocorrido com diversos outros temas polêmicos que têm sido, notoriamente, alvo de sua regulamentação.

O CNJ poderia, então, criar, via Resolução, um Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade, destinado a sistematizar e divulgar toda e qualquer ocasião em que algum Juiz ou Tribunal declarar uma lei inconstitucional no caso concreto. A prerrogativa de declaração ampla de inconstitucionalidade, típica do controle concreto de inspiração norte-americana, **permaneceria incólume**.

O traço diferencial residiria, a partir de então, na oportunidade de assegurar à comunidade jurídica e à sociedade como um todo o conhecimento de quantas vezes e em quais assuntos costuma ocorrer a pronúncia de inconstitucionalidade, ideia simples, mas até o momento não efetivada, e que em muito contribuiria para maior contato entre a inconstitucionalidade pronunciada em lides individuais e a possibilidade de sua condução, em uma classe processual de cunho objetivo, à análise do STF.

O advento do Cadastro representa elemento substancial para proporcionar um conhecimento amplo e sistematizado do que é mais importante em relação ao universo de controle – ou seja, as hipóteses em que ocorre declaração de inconstitucionalidade por diversos Juízes e Tribunais. Além disso, o Cadastro dotaria os legitimados para a propositura do incidente de um instrumento valioso para selecionar eventuais hipóteses de provocação do Supremo Tribunal Federal, o que se mostra ainda mais apropriado em uma realidade continental como a brasileira.

A alimentação do Cadastro Nacional passaria a ser de responsabilidade do Magistrado prolator da decisão. A partir de agora, ao declarar uma lei inconstitucional, Juízes e Tribunais terão a necessidade de enviar uma cópia da decisão – o que pode ser feito, sem maior burocracia, por meio eletrônico – para o CNJ, nos mesmos moldes da obrigatoriedade de comunicação, por exemplo, de hipóteses de arquivamento de investigações efetuadas contra Magistrado no Brasil, nos termos do quanto previsto em Resolução devotada ao assunto[325].

Além de não importar em grande burocracia, a criação do "Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade" teria o fator positivo de promover o conhecimento sobre assuntos que possam eventualmente ser alvo de incidente de inconstitucionalidade, habilitando a construção de uma espécie de **verdadeira ponte** entre a declaração incidental, a cargo de Juízes e Tribunais em casos concretos, e a apreciação, pelo STF, da questão controvertida.

Ante o exposto, acredito que o desenvolvimento de uma solução singela, de fácil criação normativa, apresenta relevante **potencial** para auxiliar a resolução uniforme de causas pelo Supremo Tribunal Federal. Tal solução, entretanto, apenas ocorrerá caso o STF atue em ambiente em que conte com ferramenta capaz de, a partir de um caso concreto, gerar eficácia vinculante, o que exige a análise do **perfil desejado** para a criação de um incidente de inconstitucionalidade.

5.4.4 Do Incidente de Inconstitucionalidade no Controle Brasileiro: Justificativa e Traços Principais

[325] A comunicação do arquivamento acontece tendo por base, por exemplo, o §3º do artigo 9º, bem como o artigo 28, ambos da Resolução nº 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça.

5.4.4.1 Justificativa de Criação do Incidente de Inconstitucionalidade

Talvez seja possível questionar a efetiva necessidade de inserção de um incidente de inconstitucionalidade no âmbito do controle brasileiro. Será que a riqueza de procedimentos existentes, encontrados nas mais diversas realidades constitucionais e aqui aplicados em conjunto, não seria razão suficiente para que não houvesse a previsão de mais um mecanismo de controle?

A resposta deve ser negativa. Embora seja reconhecidamente complexo, o sistema brasileiro de controle concreto não garante ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de examinar, diretamente, a partir de litígios concretos processados pelos mais diversos Juízes e Tribunais, a questão de constitucionalidade alegada, a ser decidida com eficácia ampliada.

Caso deseje atingir o referido grau de amplitude de suas decisões o Supremo pode, no universo do controle concreto, editar súmulas vinculantes a partir da reiteração de causas de natureza constitucional. Pode, também, admitir recurso extraordinário com repercussão geral, influenciando as futuras decisões aplicadas pelas Cortes de origem. Contudo, o incidente de inconstitucionalidade não demanda a **reiteração de causas**, um dos pressupostos previstos na Constituição para a edição de súmula vinculante, nem precisa aguardar o **esgotamento** das instâncias inferiores para que seja admissível a interposição de recurso extraordinário. Sendo assim, **apenas um caso** já consubstancia, desde logo, instrumento de provocação do Supremo, habilitando-o à prolação de decisão imediata e com eficácia vinculante, o que pode servir como argumento justificável para combater a pulverização de ações no controle concreto, situação mais propícia à superveniência de decisões contraditórias.

É importante registrar que o Supremo já deu demonstrações concretas, em sua jurisprudência, de que precisa contar com um instrumento com tais feições. É possível citar pelo menos **três exemplos práticos** neste sentido, a saber: **(I)** a discussão sobre transcendência dos motivos determinantes e a abstração do controle incidental de constitucionalidade; **(II)** a discussão sobre o papel do Senado Federal no que diz respeito

ao artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988; **(III)** a constatação da tendência de eficácia ampliada de decisões proferidas em casos singulares pelo Supremo.

(I) A discussão sobre a transcendência dos motivos determinantes e a abstração do controle incidental de constitucionalidade

A discussão sobre a chamada **transcendência dos motivos determinantes** revela o intuito de fazer com que a fundamentação existente em algum caso específico seja aplicada em casos correlatos, dispensando nova deliberação aprofundada sobre a questão. Trata-se, pois, de reconhecer que a razão de decidir de algum julgado prevaleça em casos correlatos, percepção que amplia a usual eficácia vinculante do dispositivo do julgamento. O mesmo intuito pode ser notado pelo debate envolvendo a chamada **abstração do controle concreto** de constitucionalidade[326].

(II) A discussão sobre o papel do Senado (artigo 52, inciso X, da Constituição)

Já o papel do Senado Federal em relação aos julgados do Supremo no campo do controle concreto encontra visão crítica acentuada. Alguns autores defendem que o teor do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988 teria sido superado historicamente, mostrando-se anacrônico diante da atual realidade de concentração decisória e eficácia imediata. Uma das principais visões a respeito foi defendida por Gilmar Mendes, ao publicar artigo em que defendeu a existência de **mutação constitucional** no papel do Senado no curso da história. Segundo o autor, ao Senado caberia o papel de divulgar decisões do Supremo Tribunal Federal que já trariam consigo eficácia geral, e não o de suspender a lei ou ato normativo declarado inconstitucional com maior amplitude[327]. A

---

[326] Neste sentido, defendendo, inclusive, o uso da reclamação constitucional das decisões do STF tomadas em controle difuso, mesmo que não haja enunciado sumular com eficácia vinculante, cf. DIDIER JR., Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. *In*: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Constituição, Jurisdição e Processo** (coordenadores), p. 341. De modo similar, cf. SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista CEJ**, p. 77: "Com efeito, o método difuso não impede a aferição de constitucionalidade de atos e lei de forma abstrata, ou objetiva, isto é, no plano meramente normativo, sem se ater ao caso concreto. É a isso que se denomina a "abstração ou objetivação do controle difuso"". A aproximação entre o incidente de inconstitucionalidade previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil e a abstração típica do controle concentrado aparece à p. 81 do referido artigo.

[327] MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, p. 165: "Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter

título de curiosidade, cabe aqui citar, também, a visão de Carlos Blanco de Morais, que, ao examinar o sistema jurídico português, concorda com o resultado defendido pelo autor brasileiro, malgrado divirja no sentido de exigir a necessária alteração da Constituição de Portugal para que seja acolhida a mudança preconizada[328].

Existem autores que também defendem a supressão expressa da competência do Senado Federal, dotando o STF de decisões gerais a partir de casos concretos[329]. Também houve quem dissesse que a criação das súmulas vinculantes impactou de modo significativo o artigo 52, inciso X, da Constituição, que teria sido revogado tacitamente[330]. Por outro lado, há quem defenda a preservação do referido dispositivo constitucional como ferramenta essencial para a deflagração de diálogo entre os Poderes[331].

De toda sorte, seja qual for o entendimento prevalecente, pode-se concluir no sentido da existência de uma série de discussões envolvendo a necessidade de dotar de efeitos ampliados uma decisão singular do Supremo Tribunal Federal, constatação que enseja o rico debate a propósito da função do Senado no universo do controle, alterado que foi desde a previsão inaugural da atuação senatorial na Constituição de 1934. Registro aqui, de logo, que também acredito na necessidade de supressão da competência do Senado, embora deva ocorrer por meio de emenda constitucional específica.

(III) Tendência de ampliação de efeitos de decisões em casos singulares no STF

---

simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*".

[328] MORAIS, Carlos Blanco de. Insuficiências dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídico portuguesa. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**, pp. 60-61.

[329] Neste sentido, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, pp. 124-125, assim como na p. 410. Segundo o autor: "As decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal envolvendo matéria constitucional, embora em sede de fiscalização difuso-incidental, devem, após ultrapassado determinado número de pronunciamentos idênticos, e em virtude do desencadear necessário da fiscalização abstrata (modelo português), produzir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes".

[330] Neste sentido, cf. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Os paradoxos do Judiciário no Estado Constitucional e as Súmulas Vinculantes. **Revista CEJ**, p. 67: "Em rigor, a competência atribuída ao Legislativo persistiria enquanto não se formasse jurisprudência na Corte sobre determinada matéria constitucional (as decisões reiteradas a que alude a Reforma do Judiciário). Contudo, haja vista seu escasso emprego, mesmo antes da instituição do efeito vinculante e das súmulas vinculantes, poucas – senão nenhumas – são as perspectivas de sentido e de sobrevivência que se reservam para a competência senatorial".

[331] SAADI, Bernardo de Vilhena. A Cláusula de Repercussão Geral e o Diálogo Constitucional entre os Poderes. **Revista de Direito Administrativo**, p. 48, nota de rodapé nº 48.

Ademais, é possível encontrar a demanda no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, a partir de julgamento singular, aplique entendimento uniforme, e de caráter geral.

Neste sentido, Teori Zavascki comenta a existência de uma **vocação natural** das decisões que versam sobre legitimidade das normas para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto. Tal conclusão derivaria do princípio da isonomia, da segurança jurídica, assim como tendo por base uma razão de ordem prática, já que não faria sentido repetir para cada situação o mesmo julgamento sobre questão constitucional resolvida em processo anterior[332]. O autor denomina de **eficácia reflexa ou anexa** o atributo relativo às decisões do STF que transmitem efeitos além do caso julgado, ocasionando conseqüências, ainda que indiretas, em outras situações jurídicas, e operando de modo automático, independentemente de provocação ou manifestação da própria Corte[333].

Também é possível mencionar algumas **inovações legislativas** que determinam grau mais intenso de vinculação das decisões proferidas pela Corte, reveladoras da existência de uma lacuna concernente ao reconhecimento de maior eficácia na esfera do controle concreto de constitucionalidade. Neste sentido, destaco os importantes artigos a seguir, encontrados em nosso Código de Processo Civil: **(I)** o artigo 285-A; **(II)** o artigo 475-L; **(III)** o artigo 518, §1º; **(IV)** o artigo 557.

Todos os dispositivos citados são ilustrativos da percepção de que o sistema exige maior vinculação, mesmo nos casos em que o Supremo decidir um caso concreto que não seja naturalmente dotado da eficácia vinculante típica[334]. Há, ainda, a tendência de combinação, inclusive, entre a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso

---

[332] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, p. 26.
[333] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**, pp. 30-31.
[334] Neste sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. *In*: MORAES, Alexandre de (Coordenador). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 159, nota de rodapé nº 74 (abordando a dificuldade de seguimento dos recursos extraordinários em contraste com jurisprudência do STF, a constrição de diversos órgãos à observância das súmulas vinculantes, assim como o teor debatido na PEC nº 406/01). Há quem divise a existência de mecanismos de vinculação vertical (artigo 475-L, 557 e 518, §1º, todos do CPC) e de vinculação horizontal (artigo 285-A do CPC, assim como a própria reserva de plenário do artigo 97). Neste sentido, cf. PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. A concentração do controle jurisdicional de constitucionalidade. Súmula Vinculante 10. *In*: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coordenação). **Constituição Federal**: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro, p. 467.

extraordinário: uma vez reconhecida a repercussão geral no recurso extraordinário ocorre, a seguir, a edição de súmula vinculante, o que revela maior dinamismo na atuação da Corte[335].

Esta tendência no Brasil parece ter ocorrido anteriormente em Portugal, como evidencia Monteiro Diniz ao estudar a relação dialética entre a pluralidade de sistemas de controle no País[336]. Parece, portanto, ser algo comum às realidades constitucionais que associam tradições diversas de fiscalização jurisdicional.

Ante o exposto, os exemplos citados revelam que a complexidade do sistema brasileiro de controle, incrivelmente, **não conta** com instrumental que permita ao Supremo examinar, diretamente, questão constitucional conectada a algum caso concreto decidido por Juízes e Tribunais. A análise jurisprudencial revela, ainda, que a referida ausência tem convivido com manifestações que caminham rumo ao alcance da eficácia ampliada, embora sem contar com instituto específico para tanto.

Desenha-se, desse modo, um quadro de lacuna que poderia ser preenchida com o advento do incidente de inconstitucionalidade, cujos traços desejáveis são examinados a seguir.

5.4.4.2 Perfil do Incidente: Principais Traços

Cabe examinar qual seria o perfil desejado para o incidente de inconstitucionalidade brasileiro de competência do Supremo Tribunal Federal. Saliento, a seguir, os **traços principais** desta análise: **(I)** Legitimidade Ativa do Incidente; **(II)** Objeto do Incidente e Excepcionalidade do Instituto; **(III)** Competência para Processamento e Julgamento do Incidente; **(IV)** Medida Cautelar no Incidente; **(V)** Oitiva de Órgãos,

---

[335] Neste sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. *In*: MORAES, Alexandre de (Coordenador). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 158.

[336] MONTEIRO DINIZ, A. A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do Direito Constitucional: o sistema vigente e o ir e vir dialéctico entre o Tribunal Constitucional e os outros Tribunais. *In*: **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**, pp. 205-206: "Seja como for, pode seguramente afirmar-se, que as decisões do Tribunal Constitucional mesmo quando não dotadas de força vinculativa, têm vindo progressivamente a funcionar como instrumento privilegiado nas decisões de outros tribunais quando chamados a julgar casos paralelos ou afins".

Entidades e Pessoas no Procedimento do Incidente; **(VI)** Decisão Definitiva do Incidente e seus Efeitos.

(I) Legitimidade Ativa: a provocação do incidente de inconstitucionalidade deve ser entregue a grupo restrito de legitimados ativos, tendo em vista o perfil nitidamente objetivo de que se reveste o instituto. Diferentemente da característica ampla legitimidade que se pode vislumbrar no controle concreto – em sede do qual, ressalte-se, Juízes e Tribunais possuem liberdade para declaração, no caso concreto, da inconstitucionalidade, de ofício ou a partir da provocação dos mais diversos legitimados – o incidente de inconstitucionalidade destina-se à apreciação específica da questão constitucional por parte do Supremo. Logo, ocorre um **descolamento** da questão constitucional do processo em que teve lugar para que o tema em si seja alvo de apreciação da Corte Maior. A natureza política de tal interpretação exige que haja a concessão da legitimação para um pequeno grupo, que deverá pautar a sua iniciativa em chamar a atenção do Pretório Excelso para que aprecie casos excepcionalmente merecedores de tutela. Evita-se, inclusive, uma indevida ampliação que pudesse colocar em risco a própria capacidade de resposta funcional da Corte às demandas que chegarem ao seu conhecimento;

(II) Objeto do Incidente e Excepcionalidade do Instituto: imagina-se que o incidente de inconstitucionalidade seja destinado a permitir ao Supremo a apreciação de vício envolvendo lei ou ato normativo do Poder Público, editados posteriormente à edição do Texto Maior e que com ele guardem incompatibilidade. Tal formulação será bastante útil para contemplar parte significativa de leis e atos normativos questionados, que efetivamente atenderá aos critérios mencionados. Todavia, acredito que o plano ideal de cabimento do incidente de inconstitucionalidade deveria ser o mais amplo possível, em homenagem à tutela diferenciada que a Corte Suprema deve dedicar na tarefa de guardião do Texto Maior. É defensável, portanto, que todo e qualquer ato do Poder Público seja combatido por meio do incidente, perspectiva que ganha admissibilidade concreta a partir da constatação da excepcionalidade do instituto, critério que por certo impedirá o excesso de feitos em tramitação na Corte. Ademais, vale dizer que a previsão atual do incidente na Lei nº 9.882/99 já conta com ampliação significativa de objeto: qualquer lei ou ato do Poder Público violador de preceito fundamental é capaz, em tese, de autorizar o manejo do instituto. Tem-se então na expressão **preceito fundamental** a criação de critério

discricionário que habilita o Supremo Tribunal Federal a eventualmente rejeitar os incidentes que não sejam merecedores de tramitação, e que, em sua visão, não mereçam o imediato enfrentamento da questão controvertida, sendo preservado o juízo de inconstitucionalidade realizado em primeiro grau. Cabe reconhecer, pois, ao Supremo o poder de selecionar, pela relevância, os casos de incidente que entenda pertinente julgar, opinião formulada por Victor Nunes Leal há pelo menos 30 anos, embora em contexto distinto[337]. Esta observação ganha corpo ante a necessária discussão do **poder de agenda** do Tribunal, sendo imprescindível que a Corte possua meios de controlar o exame de mérito das causas em tramitação[338]. Cabe consignar, ainda, que a referida necessidade já tem encontrado no STF uma espécie de *certiorary* informal por meio de decisões monocráticas que afastam temas de menor complexidade do Colegiado, criando uma espécie de "(...) filtro informal destinado a tornar viável a gestão de casos nas turmas e no plenário (...)", na expressão de Marcos Paulo Veríssimo[339];

(III) Competência para Processamento e Julgamento do Incidente: justifica-se a manutenção da competência para processamento e julgamento do incidente com o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista tratar-se da Corte Maior brasileira, responsável pelo exercício da tarefa de guardiã da Constituição. Ademais, a deflagração do incidente no STF ensejará, a princípio, o alcance de maior uniformidade e homogeneidade decisórias, capazes de projetar os seus efeitos por todo o restante do Poder Judiciário. Abre-se aqui, ainda, a viabilidade de dotar os Tribunais de Justiça dos Estados da competência de processamento e julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade tendo por base o desrespeito da Constituição Estadual, parâmetro a ser observado como reflexo da autonomia política estadual;

(IV) Medida Cautelar no Incidente: a previsão de medida cautelar no incidente servirá, em especial, para que haja a suspensão da tramitação de processos envolvendo a mesma questão examinada em todo o País, medida que vai ao encontro do ímpeto de maior racionalização do exercício da atividade jurisdicional. Creio ser oportuna a previsão, ainda,

---

[337] NUNES LEAL, Victor. Passado e Futuro da Súmula no STF. **Revista de Direito Administrativo**, p. 15.
[338] Agradeço ao amigo Rafael Scavone Bellem de Lima a observação a propósito da preocupação com o poder de agenda do Tribunal, recorte que possui fôlego suficiente para pesquisa autônoma, mas que neste trabalho aparece apenas incidentalmente.
[339] VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "À Brasileira". **Revista Direito GV**, p. 420.

de cláusula de abertura na concessão cautelar, nos mesmos moldes já autorizados pela legislação editada no universo de controle de constitucionalidade brasileiro, contemplando a viabilidade da decisão cautelar que adote, por exemplo, **qualquer outra medida** que guarde relação com o objeto da demanda;

(V) Oitiva de Órgãos, Entidades e Pessoas no Procedimento do Incidente: tendo em vista a necessidade de conferir maior pluralidade ao processamento do incidente, torna-se claramente justificável a abertura contemplada pelo processo no sentido de contar com a participação de órgãos, entidades e pessoas em seu decurso. Não haverá, por certo, maior dificuldade de contar com a importante participação do *amicus curiae*[340], assim como com a realização de audiências públicas, institutos já tradicionalmente contemplados pelos processos de controle principal em tramitação no Brasil, e que trouxeram ao respectivo procedimento o ideal de maior abertura democrática, malgrado a existência de críticas visando ao aperfeiçoamento de sua utilização na busca pelo incremento de sua legitimidade[341].

Em síntese, o incidente de inconstitucionalidade deverá contar, portanto, com a oitiva dos órgãos oficiais habituais, refletida na tríade usualmente composta pelos seguintes integrantes: **(I)** a oitiva dos **responsáveis** pela edição do ato questionado, que enviam as suas informações para subsidiar o julgamento; **(II)** a oitiva do **Procurador-Geral da República**, responsável pela elaboração de Parecer a respeito de todos os processos de competência do STF; **(III)** e, por fim, a oitiva do **Advogado-Geral da União**, ao qual é atribuída a tarefa de, *a priori*, defender o ato ou texto questionados. Eventualmente, contará com a participação dos amigos da Corte e com a possível realização de audiências públicas, que podem dotar o procedimento de um viés democrático, legitimador da decisão definitiva do STF.

---

[340] Vale dizer ser altamente controvertida a natureza jurídica do *amicus curiae* no processo objetivo brasileiro, tendo em vista a expressa vedação, presente na legislação de controle concentrado, de que haja intervenção de terceiros no processo respectivo. Considerando o amicus curiae como terceiro interveniente, portador de interesse circunstancial na causa, cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário, p. 526.

[341] Neste sentido, cf. BELLEM DE LIMA, Rafael. Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade – A Representação Técnica das Partes no caso das Pesquisas com Células-Tronco. *In*: VOJVODIC, Adriana et. al. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil** – SBDP, p. 260: "Afinal, mesmo com a realização de uma audiência pública, a legitimidade para realização do controle de constitucionalidade não deixa de depender do comportamento dos ministros do STF".

(VI) Decisão Definitiva do Incidente e seus Efeitos: por fim, cumprida a tramitação procedimental regular, o incidente de inconstitucionalidade será alvo de decisão definitiva do STF. Caso seja proclamada a inconstitucionalidade da lei ou ato do Poder Público questionados, importa registrar a relevância da concessão de efeitos *erga omnes* e vinculantes, atingindo toda a Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário. Tal eficácia automática da decisão é extremamente importante dado o cunho objetivo do julgamento do incidente, que deve ser capaz de projetar a autoridade do Supremo em prol da homogeneidade de compreensão do assunto por todo o Judiciário. Torna-se esperada a previsão da **modulação temporal** dos efeitos da decisão, tendo por base, em especial, os requisitos de segurança jurídica e excepcional interesse social conectados ao advento da decisão, já contemplados pelo artigo 27 da Lei nº 9.86899. É necessário que haja, por óbvio, a possibilidade de manejo da **reclamação constitucional** de modo a preservar a autoridade do Supremo Tribunal Federal, combatendo, deste modo, eventual comportamento em desacordo com a determinação da Corte.

5.4.5 Repercussão do Incidente na Sistemática de Controle no Brasil: "Súmulas Vinculantes", "Repercussão Geral no Recurso Extraordinário" e "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas"

Cabe refletir, ainda, sobre os possíveis impactos que a adoção do incidente de inconstitucionalidade com o perfil anteriormente mencionado pode trazer para o tão complexo controle de constitucionalidade brasileiro. Para efeito de sistematização, o tópico versará a respeito de como o incidente de inconstitucionalidade se comportaria ante a convivência com **três elementos** marcados por um traço de identidade comum, voltado à resolução massiva de demandas judiciais: **(I)** as súmulas vinculantes; **(II)** a repercussão geral do recurso extraordinário; **(III)** o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Até o momento de conclusão desta pesquisa apenas os dois primeiros obtinham efetiva aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o terceiro encontra previsão no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. De toda sorte, é importante trabalhá-los conjuntamente por força do perfil similar que apresentam, sendo provável a inserção da resolução de demandas repetitivas muito em breve com a possível aprovação do novo Código.

5.4.5.1 Incidente de Inconstitucionalidade e Súmulas Vinculantes

Uma vez adotado o incidente de inconstitucionalidade nos moldes propostos, o Supremo Tribunal Federal contará com instrumento que trará ao seu conhecimento questão relevante de inconstitucionalidade decidida por algum Juiz ou Tribunal no Brasil no campo do controle concreto. Haverá maior celeridade processual em relação, por exemplo, ao recurso extraordinário, que exige a necessária caminhada procedimental entre as diversas instâncias, com o respectivo prequestionamento dos temas debatidos. Tal efeito será obtido na medida em que o incidente entregará ao Supremo a apreciação direta da questão constitucional, estando na esfera de sua discricionariedade a admissibilidade do instituto. A tramitação do incidente lembra, pois, a repercussão geral no recurso extraordinário, na medida em que apenas os incidentes que tiverem a relevância reconhecida serão processados.

Restará preservado o controle concreto, de antiga incorporação histórica no Brasil, e que continuará a autorizar que Juízes e Tribunais afastem a aplicação concreta de lei ou ato combatido, com a aplicação dos recursos previstos na legislação. A lenta maturação das causas, a permitir que sejam consolidadas diversas interpretações ao longo do tempo por meio da apreciação, pelos órgãos oficiais, dos temas discutidos, perdurará. É importante registrar, no caso, que reside neste ponto a **rejeição parcial** da hipótese de pesquisa inicialmente construída, pois havia cogitado, quando da confecção do Projeto da Tese de Doutorado, ser a supressão do controle concreto natural corolário da solução proposta, com a necessária deflagração do incidente em caso de dúvida fundada sobre a inconstitucionalidade. O argumento, contudo, não se sustentou após a realização da pesquisa, existindo fundamentação robusta o suficiente para que seja defensável a preservação do controle de inspiração norte-americana, lastreado seja na legitimidade da fiscalização[342], seja na preservação da materialidade constitucional[343]. Não se pode

[342] Neste sentido, cf. BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, p. 133: "A perda ou desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo". Em sentido similar, cf. APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**, p. 82, ao afirmar que "(...) somente o controle difuso permite um amplo

esquecer, ainda, o significado potencial do controle concreto na defesa dos direitos fundamentais, como também menciona a doutrina[344]. Insta destacar, por oportuna, a opinião de Francisco Fernández Segado, que, após analisar a convergência entre os sistemas de controle, chega a afirmar que o sistema americano é que ocuparia posição verdadeiramente central, "(...) não implicando o modelo concentrado europeu-kelseniano mais do que modificações estruturais referentes àquele"[345]. Sendo assim, defendo a **preservação** do controle concreto no Brasil, sendo **agregada** ao Supremo mais uma classe processual, via emenda, para comportar o incidente de inconstitucionalidade.

Cabe aqui citar que a hipótese de supressão do controle concreto também tem sido discutida em Portugal, país que também apresenta modelo de controle multifacetado, sendo possível encontrar visões contrárias ao aniquilamento da possibilidade de que o Poder Judiciário proclame diretamente, em casos concretos, a contrariedade de uma lei ou ato normativo ante o Texto Constitucional[346].

---

debate constitucional". Há também quem vislumbre a relação mais próxima entre o controle difuso e o exercício da autonomia pública e privada, denunciando o quanto o controle concentrado tem contribuído para o fechamento das possibilidades de interpretação constitucional, sendo exemplo CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma crítica à prática judicial brasileira, p. 165.

[343] NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A Filosofia Hermenêutica para uma Jurisdição Constitucional Democrática: Fundamentação/Aplicação da Norma Jurídica na Contemporaneidade. **Revista Direito GV**, p. 160: "Pelo que foi exposto, percebe-se que o atual modelo de jurisdição constitucional adotado no Brasil vem gradativamente assumindo características que podem acarretar a impossibilidade de análise do caso concreto pelo Poder Judiciário. É necessário (re) visitar a hermenêutica da faticidade para se resgatar a necessária materialidade constitucional que deve estar presente no fundamento/aplicação dos discursos decisórios democráticos".

[344] Neste sentido, cf. CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A repercussão geral e a objetivação do controle concreto. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**, p. 199.

[345] SEGADO, Francisco Fernández. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**, p. 377.

[346] Neste sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. Insuficiências dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**, p. 55: "Retirar *ex abrupto* aos juízes a competência para julgar a inconstitucionalidade das normas conformaria um voto de desconfiança política no poder judicial, diminuiria a defesa da Constituição e fragilizaria a confiança pública nas instituições. E grande parte da riqueza da jurisprudência constitucional existente resulta da dialética, que se verifica entre a visão que os tribunais comuns têm sobre a questão de constitucionalidade no caso concreto a qual se perderia e a do Tribunal Constitucional". Em idêntico sentido, cf. BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**, em especial pp. 94 e 99.

Sendo assim, discordo das soluções que defenderam a inserção do incidente de inconstitucionalidade no Brasil como sinônimo da vedação de apreciação da incompatibilidade de leis e atos normativos pelos juízes ordinários, proposta abraçada, por exemplo, por Anhaia Mello em 1968[347]. A vitalidade do controle concreto como ferramenta historicamente incorporada à tradição constitucional continua a ser atualmente comprovada, não sendo recomendável o abandono de um verdadeiro elemento cultural da jurisdição constitucional brasileira.

A pesquisa da doutrina e jurisprudência brasileiras sobre o assunto revelou ser mais prudente a preservação de tradição centenária de controle em prol da maturação das causas. Malgrado o ímpeto por rapidez e celeridade decisórias seja marcante na atualidade, o controle concreto continua a contribuir para a **paulatina reflexão** sobre os assuntos constitucionais nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário. Ademais, não se pode ter o controle principal como sinônimo de necessária rapidez processual, como comprova a lentidão característica do julgamento de algumas ações diretas de inconstitucionalidade, por exemplo.

Caso o Supremo tenha contato com precedentes em matéria constitucional que evidenciem a necessidade de tratamento homogêneo das causas, editará uma Súmula Vinculante, como tem ocorrido com freqüência maior. Importa salientar, contudo, que a edição de Súmula Vinculante **pressupõe reiteração**, requisito irmanado com a passagem do tempo maturado pela pluralidade de causas examinadas. De modo distinto, o incidente de inconstitucionalidade, ao conduzir a questão constitucional de modo direto ao conhecimento da Corte, suprimirá a passagem do tempo como requisito condicionante de aferição.

A adoção do incidente de inconstitucionalidade nos moldes propostos trará um elemento importante para o controle concreto, representado pela chance de fazer com que o tema constitucional de impacto imediatamente perceptível pelo Supremo seja desde logo

[347] ANHAIA MELLO, José Luiz de. **Da separação de podêres à guarda da Constituição**, pp. 210-211: "Numa causa qualquer suscitada a questão constitucional, o juiz do feito remeterá a matéria para a Côrte resolver o incidente, e só após essa resolução, cuidar-se-á de prosseguir o processo principal". Segundo o autor: "Aconteceria assim, nos juízos ordinários e no processo comum, a suspensão do feito sempre que houvesse alegação de dúvida constitucional e, também, a possibilidade de ação direta fora da jurisdição comum".

apreciado, a partir da provocação por grupo restrito de legitimados ativos. O incidente servirá então como instrumento de comunicação entre as instâncias inferiores e o Supremo Tribunal Federal, sendo que a ferramenta singela do "Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade", organizada pelo Conselho Nacional de Justiça via Resolução, permitirá um tratamento sistematizado de todos os casos em que houver a pronúncia de inconstitucionalidade no País.

É possível, também, que, a depender do grau de aceitação e freqüência do uso do incidente de inconstitucionalidade, ocorra direta influência na edição de Súmulas Vinculantes. A chance de apreciação do tema com eficácia geral pelo STF traria impacto correlato aos das Súmulas no exercício do controle de natureza concreta. Não vejo, contudo, qualquer problema na convivência da Súmula Vinculante como enunciado editado a partir de **causas reiteradas** apreciadas pelo Tribunal com o Incidente de Inconstitucionalidade, conectado a partir de **tema específico**, que tenha despertado a atenção no amplo universo de decisões de inconstitucionalidade proferidas por Juízes e Tribunais em casos concretos. A utilização do incidente de inconstitucionalidade faria com um tema específico obtivesse, após a apreciação do STF, maior amplitude, sendo dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante[348]. Preserva-se, portanto, a deflagração do controle vinculado ao caso concreto e com efeitos que atingem as partes do processo, a princípio[349].

Por consequência, é de se imaginar que a previsão do incidente de inconstitucionalidade conduza ao Supremo Tribunal Federal mais uma oportunidade de ter

---

[348] A respeito da distinção entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, cf. a visão de FERNANDES, **André Dias. Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**, p. 171: "Portanto, o efeito vinculante consiste na obrigação dos órgãos do Poder Judiciário, à exceção do STF, e da Administração Pública direta e indireta (federal, estadual e municipal) de decidir, em situações análogas, em conformidade com a decisão do STF na ADIn ou na ADC. Já a coisa julgada erga omnes consiste na imutabilidade e indiscutibilidade, por quem quer que seja, da decisão final de mérito do STF em ADIn ou ADC, impedindo que se decida de novo a mesma questão constitucional que já foi decidida pelo STF". Reforçando a obrigatoriedade de respeito dos órgãos jurisdicionais à decisão do STF dotada de efeito vinculante, cf. ARRUDA, Paula. **Efeito Vinculante**, p. 87: "Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal entende majoritariamente que o efeito vinculante foi adequado à necessidade de obrigar todos os destinatários a estarem vinculados ao cumprimento da decisão, autorizando o uso da reclamação para preservar a autoridade do julgado constitucional".

[349] Vale conferir, por oportuna, a crítica de Roger Leal a respeito do impacto que a atribuição de efeito vinculante a todas as decisões proferidas pelo Supremo no âmbito do controle difuso possa trazer para o instituto da súmula vinculante, conduzindo à sua inoperância (LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, pp. 192-194, assim como p. 197). Não se trata, entretanto, da questão enfrentada neste trabalho de pesquisa, que não contempla a modificação dos efeitos das decisões do Supremo no âmbito do controle difuso incidental, e sim a concepção de um instrumento de condução da questão constitucional dos órgãos jurisdicionais inferiores para apreciação do STF.

de lidar com a temática da construção de uma sistemática de precedentes. Embora a experiência constitucional brasileira não seja marcada pela inspiração do *stare decisis* – lógica comum ao sistema norte-americano e que determina o reconhecimento da força obrigatória dos precedentes – ter-se-ia, com o manejo habitual do incidente de inconstitucionalidade, mais uma oportunidade de fazer com que o Tribunal seja levado a construir significados de aplicação ampliada. A ferramenta procedimental, entretanto, não garante o desenvolvimento da **cultura** de respeito aos casos passados, embora sirva de mais um elemento capaz de contribuir, em tese, para tanto.

De toda sorte, permanece válida a crítica no sentido da necessidade de adoção de uma sólida teorização acerca do respeito aos precedentes, tema que tem despertado a atenção da doutrina nacional, embora seja alvo de polêmica doutrinária[350]. Merece especial cuidado, desde logo, a advertência de que o conceito de precedente **não é** de simples apreensão, estando associado a um universo marcado por dimensões teóricas, históricas e práticas específicas na trajetória da *common law*, como evidenciam os estudiosos do assunto[351].

5.4.5.2 Incidente de Inconstitucionalidade e Repercussão Geral do RE

É importante traçar, também, uma relação entre o incidente de inconstitucionalidade e a repercussão geral do recurso extraordinário.

Sabe-se que a repercussão geral do recurso extraordinário foi criada com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, regulamentada pela Lei nº 11.418/06. Vale salientar que a referida legislação foi, segundo José Rogério Cruz e Tucci[352], resultado dos debates travados durante as VI Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, realizadas em Brasília entre os dias 11 a 14 de outubro de 2005. Contudo, é possível notar, de imediato,

---

[350] Neste sentido, cf. MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, p. 590. O autor parte da jurisprudência do STF sobre súmulas vinculantes para testar a aplicabilidade de três teorias sobre precedentes, extraídas de autores norte-americanos. Criticando a adoção de uma teoria geral dos precedentes, cf. STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, Vaguezas e Ambiguidades: Necessitamos de uma "Teoria Geral dos Precedentes?". **Direitos Fundamentais & Justiça**, em especial pp. 163, 166, 172 e 175.

[351] WADDAMS, Stephen. Authority, Precedent and Principle. **University of Toronto Law Journal**, pp. 127, 129 e 132.

[352] CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a Repercussão Geral como Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário (Lei 11.418/2006). *In*: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**, pp. 251-252.

que o instituto guarda semelhança com a antiga arguição de relevância, também vocacionada para prestigiar causas de significativo impacto no ordenamento jurídico[353].

Trata-se de instituto marcado pelo intuito de tratamento uniforme das questões constitucionais, tentando aproximar o STF do efetivo exercício de funções de Corte Constitucional. Tal objetivo foi buscado a partir da perseguição de um tratamento homogêneo dos temas, fazendo com que o Tribunal passasse a examinar uma controvérsia constitucional específica que, a partir de então, projetaria efeitos em diversas causas, sobrestadas nos Tribunais inferiores. O advento da repercussão geral trouxe ao Supremo Tribunal Federal um filtro institucionalizado de relevância dos recursos extraordinários levados ao seu conhecimento: a partir do seu surgimento, apenas os temas dotados de relevância política, econômica, social ou jurídica, e que transcendam os interesses das causas, são examinados. A admissibilidade da repercussão geral conduz ao sobrestamento dos processos em tramitação, fazendo com que surja o ônus de aplicação do quanto decidido pela Corte Maior pelos Órgãos recorridos. Para a célere apreciação da repercussão geral o STF criou o instrumento do Plenário Virtual, que contou com a opinião favorável da maioria dos Ministros da Corte[354].

A novidade foi, no geral, recepcionada com bastante entusiasmo, tendo sido a ela atribuído o mérito de redução significativa do acervo de processos no Tribunal[355]. Todavia, houve quem desconfiasse da exigência de *quórum* qualificado para julgar recurso desimportante[356], o que revelou preocupação com as dificuldades práticas decorrentes do procedimento.

Revela-se importante analisar os percalços de sua aplicação sob pena de novo congestionamento de processos na Corte, como evidenciou o Ministro Marco Aurélio

---

[353] CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A repercussão geral e a objetivação do controle concreto. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**, p. 203.

[354] Vale citar, neste sentido, LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos. **Revista de Direito Administrativo**, p. 83. Em sentido contrário, divergindo da criação do Plenário Virtual por acreditar na necessidade de ato público e deliberação colegiada para apreciação da repercussão geral, cf. MELLO, Marco Aurélio. Cinco anos de repercussão geral: reflexões necessárias. **Revista de Direito do Estado**, p. 145.

[355] Teria havido redução, no ano de 2008, de 41,7% do total de processos distribuídos ao STF (FREITAS, Marina Cardoso de. A Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários – Como o STF tem Aplicado este Instituto? *In*: VOJVODIC, Adriana et. al. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil** – SBDP, pp. 239-240).

[356] Neste sentido, cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**, p. 215, nota de rodapé nº 556.

Mello em recente artigo publicado a respeito. Na ocasião, denunciou o julgamento de mérito, pelo Supremo, de apenas cinco recursos com repercussão geral reconhecida durante todo o primeiro semestre de 2012[357]. Vale dizer, também, a existência de críticas doutrinárias a respeito da repercussão geral, na medida em que teria havido indevida restrição do acesso à justiça. Neste sentido, por exemplo, Sérgio Sérvulo da Cunha associou a repercussão geral à situação da "Mula de Tales", retratando hipótese em que o Poder Judiciário teria sido levado a se desfazer de suas responsabilidades[358].

A criação do incidente de inconstitucionalidade, nos termos defendidos neste trabalho, faria com que uma questão típica do chamado controle concreto chegasse ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal diretamente, operando uma espécie de cisão na causa examinada. Assim como na repercussão geral do recurso extraordinário, ter-se-ia uma situação em que ocorreria uma apreciação do tema capaz de gerar reflexos em uma multiplicidade de causas. Ambos os institutos possuem, portanto, a **mesma feição objetiva**, sendo de se esperar que a admissibilidade do incidente de inconstitucionalidade também esteja conectada ao critério da transcendência, revelador da aptidão da influência ampliada da análise singular.

Pode-se cogitar, inclusive, do aproveitamento da experiência positiva que a repercussão geral tem trazido ao Direito brasileiro como aprendizado útil à tramitação dos incidentes de inconstitucionalidade. Não vejo óbice, por exemplo, na possível utilização do instrumento albergado pelo Plenário Virtual para apreciação dos casos de incidente, tornando possível que o Relator, primeiramente, profira o seu Voto a respeito da questão de inconstitucionalidade, com a posterior submissão do seu entendimento ao Colegiado.

---

[357] MELLO, Marco Aurélio. Cinco anos de repercussão geral: reflexões necessárias. **Revista de Direito do Estado**, p. 149: "(...) Hoje existem no Supremo trezentos e oito extraordinários com repercussão geral admitida e apreciação de fundo pendente. Já há mais recursos extraordinários a tramitar dentro do novo sistema do que a capacidade atual do Tribunal de examiná-los nos anos vindouros, mesmo que, no colegiado virtual, não se declare a repercussão geral de qualquer matéria em futuro próximo. No primeiro semestre de 2012, foi analisado o mérito de apenas cinco recursos com repercussão geral assentada. Outros 17 aguardam inclusão em pauta. O ritmo do reconhecimento, quando comparado ao de julgamento, leva a prever o colapso do sistema".

[358] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O Recurso Extraordinário, a Repercussão Geral e a Mula de Tales. **Caderno de Soluções Constitucionais**, pp. 432-433. O autor traça intensa crítica à aceitação da restrição recursal pela Corte, nos seguintes termos: "A Corte que tem o poder de acolher ou não um recurso, segundo seu arbítrio, não é republicana: quem não tem o direito de recorrer, e o que faz é apenas suplicar, não é cidadão, mas súdito" (p. 431).

5.4.5.3 Incidente de Inconstitucionalidade e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil

Por fim, creio ser extremamente importante cotejar o incidente de inconstitucionalidade no universo de possíveis mudanças legislativas na esfera processual cível brasileira, tendo em vista os constantes debates a propósito do advento do novo Código de Processo Civil.

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8046/2010) concede tratamento destacado para que as demandas repetidas sejam enfrentadas de maneira uniforme. Particularmente, o tópico será destinado ao exame do chamado **incidente de resolução de demandas repetitivas**, inovação do regramento processual junto aos demais procedimentos previstos de tratamento homogêneo de causas[359].

Neste sentido, cabe destacar o espírito que rege o artigo 882 do Anteprojeto[360], que determina o encargo aos Tribunais de velar pela "uniformização e pela estabilidade da jurisprudência", devendo-se observar a edição, sempre que possível, de enunciados que correspondam à súmula de jurisprudência dominante (inciso I). O ideal de vinculação dos órgãos inferiores pelos superiores encontra-se presente nos três incisos seguintes do artigo 882, contemplando: **(I)** a vinculação dos órgãos fracionários aos órgãos que sejam a ele superiores (inciso II); **(II)** a vinculação dos órgãos vinculados ao Tribunal à sua jurisprudência pacificada (inciso III); **(III)**, por fim, a vinculação de todos os Tribunais e juízes singulares do País à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores (inciso IV).

O último inciso do artigo 882 prevê a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões, quando se tratar de alteração de jurisprudência dominante do STF e

---

[359] Abordando a inovação do incidente no processo civil brasileiro, cf. BASTOS, Antônio Adonias A. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no Projeto do novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**, p. 32. No mesmo sentido, cf. WELSCH, Gisele Mazzoni. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. *In*: ROSSI, Fernando et al (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 230: "(...) tal instituto representa mais uma técnica de uniformização de jurisprudência, buscando a instauração de decisões iguais para casos que versem sobre idêntica questão de Direito com potencial de gerar relevante multiplicação de processos, privilegiando a segurança jurídica e isonomia de tratamento a casos análogos".

[360] Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte.

dos Tribunais Superiores, ou então quando se tratar do exame de casos repetitivos. No particular, o Anteprojeto segue a lógica incorporada ao controle de constitucionalidade pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Também mostra preocupação com a necessidade de fundamentação "adequada e específica" quando houver mudança de entendimento consolidado, como dispõe o §1º do artigo 882. Nota-se um cuidado com a legitimação democrática do procedimento de revisão da jurisprudência, que permite a realização de audiências públicas e a participação de "pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria" (§2º do artigo 882). Vale dizer que o Projeto considera como julgamento de casos repetitivos o julgamento do "incidente de resolução de demandas repetitivas" e o dos "recursos especial e extraordinário repetitivos", previstos, respectivamente, nos incisos I e II do artigo 883.

Os artigos 901 a 903 do Anteprojeto do Novo Código de Processo reiteram a regulamentação atualmente existente para o julgamento do incidente de inconstitucionalidade, prevista nos artigos 480 a 482 do atual Código de Processo Civil.

No que diz respeito, particularmente, ao incidente de resolução de demandas repetitivas, cabe examinar os artigos 930 a 941 do Anteprojeto. O *caput* do artigo 930 revela ser admissível o incidente de demandas repetitivas "sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica"[361]. Houve quem criticasse esse cunho preventivo do incidente de resolução de demandas repetitivas, já que o instituto "(...) pressupõe apenas a identificação de controvérsia com potencial para gerar relevante multiplicação de processos, isto é, não se exige a real ocorrência da massificação, mas a sua mera possibilidade (...)"[362], na visão de Antônio Adonias. Por outro lado, Leonardo Cunha defende que a interpretação prevalecente sobre o incidente considere a "(...) prévia existência de sentenças conflitantes, para que se possa instaurar o incidente.

[361] Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.
[362] BASTOS, Antônio Adonias A. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no Projeto do novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**, p. 35.

Noutros termos, cumpre conferir ao dispositivo interpretação teleológica, com vistas a dele extrair maior rendimento (...)"[363].

A instauração do incidente será dirigida ao Presidente do Tribunal pelo Juiz ou Relator, ou então pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (incisos I e II do §1º do artigo 930). Há, na doutrina processual, quem defenda a ampliação da legitimidade ativa para o uso do incidente, sugerindo que inclua os mesmos legitimados para a propositura da ação civil pública[364].

Deve haver ampla divulgação do incidente por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 931), sendo possível que o seu Relator requisite informações ao Órgão em cujo Juízo transcorra o processo originário, sendo garantida, ainda, a participação do Ministério Público no curso do procedimento (art. 932).

O juízo de admissibilidade do incidente competirá ao Plenário ou Órgão Especial do Tribunal (art. 933): caso seja rejeitado, os processos pendentes retomarão o seu curso; caso seja admitido, o incidente faz com que haja a imediata vinculação dos demais Juízes e Tribunais situados no âmbito da competência do Tribunal (§2º do art. 933), suspendendo os processos pendentes em primeiro e segundo grau de jurisdição (art. 934).

A seguir, durante o processamento do incidente, assegura-se a ampla oitiva das partes e de "pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia"[365], que poderão requisitar a juntada de documentos ou a tomada de diligências tidas como necessárias para o julgamento. Quando concluídas as diligências, o Relator pedirá dia para julgamento do incidente (art. 936).

---

[363] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie. ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**, pp. 276-277, assim como p. 280.

[364] Neste sentido, cf. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua legitimidade. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 442.

[365] Art. 935. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

O artigo 937 do Anteprojeto diz respeito à possibilidade de requisição da suspensão de todos os processos em curso no Território Nacional que versem sobre a questão alvo do incidente. Tal providência depende de requisição formulada pelas partes, interessados, Ministério Público e Defensoria Pública, dirigida ao Tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial.

Os artigos 938, 939 e 941 contemplam o julgamento e eficácia da decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas. Uma vez julgado o incidente, garante-se que a "tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitam na área de jurisdição do respectivo tribunal"[366]. Tal prescrição assegura a incidência de uma espécie de "efeito vinculante" do incidente de resolução de demandas repetitivas[367]. Vale registrar que o novo Código traz, inclusive, uma espécie de "resolução superantecipada da lide"[368] ao Magistrado de primeiro grau nos casos de entendimento dos tribunais superiores sumulado após decisão em causa repetitiva, providência nitidamente alvitrada com o intuito de prestigiar a uniformidade decisória.

A seguir, o artigo 939 assegura o prazo de seis meses para julgamento do incidente, sendo assegurada a sua preferência ante os demais feitos, com a ressalva dos que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus*. Por fim, o artigo 941 assegura que o eventual desrespeito à tese adotada na decisão proferida no incidente ensejará o cabimento de reclamação constitucional, dirigida ao Tribunal competente.

A inspiração para o advento do incidente de resolução de demandas repetitivas adveio do Direito alemão, guardando conexão com o chamado *processo-modelo* ou procedimento de *coletivização*[369]. Diverge, entretanto, na medida em que permite, no caso brasileiro, apenas a análise de questões de direito, enquanto o procedimento germânico

---

[366] Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

[367] Neste sentido, cf. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no projeto do novo Código de Processo Civil. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 194. Contudo, há quem veja inconstitucionalidade na previsão de efeito vinculante no caso, como por exemplo: RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. O incidente de resolução de demandas repetitivas. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, pp. 545-546.

[368] A expressão é utilizada por ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetitivos e o novo CPC – ampliação do caráter vinculante das decisões judiciais. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 313.

[369] Neste sentido, cf. WELSCH, Gisele Mazzoni. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.) **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 233.

permite a análise tanto de questões de fato quanto de direito[370]. Há, ainda, quem vislumbre semelhança entre o instituto brasileiro ante o chamado *caso-teste* espanhol[371] ou o procedimento *por agregação* português[372].

Entretanto, o instituto já possui adeptos e críticos, constatação a que se pode chegar examinando, por exemplo, as opiniões de Francisco Verbic e Alexandre Grande Mandelli. O primeiro elogia a solução brasileira, considerando-a vantajosa, inclusive, caso seja comparada com instituto correlato nos Estados Unidos, e defendendo sirva de inspiração para o ordenamento jurídico argentino[373]. Já o segundo autor, por sua vez, defende a inserção, no Brasil, da experiência americana no universo das ações coletivas, sendo necessária a adoção de instrumento que iniba o ajuizamento de novas causas[374].

Para os efeitos desta pesquisa, vejo como favorável a adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas, que tanto assegura procedimento promotor de maior uniformidade decisória quanto demonstra notória preocupação com a abertura democrática, garantindo a participação dos interessados no processo de julgamento.

Sendo assim, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas vem ao encontro da atual demanda pela celeridade e homogeneidade decisórias, anteriormente exposta no decorrer desta pesquisa. Uma vez criado, dotará o Poder Judiciário de ferramenta poderosa no sentido de analisar uma tese jurídica aplicada a diversos casos correlatos, lógica que possui grandes chances de contribuir para um tratamento uniforme de demandas, evitando a tão prejudicial reiteração de causas idênticas, situação que desprestigia não apenas a razoável duração do processo, mas também o princípio da isonomia e o próprio ideal de Justiça.

---

[370] Neste sentido, cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**, p. 275, nota de rodapé nº 17. De modo similar, cf. WELSCH, Gisele Mazzoni. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.) **O futuro do processo civil no Brasil**, pp. 233-234.

[371] Neste sentido, cf. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua legitimidade. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, pp. 436-439.

[372] Neste sentido, cf. RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. O incidente de resolução de demandas repetitivas. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 545.

[373] VERBIC, Francisco. El incidente de resolución de demandas en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil Brasileño. **Revista de Informação Legislativa**, em especial pp. 191, 198 e 201.

[374] MANDELLI, Alexandre Grandi. O "incidente de resolução de demandas repetitivas". **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, em especial pp. 40 e 49.

Embora guarde pontos em comum com a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas, a proposta defendida nesta pesquisa não é idêntica, sendo que ao menos dois pontos, em especial, chamam a atenção como traços diferenciais: **(I)** o pressuposto de instauração de cada um dos institutos; **(II)** a legitimidade ativa.

Em primeiro lugar, há distinção em relação ao pressuposto de instauração dos incidentes. No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, há a necessidade da **pluralidade de causas** como indicativo da necessidade de uniformização, requisito necessário para que haja um quadro de insegurança a ser sanado. Entretanto, o incidente de inconstitucionalidade, nos moldes aqui defendidos, pode ser instaurado a partir de **caso singular**, partindo da constatação de que todo e qualquer caso em que ocorre o afastamento da aplicação de lei ou ato normativo pelo Poder Judiciário apresenta presumido interesse público, ante o envolvimento com matéria constitucional. Cabe reforçar que resta mantido o controle concreto de constitucionalidade; entretanto, a partir do julgamento preservado do caso concreto, a questão pode ser conduzida ao Supremo Tribunal Federal para que profira, sendo o caso, decisão aplicável a todos os demais órgãos jurisdicionais.

Ademais, em segundo lugar, também existe notória distinção no que diz respeito à **legitimidade ativa** do pleito de instauração de ambos os incidentes. No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, o §1º do artigo 930 atribui a legitimidade ativa do pedido de instauração ao Juiz ou Relator, por ofício (inciso I), ou então às partes, ao Ministério Público ou à Defensoria Pública, por petição (inciso II). Contudo, em se tratando do incidente de inconstitucionalidade, confere-se legitimidade ativa aos entes tradicionalmente previstos no artigo 103 da Constituição Federal, historicamente associados à deflagração do controle de constitucionalidade principal.

5.4.5 Síntese Final: entre a Reinvenção e o Amadurecimento

No ano de 1912, em sua obra "À margem do direito", Pontes de Miranda tratava da persistente tarefa de lapidar o Direito, assim definindo a função do jurista na realização da atividade de interpretação: "O direito é uma espécie de árvore, que o jurista cultiva, dando-

lhe formas diversas, podando-o, ajustando ramalhos, por lhe imprimir feitio simétrico e mais humanamente artístico"[375].

Comparo o belo trecho ao intuito aguardado de toda tese, na medida em que se arvora a propor solução inovadora que seja ousadamente capaz de avançar algum ramo específico do conhecimento.

Uma tese anseia ser singela semente a frutificar em árvore jurídica frondosa.

O início desta tese revelou um apelo em prol da **reinvenção** do papel do incidente de inconstitucionalidade no âmbito do controle realizado no Brasil. Como é próprio da perspectiva teórica original que se espera quando da construção da originalidade de qualquer tese, imaginei que a inovação pudesse ser encontrada em uma audaciosa reconfiguração completa do incidente de inconstitucionalidade para que, enfim, uma vez adotado em nosso ordenamento jurídico, pudesse desempenhar o seu potencial modificador, capaz, até mesmo, de conduzir à restrição do exercício do controle concreto.

Entretanto, ao final de toda a pesquisa efetuada, o que se percebe é que menos que reinvenção revolucionária, o que é necessário para a elevação do potencial de uniformidade decisória do controle de constitucionalidade nacional é o **amadurecimento do incidente de inconstitucionalidade na forma já prevista pela Lei nº 9.882/99**. Se há o desejo por maior concentração e homogeneidade decisórias, a partir de entendimentos proferidos por uma Corte Especializada no universo do controle concreto, o caminho não é a criação revolucionária de novas ações ou de novos institutos, mas sim o amadurecimento do que já existe, malgrado subutilizado, a depender de reconfiguração, como proposto pela Proposta de Emenda Constitucional nº 406.

Sempre enxerguei com ceticismo a existência de desnecessárias complexidades no universo de controle de constitucionalidade brasileiro, postura teórica que assumi desde os

[375] MIRANDA, Pontes de. **À margem do direito (Ensaio de Psicologia Jurídica)**, p. 88. Para uma visão da Constituição como uma árvore viva segundo corrente hermenêutica específica, cf. WALUCHOW, Will. Constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, p. 100: "Alguns constitucionalistas e juízes constitucionais vêem a constituição como uma "árvore viva" que, por sua natureza, deve ter o direito de crescer e de se adaptar às circunstâncias e entendimentos contemporâneos sobre a justiça". Vale dizer que, na página seguinte, o autor problematiza a questão, indagando a respeito de como tal perspectiva pode conviver com o *status* de fundamentalidade da Constituição.

primeiros trabalhos componentes da escolha pessoal que fiz em prol de uma linha de pesquisa específica. Neste sentido defendi, quando da conclusão dos estudos de Mestrado[376], a extinção da arguição de descumprimento de preceito fundamental em sua modalidade principal, com a incorporação do seu objeto específico – contemplando, por exemplo, leis municipais e a análise do direito anterior à Constituição – no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade genérica. Tal modificação partiu da constatação da grande proximidade entre a ADPF e a ADI genérica em relação aos **elementos centrais** do seu processamento, sendo que os traços que são usualmente apontados como peculiares da arguição de descumprimento de preceito fundamental não justificam a permanência da abordagem distinta. Esta conclusão pôde ser obtida inclusive a partir da jurisprudência do Supremo, que costuma recorrer à fungibilidade para preservação da tramitação processual eventualmente equivocada. A adoção da proposta então formulada faria com que houvesse um rol menor de ações de controle, propiciando ao Supremo Tribunal Federal o processamento de uma ação direta de inconstitucionalidade genérica **enriquecida**, mais simples e mais eficaz, já que o seu mérito não seria comprometido por dúvidas processuais de cabimento, capazes de prejudicar a atenção do mais importante.

No caso do incidente de inconstitucionalidade o raciocínio **parte de constatação inversa**: já existe no Brasil o incidente de inconstitucionalidade há muito tempo preconizado pela doutrina especializada, inserido pelo artigo 1º da Lei nº 9.882/99. A aprovação da PEC nº 406 terá, pois, a virtude de superar o argumento de que o instituto trouxe competência para o Supremo Tribunal Federal via legislação ordinária, quando o correto seria a atribuição da competência por meio de Emenda Constitucional. Não se trata de argumento de menor relevância, tendo sido, inclusive, acolhido pelo Ministro Néri da Silveira quando da prolação do seu voto nos autos de Ação Direta ajuizada para impugnar justamente a criação, via lei, de competência supostamente indevida para a Corte Maior. Ocorre que a existência do incidente, de acordo com o formato concebido pela Proposta de Emenda, apenas frutificará com a previsão de um Cadastro que assegure o conhecimento do universo de decisões de inconstitucionalidade, proferidas pelos Juízes e Tribunais brasileiros nas lides sujeitas à sua apreciação.

[376] CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, em especial pp. 137-138.

As sugestões desenhadas nesta pesquisa têm o condão de fazer com o incidente eventualmente aprovado preserve o seu perfil de instrumental de processo objetivo de constitucionalidade a partir de um caso concreto, intento que dotará o STF da condição de examinar a temática constitucional de modo mais célere, projetando os efeitos de suas decisões em toda a Administração Pública e nos demais órgãos do Poder Judiciário.

A propalada reinvenção do controle de constitucionalidade não partirá de medidas de difícil implantação prática, custosas ou contrárias à cultura nacional. Pelo contrário: a criação e disseminação de um "Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade" pelo Conselho Nacional de Justiça terá o condão de promover o conhecimento global sobre a realidade brasileira de decisões de inconstitucionalidade, habilitando os legitimados ativos à propositura do incidente. Sendo assim, haverá a entrega, ao Supremo, da tão desejada oportunidade de homogeneização, sem que seja necessário aguardar tamanha passagem do tempo.

Como anteriormente mencionado, o referido Cadastro preencherá lacuna a respeito da ausência de conhecimento sistemático dos casos em que ocorra a proclamação da inconstitucionalidade por Juízes e Tribunais em casos concretos, dotando os legitimados ativos para o ajuizamento do incidente de instrumental poderoso de provocação do STF.

O caminho da reinvenção, portanto, será atingido por meio do nosso amadurecimento para um **novo olhar** sobre o quanto possuímos. Caso o controle de constitucionalidade brasileiro seja obrigado a refletir sobre si mesmo talvez a sua imagem no espelho não revele com nitidez a presença de uma riqueza escondida nos mecanismos de controle, e que apenas precisa ser mais bem explorada.

Passados cerca de quinze anos da edição da Lei nº 9.882/99, ainda nos resta apreender que a tão desejada eficácia do controle brasileiro passa pela **simplificação**, responsável por promover maior eficácia no universo do controle. No âmbito do controle **principal**, a simplificação será atingida quando houver ação com objeto enriquecido, desacompanhada de desnecessárias discussões procedimentais a respeito, que por vezes aniquilam, inclusive, importantes debates de mérito que de outro modo chegariam ao conhecimento da Corte. Por sua vez, no âmbito do **controle concreto** – objeto específico

desta pesquisa – ela será alcançada quando notarmos o potencial que já trazemos conosco de condução de causas ao Supremo Tribunal Federal para decisão imediata, acompanhado de instrumento de sistematização das decisões existentes (Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade).

Acredito que este **novo olhar** será o instrumento capaz de avançar um degrau na história do controle de constitucionalidade brasileiro. Reitero aqui a **preservação** dos instrumentos do controle concreto existentes, que contam com argumentos ricos a favor de sua manutenção. Defendo, contudo, a ocorrência da **agregação** do incidente de inconstitucionalidade ao controle brasileiro na condição de nova classe processual conduzida ao Supremo Tribunal Federal. Tal intuito será, em síntese, alcançado a partir de dois passos: **(I)** a efetiva aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 406, dotando o STF da inquestionável competência para apreciar, a partir da provocação dos legitimados ativos específicos, uma questão constitucional que seja, em sua visão, controvertida, promovendo o alcance geral do seu convencimento; **(II)** a criação de um "Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade", via Resolução do CNJ, ferramenta que permitirá um conhecimento global e sistematizado de todos os casos em que houver a declaração de inconstitucionalidade por Juízes e Tribunais no Brasil, assegurando a ciência, pelos legitimados ativos para o ajuizamento do Incidente de Inconstitucionalidade, da existência de tema específico em que ocorreu a proclamação de inconstitucionalidade e que seja merecedor de atenção do Supremo Tribunal Federal.

Como inicialmente mencionado, a reinvenção, pois, fortalece. E, paradoxalmente, reside no universo da simplicidade.

CONCLUSÕES

Após a pesquisa efetuada no decorrer desta tese, é necessário sistematizar as principais conclusões obtidas, abaixo expostas.

O **Capítulo 1** evidenciou a necessária contextualização do controle de constitucionalidade brasileiro, que ostenta reconhecido modelo de fiscalização complexa. Justificou-se a construção do referido Capítulo para que fosse desenhado o universo em

que se inseriu o incidente de inconstitucionalidade como objeto de estudo específico. O principal objetivo do Capítulo foi mostrar o quanto houve, no Brasil, a construção de uma **pluralidade singular** na experiência de controle, reunindo, com intensidade cada vez maior, instrumentais de deflagração de decisão homogênea, dotada de efeito vinculante.

No **Capítulo 2**, por sua vez, houve a revisão histórica das etapas de previsão normativa do incidente de inconstitucionalidade. Neste sentido, foram examinadas as Constituições ao longo da história para analisar de que modo trouxeram o incidente de inconstitucionalidade, inaugurado no Brasil a partir de 1934. Com isso a pesquisa realizou uma análise das feições que o instituto apresentou ao longo do tempo, de modo a colher subsídios para a sua atual interpretação.

Uma vez devidamente contextualizado, o incidente de inconstitucionalidade foi alvo de uma abordagem normativo-processual no **Capítulo 3**. Neste sentido, foram examinadas as principais polêmicas detectadas no universo jurisprudencial no que tange à operacionalização da reserva de plenário, tarefa à que usualmente o incidente de inconstitucionalidade foi ligado historicamente.

A seguir, no **Capítulo 4**, a pesquisa cotejou o incidente de inconstitucionalidade com experiências do Direito Estrangeiro. Privilegiou-se, no caso, a comparação com a realidade latino-americana, portadora de contexto histórico-cultural mais próximo. Além disso, foram citadas, de modo episódico, algumas experiências relevantes na esfera internacional, assumindo destaque, no particular, a realidade portuguesa.

Por fim, no **Capítulo 5**, ocorreu a efetiva construção da tese defendida. Esta partiu da percepção de que já existe instrumental legislativo muito próximo ao incidente de inconstitucionalidade que se deseja inserir por meio de Proposta de Emenda Constitucional em tramitação, corporificado na Lei nº 9.882/99. Entretanto, malgrado de fato exista a referida viabilidade, o que se percebe é uma ausência mais aprofundada de exploração do seu conteúdo, havendo, inclusive, entendimento jurisprudencial pela inconstitucionalidade da novidade, na medida em que trouxe competência nova para o Supremo Tribunal Federal sem que houvesse o respectivo embasamento na Constituição.

Defendo, portanto, a aprovação da Proposta de Emenda em tramitação no Congresso que versa sobre o incidente de inconstitucionalidade, devendo apresentar o perfil objetivo detalhado no curso desta pesquisa. Contudo, a singela aprovação da Emenda Constitucional não sanará a ausência de conhecimento global e sistematizado, no Brasil, a propósito das hipóteses em que ocorre o afastamento da aplicação de lei ou ato normativo por Juízes e Tribunais. Sendo assim, a aprovação da Emenda Constitucional deve ocorrer no mesmo contexto de criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio de Resolução, de um Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade, alimentado pelos próprios Órgãos Jurisdicionais ao proferirem decisões que reconheçam a incompatibilidade normativa com a Constituição.

Ocorrerá, com isso, a previsão de instrumental inovador e com potencial de significativa redução no tempo de tramitação dos processos, na medida em que conduzirá ao Supremo a apreciação direta da questão de inconstitucionalidade debatida. Ademais, a referida condução será viabilizada ante a criação de mecanismo que permita o conhecimento da existência de questões controversas, lacuna suprida pelo advento do Cadastro Nacional.

A **hipótese de pesquisa** concebida inicialmente, relacionada com a extinção do controle concreto de constitucionalidade em prol com a criação do incidente de inconstitucionalidade, apenas pôde ser **parcialmente confirmada**. Não se mostrou justificável e desejável o abandono do controle concreto, de tradição centenária, responsável por maturação argumentativa relevante no contexto de causas que percorrem as mais diversas instâncias do Poder Judiciário até alcançarem a apreciação do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a perceptível necessidade de que o Tribunal também tenha o dinamismo de decidir, a partir de um caso específico, com eficácia ampliada, encontraria apropriado amparo na previsão de um incidente de inconstitucionalidade, conectado ao Cadastro Nacional de Decisões de Inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade brasileiro persistirá sendo um sistema complexo, a despertar a curiosidade em relação aos mecanismos de coerência interna de suas decisões. Ocorre que a solução defendida nesta tese, além de preservar o sistema nos seus demais termos, lhe traria uma ferramenta significativa, marcada pela aptidão de proporcionar o

exame de questão constitucional de modo direto, sem maior demora processual, com a devida oitiva das autoridades envolvidas e com a riqueza argumentativa propiciada pelos debates com abertura democrática. A partir de questão singular, então, o Supremo resolveria múltiplas causas em tramitação em todo o restante do Poder Judiciário.

Concebi, no início deste trabalho de pesquisa, a história do controle no Brasil como a construção de uma **pluralidade singular**, dada a diversidade de influências externas para a caracterização do seu perfil, reconhecido por uma controversa identidade. A criação do incidente de inconstitucionalidade, associado ao Cadastro Nacional de Decisões, servirá, curiosamente, para que exista no ordenamento jurídico brasileiro um instrumento **singular, mas também plural**: a apreciação de questão constitucional específica, conduzida à Corte Suprema a partir do julgamento de inconstitucionalidade proferido em casos concretos, guarda consigo a riqueza de proporcionar a múltipla repercussão da causa, decidida, ressalte-se, em processo de cunho objetivo, dotado de efeito vinculante, e legitimado pela significativa abertura democrática no decorrer do procedimento, o que representa um passo importante no controle de constitucionalidade no Brasil.

Portanto, tendo em mente a pluralidade singular do sistema brasileiro de controle, a adoção do incidente conjugada ao cadastro nacional de decisões fará com que a história do controle concreto seja o retrato de uma inédita **unidade na pluralidade**, reinventada em sua simplicidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antônio Figueira de. **A Constituição de Dez de Novembro Explicada ao Povo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1940.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Súmula Vinculante. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Almedina, 2012.

AMARAL, Maria Lúcia. Justiça Constitucional e Trinta Anos de Constituição. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, Nº 2, Abril-Junho de 2006: 395-401.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Da Admissibilidade da Restrição Temporal de Efeitos das Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Concreto. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (et. al.). **Direito Constitucional, Estado de**

Direito e Democracia: Homenagem ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011: 433-443.

_____. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Reclamação 4.335 e a busca do *stare decisis*. **Consultor Jurídico** (Coluna Observatório Constitucional, 25/05/2013). Disponível em: www.conjur.com.br/2013-mai-25/observatorio-constitucional-reclamacao-4335-busca-stare-decisis. Acesso em: 21/12/2013.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 3º Volume. 22 ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2º Volume. 24 ed. rev. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

AMORIM PEREIRA, José Eduardo Penna. Desafios da Reserva de Plenário. *In*: MACIEL, Adhemar et. al. **Estudos em Homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009: 115-125.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Comparative Constitutional Law: Judicial Review. **Journal of Constitutional Law**. Vol. 3. May 2001: 977-989.

ANDRADE, Luciana Sater de. Controle de Constitucionalidade das Normas Pré-Constitucionais na Jurisprudência do STF – o Julgamento da ADI 02, as Razões Determinantes do Tribunal e as Consequências da Postura Adotada. *In*: COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana M. (Organizadores). **Jurisprudência Constitucional**: como decide o STF? – SBDP. São Paulo: Malheiros, 2009: 197-218.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. **Da separação de podêres à guarda da Constituição**: as Côrtes Constitucionais. Dissertação para concurso à cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 1968.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Sobre a Súmula Vinculante. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 210, Outubro-Dezembro de 1997: 129-146.

APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Idesp, Sumaré, Fapesp, Educ, 1997.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetitivos e o novo CPC – ampliação do caráter vinculante das decisões judiciais. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011: 311-320.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na Política: a construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 250, Janeiro-Abril de 2009: 5-12.

ARRUDA, Paula. **Efeito Vinculante**: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional. Estudo Comparado com Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. Poder Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 107. Janeiro-Março-1972: 1-13.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte Norte-Americana: um Modelo para o Mundo? **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 233, Julho-Setembro de 2003: 201-211.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. Controle de Constitucionalidade: Proposta de Simplificação. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. Centro de Estudos. Nº 54. Dezembro de 2000: 21-43.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UNIBRASIL**. Nº 9, 2008: 258-301.

_____. Influência da Reconstitucionalização de Portugal sobre a Experiência Constitucional Brasileira. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, Nº 2, Abril-Junho de 2006: 403-410.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Antônio Adonias A. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no Projeto do novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Estudos em Homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPODIVM, 2011: 21-39.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 4º Volume – Tomo III. Artigos 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATISTA NEVES, André Luiz. **Introdução ao Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial. *In*: RAMOS, Elival da Silva;

MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Almedina, 2012.

BELLEM DE LIMA, Rafael. Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade – A Representação Técnica das Partes no caso das Pesquisas com Células-Tronco. *In*: VOJVODIC, Adriana et. al. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil** – SBDP. São Paulo: Malheiros, 2012: 245-260.

BERFORD, Álvaro Bittencourt. **O Estado Nacional e a Constituição de Novembro de 1937**. São Paulo: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1944.

BILDER, Mary Sarah. Idea or Practice? A Brief Historiography of Judicial Review. **Boston College Law School. Legal Studies Research Paper Series**. Research Paper 156. May 19, 2008: 1-18. Disponível em: Social Science Research Network (http://ssrn.com/abstract=1134831). Acesso em: 31/07/2012.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. Nº 18 (51), 2004:127-150.

BOTTA, Henk. Comparative Constitutional Law in the Classroom: A South African Perspective. **Penn State International Law Review**. Vol. 28:3, 2010: 531-540.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: procedimento comum: ordinário e sumário, 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor. São Paulo: Saraiva, 2000.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Volume I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

_____. Sentido e Interpretação da Constituição de 1946. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 8. Abril-Junho-1947: 1-4.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. I Volume. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

_____. **Direito Constitucional**. II Volume. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel. A Constituição no Tempo: uma Reflexão. **Revista de Direito do Estado**. Ano 3. Nº 12. Outubro-Dezembro de 2008: 45-53.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional. **Revista Direito GV**. Nº 12. Julho-Dezembro de 2010: 469-492.

CARDOSO, Oscar Valente Cardoso. Declaração de Inconstitucionalidade, Reserva de Plenário e Competência das Turmas Recursais. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**. Nº 104. Novembro-2011: 100-107.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Controle incidental de constitucionalidade. **Revista da ESMAPE**. v. 14. Nº 29. Jan/Jun-2009: 517-524.

CARNEIRO, Levi. **Pela Nova Constituição**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1936.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**. Porto Alegre. Ano 12. nº 23. Jan./Abr. 2010: 176-207.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Coisa Julgada e Controle Incidental de Constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 254, Maio-Agosto de 2010: 151-168.

CASTRO, Araújo. **Manual da Constituição Brasileira**: Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1918.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHACON, Vamireh. **Vida e Morte das Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COIRO, Adriana Lacombe. Aos Ministros, tudo? Uma análise da aplicação dos requisitos constitucionais na elaboração de súmulas vinculantes. **Revista de Direito do Estado**. Ano 7. Nº 24. Julho-Setembro de 2012: 159-201.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Réquiem para uma Constituição. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001: 77-87.

CONGRESSO NACIONAL. **Revisão da Constituição Federal**. Propostas Revisionais Agrupadas por Dispositivo Constitucional. Título IV – Da Organização dos Poderes. Capítulo III – Do Poder Judiciário. Seção I – Disposições Gerais (Arts. 92 a 100).

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

COOLEY, Thomas Mcintyre. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. Tradução de Alcides Cruz; prefácio de Eloy José da Rocha. 2 ed., reprodução fac-similar parcial da ed. de 1909. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

CORRÊA, Oscar Dias. A Ordem Jurídica de 1930 a 1933. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 181-182, Julho-Dezembro de 1990: 1-20.

COSTA, José Rubens. Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 225, Julho-Setembro de 2001: 45-56.

COSTA MACHADO (org.); CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da (coordenadora). **Constituição Federal Interpretada**. Artigo por Artigo. Parágrafo por Parágrafo. 4 ed. Barueri: Manole, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: Lineamentos Básicos e Revisão Crítica no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Incidente de Inconstitucionalidade e Súmula Vinculante nº 10: Avanço ou Retrocesso? *In*: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Volume 4, 2012: 199-207.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a Repercussão Geral como Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário (Lei 11.418/2006). *In*: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Estudos em Homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPODIVM, 2011: 269-292.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O Recurso Extraordinário, a Repercussão Geral e a Mula de Tales. **Caderno de Soluções Constitucionais**. Volume 3. São Paulo: Malheiros, 2008: 422-433.

CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A repercussão geral e a objetivação do controle concreto. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Almedina, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e Prática. Salvador: JusPODIVM, 2006.

CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel Espécie de Judicial Review? **Revista de Direito do Estado**. Ano 2. Nº 5. Janeiro-Março de 2007: 267-288.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle da constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional. 2 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER JR., Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. *In*: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Constituição, Jurisdição e Processo** (coordenadores). Porto Alegre: NOTADEZ, 2007: 329-345.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINIZ, José Janguiê Bezerra. Controle incidental de constitucionalidade das normas. Trabalho & Doutrina. Processo. Jurisprudência. **Revista Jurídica Trimestral**, nº 15. Dezembro de 1997: 61-65.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo: Saraiva, 2012.

ENTERRÍA, Eduardo García. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, Nº 1, Janeiro-Março de 2006: 3-23.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: A Theory of Judicial Review. Fourteenth printing (2002). Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1980.

ESQUIROL, Jorge. Writing the Law of Latin America. **The George Washington International Law Review**. Volume 40, 2009: 693-732.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (18 de setembro de 1946). 2º Volume. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, Janeiro-Abril de 2013: 399-452.

FEREJOHN, John E. Constitutional Review in the global context. **Legislation and Public Policy**. Vol 6: 49-59. 2002.

FERNANDES, André Dias. **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC**: Efeito Vinculante, Coisa Julgada *Erga Omnes* e Eficácia *Erga Omnes*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Constituição, Utopia e Utopismo – O Exemplo da Constituição Cidadã Brasileira. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. V. 9. Nº 1. Janeiro-Junho de 2009: 35-55.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A idéia de Constituição no Mundo Contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 169, Julho-Setembro de 1987: 12-29.

_____. **Comentários à constituição brasileira**: emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 250, Janeiro-Abril de 2009: 151-167.

_____. O Valor do Ato Inconstitucional em face do Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 230, Outubro-Dezembro de 2002: 217-236.

FREITAS, Herculano de. **Direito Constitucional**. Edição feita no ano do Centenário de Nascimento do Autor. São Paulo, 1923.

FREITAS, Marina Cardoso de. A Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários – Como o STF tem Aplicado este Instituto? *In*: VOJVODIC, Adriana et. al. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil** – SBDP. São Paulo: Malheiros, 2012: 228-244.

GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. (4ª Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro, volume 2**: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais). 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GREENHOUSE, Linda. **The U.S. Supreme Court**: A Very Short Introduction. Oxford, New York: Oxford University Press, 2012.

GRIMM, Dieter. Jurisdição Constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1. Nº 4. Outubro-Dezembro de 2006: 3-22.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em 05 de Outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. **Revista Direito GV**. São Paulo 4 (2). Jul-Dez 2008: 595-602.

HÄBERLE, Peter. A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 244, Janeiro-Abril de 2007: 208-230.

_____. Novos Horizontes e Desafios do Constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**. Ano 2. Nº 6. Abril-Junho de 2007: 67-86.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HELAL, João Paulo Castiglioni. **Controle da constitucionalidade**: teoria e evolução. Curitiba: Juruá, 2006.

HEKMAN, Glênio José Wasserstein. **O cumprimento da norma do artigo 97 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e a disciplina do incidente da arguição de inconstitucionalidade**: uma nova perspectiva de tratamento. Tese apresentada à Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor. Universidade de São Paulo, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. Editorial. **I•CON** (2013), Vol. 11, Nº. 1, 1-12.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. 22ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

JACKSON, Vicki C. Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. **Penn State International Law Review**, Vol. 28, 2010: 319-326.

JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A Jurisdição Constitucional na Revisão Constitucional de 1994 (Partes I e II). **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 202, Outubro-Dezembro de 1995: 111-160.

JUNQUEIRA, Maria Olívia Pessoni. A Construção da Súmula Vinculante pelo STF: Impressões sobre as Primeiras Experiências. *In*: VOJVODIC, Adriana et. al. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil** – SBDP. São Paulo: Malheiros, 2012: 210-227.

LEAL, Roger Stiefelmann. A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 261, Setembro-Dezembro de 2012: 179-201.

_____. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Fábio Carvalho. Pelo fim da "Cláusula de Reserva de Plenário". **Direito, Estado e Sociedade**. N. 40. Janeiro-Junho de 2012: 91-131.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A avocação de causas pelo STF: a avocatória. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 23. N. 89. Janeiro-Março de 1986: 219-234.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 251, Maio-Agosto de 2009: 77-85.

LIMA, Alcides de Mendonça. Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. **Revista Forense**. Junho, 1949: 347-355.

LIMA, Hermes. Espírito da Constituição de 1946. *In*: **Estudos sôbre a Constituição Brasileira**. Instituto de Direito Público e Ciência Política. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954.

LINS, Augusto E. Estellita. **A Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1938.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE. Profesor ayudante de la Facultad de Derecho en la Universidad de Madrid. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOPES GONÇALVES. **A Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: F. F. Editor, 1935.

LOUREIRO JÚNIOR. **Da constitucionalidade das leis**. Tese apresentada à congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como candidato à livre docência da cadeira de Direito Constitucional. São Paulo, 1949.

_____. **O Contrôle da Constitucionalidade das Leis**. São Paulo: Max Limonad, 1957.

LÚCIO BITTENCOURT, C. A. **O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

MACHADO, Hugo de Brito. A Reserva de Plenário e a Decisão Cautelar Monocrática nos Tribunais. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**. Nº 87. Junho-2010: 65-70.

MANDELLI, Alexandre Grandi. O "incidente de resolução de demandas repetitivas". **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 62, Janeiro-Junho de 2013: 25-51.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. Volume II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARSHALL, J. J. **Reports of Cases at Law and in Equity argued and decided in The Courts of Appeals of the Commonwealth of Kentucky**. Volume V. Containing the cases determined between the twenty third of October 1830 and the twenty fifth of April 1831, inclusive. Frankfort: J. Brandford, 1832.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Impacto da Súmula Vinculante 10 do STF. **Gazeta Mercantil**, 14/07/2008. Disponível em: www.gandramartins.adv.br. Acesso em: 02/10/2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo 8 (2). Julho-Dezembro de 2012: 587-624.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 4 ed. Volume III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo Antiguo y Moderno**. Traducción de José Rovira Arnengol. Buenos Aires: Editoral Nova, 1958.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Funerais da Constituição de 1988. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001: 35-47.

MELLO, Marco Aurélio. Cinco anos de repercussão geral: reflexões necessárias. **Revista de Direito do Estado**. Ano 7. Nº 24. Julho-Setembro de 2012: 143-157.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A theoria das constituições rigidas**. São Paulo: Empresa Graphica da Revista dos Tribunaes, 1934.

MELO FRANCO, Afonso Arinos. **Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Incidente de Inconstitucionalidade: Uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília. Vol. 1. N. 2. Junho de 1999.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. a. 41 n. 162. Abr./Jun. de 2004: 149-168.

_____. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 34, nº 134. Abril-Junho de 1997:11-39.

_____; VALE, André Rufino do. Questões Atuais sobre as Medidas Cautelares no Controle Abstrato de Constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 5, 2011-2012: 1-23.

MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988 – Uma Constituição de Esperança. **Revista de Direito do Estado**. Ano 3. Nº 9. Janeiro-Março de 2008: 117-129.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. TOMO I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Vicente Chermond de. Inconstitucionalidade e Incompetência do Juiz Singular – Art. 96 da Constituição. **Revista Forense**. Novembro de 1942: 582-588.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. Tradução de Cândido Mota Filho. Apresentação de Vicente Ráo. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no projeto do novo Código de Processo Civil. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011: 185-199.

MONTEIRO DINIZ, A. A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do Direito Constitucional do sistema vigente: o ir e vir dialéctico entre o Tribunal Constitucional e os outros Tribunais. *In*: **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995: 199-209.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Comentários à Lei nº 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, Carlos Blanco de. Insuficiências dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. *In*: RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Almedina, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTA FILHO, Cândido. **O conteúdo político das Constituições**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Jurisdição Constitucional na América do Sul. Apontamentos de Direito Constitucional Comparado. **Revista de Direito do Estado**. Ano 2. Nº 6. Abril-Junho de 2007: 87-108.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A Filosofia Hermenêutica para uma Jurisdição Constitucional Democrática: Fundamentação/Aplicação da Norma Jurídica na Contemporaneidade. **Revista Direito GV**. Nº 9. Janeiro-Junho de 2009: 147-168.

NELSON, William. **Marbury v. Madison**: the origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, Nelson Monteiro. Ofensa ao Princípio da Reserva de Plenário: Anulação de Acórdão "Declaratório de Inconstitucionalidade" Proferido por Turma de Tribunal. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**. Nº 47. Fevereiro de 2007: 88-93.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4. Outubro/Novembro/Dezembro, 2005. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em 17/10/2011.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa). **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 222, Outubro-Dezembro de 2000: 143-178.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **"Stare decisis et non quieta movere"**: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana; MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. A Súmula vinculante 10: tautologia ou inovação? **Revista de Processo**. Ano 34. n. 173. Jul/2009: 232-259.

NUNES LEAL, Victor. Passado e Futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 145. Julho-Setembro-1981: 1-20.

OLIVEIRA, A. Gonçalves. Maioria absoluta e "quorum" para decretação de inconstitucionalidade. **Revista Forense**. Junho de 1949: 356-358.

OLIVEIRA FILHO, João de. **Quer Conhecer a Constituição?** Textos e Notas. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. A concentração do controle jurisdicional de constitucionalidade: Súmula Vinculante 10. *In*: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coordenação). **Constituição Federal**: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008: 453-470.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Os paradoxos do Judiciário no Estado Constitucional e as Súmulas Vinculantes. **Revista CEJ**. Brasília. Ano XIII, n. 47. Outubro-Dezembro de 2009: 66-75.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis no Ordenamento Brasileiro** – Aspectos Constitucionais e Processuais. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Publico Brazileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E. C., 1857.

PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Da Constituição**. 2 ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

_____. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 3 ed. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

POGLIESE, Marcelo Weick. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade em Tribunal**: art. 97 da CF e art. 480 e segs. do CPC. Salvador: JusPODIVM, 2008.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **À margem do direito (Ensaio de Psicologia Jurídica)**. Revisto e Prefaciado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 4. Abril-1946: 1-12.

_____. Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 5. Julho-1946: 1-25.

_____. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Tomo II - Artigos 104 a 187. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. IV. Arts. 145-218 e Disposições Transitórias. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947.

PRICE WATERHOUSE. **A Constituição do Brasil de 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada**. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. *In*: MORAES, Alexandre de (Coordenador). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009: 139-161.

_____. **A inconstitucionalidade das leis**: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Organizadores). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001: 109-127.

_____. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Delineamento do Estatuto dos Partidos Políticos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 248, Maio-Agosto de 2008: 54-72.

_____. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. Tese apresentada para concurso público de provimento do cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado. São Paulo: USP, 2005.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Política e Economia na Jurisdição Constitucional Abstrata. **Revista Direito GV**, Janeiro-Junho de 2012: 87-108.

RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. O incidente de resolução de demandas repetitivas. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011: 541-549.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua legitimidade. *In*: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011: 433-443.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. **Comentários ao código de processo civil**; Vol. V, arts. 476 a 484. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ROSENN, Keith. O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Desenvolvimentos Recentes. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 227, Janeiro-Março de 2002: 1-30.

_____. Os Efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 235, Janeiro-Março de 2004: 159-185.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Organizadores). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001: 198-238.

ROURE, Agenor de. **Formação Constitucional do Brazil**. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1914.

SAADI, Bernardo de Vilhena. A Cláusula de Repercussão Geral e o Diálogo Constitucional entre os Poderes. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 247, Janeiro-Abril de 2008: 38-56.

SAMPAIO DÓRIA, A. de. **Direito constitucional**. Curso e Comentários à Constituição. Primeiro Tomo. 3 ed. São Paulo: Editora Nacional, 1953.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Organizadores). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001: 85-108.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 28 de novembro de 2013.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. A Função Política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 134. Outubro-Dezembro-1978: 1-10.

SEGADO, Francisco Fernández. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano-modelo kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005: 366-395.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. Controles Concentrado e Difuso no Direito Constitucional: a Eficácia Temporal das Decisões. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 246, Setembro-Dezembro de 2007: 209-225.

SILVA, Alex Matoso. A cláusula de reserva de plenário no controle difuso da constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil: condição de validade de decisões proferidas por Tribunais. *In*: CASTRO, Dayse Starling Lima (org.). **Direito Público**: 3ª Coletânea de artigos. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria, 2004: 23-31.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Paulo Napoleão Nélson Basile Nogueira da. **A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 250, Janeiro-Abril de 2009: 197-227.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. **Revista CEJ**. Brasília. Ano XII, n. 41. Abril-Junho de 2008: 74-84.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: uma teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, Vaguezas e Ambigüidades: Necessitamos de uma "Teoria Geral dos Precedentes?". **Direitos Fundamentais & Justiça**. Nº 5. Outubro-Dezembro de 2008:162-185.

TÁCITO, Caio. Como fazer valer a Constituição? **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 180, Janeiro-Junho de 1990: 11-18.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHEBURG, Walter Claudius (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

TENÓRIO, Igor. O "certiorari" americano e a avocatória no STF. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 16. N. 61. Janeiro-Março de 1979: 183-188.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986.

TUSHNET, Mark. The State of Constitutional Theory in U.S. Law Schools in the 2000s. **The Good Society** (Penn State University Press). Volume 13, Number 2, 2004: 21-24.

VERBIC, Francisco. El incidente de resolución de demandas en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil Brasileño. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 48. N. 190, Abril-Junho de 2011: 189-201.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "À Brasileira". **Revista Direito GV**. São Paulo 4 (2). Jul-Dez 2008: 407-440.

_____. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1988. Tese de Doutorado. Departamento de Direito Processual. São Paulo: USP, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo 4 (2). Jul-Dez 2008: 441-464.

VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.

WADDAMS, Stephen. Authority, Precedent and Principle. **University of Toronto Law Journal**. Volume 59. Number 1, Winter 2009: 127-133.

WALD, Arnoldo. O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília. Vol. 1. N. 7, Dezembro de 1999.

WALUCHOW, Will. Constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**. Ano 4. Nº 17-18. Janeiro-Junho de 2010: 91-114.

WARREN, Charles. **The Supreme Court in the United States History**. Volume Two (1821-1855). Washington: Beard Books, 1999.

WELSCH, Gisele Mazzoni. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. *In*: ROSSI, Fernando et al (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011: 227-235.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The Constitutional Law of the United States**. Vol I. New York: Baker, Voorhis & Company, 1910.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CASOS CITADOS

STF, Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 16/05/13.
STF, ADI 2.231, Rel. Min. Néri da Silveira.
STF, Ag. Reg. na Reclamação 10.864, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 13/04/11.
STF, Ag. Reg. no RE 575.895, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 05/04/11.
STF, Emb. Decl. no RE 516.814, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 08/10/10.
STF, RE 361.829-ED/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 19/03/10.
STF, RE 460.971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/03/07.
STF, Ag. Reg. no AI 582.280-3, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/11/06.
STF, Ag. Reg. no RE 453.744-3, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 25/08/06.
STF, RE 184.093-5, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 05/09/97.
STF, HC 69.921, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/03/93.

SITES PESQUISADOS

Banco de Teses da CAPES: http://www.capes.gov.br/servicos/banco-de-teses

Biblioteca Digital do Senado Federal: www2. senado.leg.br/bdsf/Page/sobre

Câmara dos Deputados: http://www.camara.gov.br

Conselho Nacional de Justiça: http://www.cnj.jus.br/

Constitute Project: www.constituteproject.org

Consultor Jurídico: www.conjur.com.br

Defensoria Pública do Estado de São Paulo: www.defensoria.sp.gov.br

Discurso de Abertura do Ano Judiciário 2013: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Ano_Judiciario_2013_Discurso_Joaquim_Barbosa.pdf

Faculdade de Direito da USP: www.direito.usp.br

Glossário de Metas do Poder Judiciário: http://www.cnj.jus.br/images/metas_judiciario/glossario_metas_nacionais.pdf

Google Livros: www.books.google.com.br

Revista Direito GV: www.direitofgv.fgv.br

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais: www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/archive

Revista de Direito Administrativo: www.direitorio.fgv.br/publicacoes/revista-de-direito-administrativo

Revista de Direito do Estado: www.revistarde.com.br

Revista Jurídica Virtual do Planalto: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67

Serviço de Biblioteca e Documentação – Faculdade de Direito da USP: http://www.usp.br/bibliotecadireito/biblioteca.htm

Social Science Research Network: http://ssrn.com

Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br

Supremo Tribunal Federal em Debate: www.supremoemdebate.blogspot.com.br

WEBQUALIS – CAPES: www.qualis.capes.gov.br