

3

O fortalecimento do poder de revisão judicial: um sistema de revisão judicial super forte

“It would appear, on political grounds, somewhat unrealistic to suppose that a Court whose members are recruited in the fashion of Supreme Court justices would long hold to norms of Right or Justice substantially at odds with the rest of the political elite.”⁵⁴¹

3.1

O que significa *strong form judicial review*⁵⁴² e por que, no sistema norte-americano, haveria *strong-form judicial review*?

A tensão entre o poder de revisão judicial e a democracia é percebida e afirmada pelo constitucionalista norte-americano Mark Tushnet. Em seu livro *Taking the Constitution Away from the Courts*, o professor Tushnet se propõe a analisar, entre outras questões, a supremacia do poder judiciário e o controle de constitucionalidade, dedicando, inclusive um capítulo à contestação do *judicial review* (“*Against Judicial Review*”). Entretanto, o ponto mais interessante de sua obra para os objetivos deste trabalho encontra-se em outro livro, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*.

⁵⁴¹ DAHL, Robert A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law* 6, 1957. p. 291. Pareceria pouco realista, em termos políticos, supor que uma Corte cujos membros são recrutados nos moldes do recrutamento dos ministros da Suprema Corte determinaria normas de direito ou justiça substancialmente opostas ao restante da elite política. (tradução livre).

⁵⁴² “O termo *judicial review* refere-se ao poder qualificado da Suprema Corte dos Estados Unidos de declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais; corresponde a uma criação jurisprudencial da Suprema Corte, não prevista na constituição estadunidense. Diferentemente da tradição inglesa do princípio da supremacia do parlamento, no *judicial review* vigora o princípio da supremacia do judiciário, segundo o qual juízes e tribunais devem aplicar diretamente disposição constitucional quando o ato normativo em questão for com ela conflitante. Trata-se, assim, da forma pela qual o controle de constitucionalidade é realizado nos Estados Unidos, com as peculiaridades próprias a essa forma de controle judicial de constitucionalidade no âmbito da tradição da *Common Law* praticada naquele país.” FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 46.

O professor se propõe a pensar o conflito entre os processos democráticos e a adequabilidade aos limites constitucionais.

Em seu desenvolvimento do tema, aponta que as duas formas de controle para uma situação de inadequação entre os processos democráticos e os limites constitucionais, existentes entre o início do século XIX e o final do século XX, foram a supremacia do parlamento e a *judicial review*.⁵⁴³ Em seu artigo *Alternative Forms of Judicial Review*, o autor observa que, ao final do século XX, reinventou-se o que ele entende por *weak-form systems of judicial review*: explica que a revisão judicial foi inventada em uma forma fraca (*in a weak-form*), mas que foi transformada ao longo de mais de dois séculos, até que se chegasse ao ponto no qual sistemas de revisão judicial fraca tivessem que ser reinventados, no final do século XX.⁵⁴⁴

Segundo o autor, a supremacia do parlamento permitiria uma maior auto governança democrática⁵⁴⁵, enquanto a *judicial review* ocorreria através da criação de uma instituição separada e distante da influência direta da política, formada por juízes cuja missão seria assegurar que a legislatura permanecesse dentro dos limites constitucionais.⁵⁴⁶ Acrescenta, ainda, em nota de pé de página,

⁵⁴³ “Two models of constitutionalism were on offer in the last century. One was the so-called Westminster model of parliamentary supremacy, in which democratically elected legislatures had power unconstrained by anything other than the cultural presuppositions embedded in a majority’s will. The other was the United States (“U.S.”) model of constrained parliamentarianism, as Bruce Ackerman has labeled it. In this model, the legislature’s powers are limited by the terms of a written constitution that courts will enforce. Each model promoted some values of liberal constitutionalism and raised worries about others.” TUSHNET, Mark. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries*. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247>. Acesso em 20 de abril de 2012. p. 813-814.

⁵⁴⁴ TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>. Acesso em 15 de abril de 2012.

⁵⁴⁵ “The Westminster model maximally advanced democratic self-governance”. TUSHNET, Mark. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries*. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247>. Acesso em 20 de abril de 2012. p. 814. Neste artigo, Tushnet esclarece, ademais, que o sistema de supremacia do parlamento possui duas formas, uma absoluta e outra liberal: “Under absolute parliamentary supremacy, legislatures had the *legal* power to enact anything they wished, and they had the *practical* power to do so because the political cultures in which they were located did not acknowledge that legislative authority was under *moral*, if not political, limits. Liberal regimes with parliamentary supremacy were different. The legislature’s legal power was unlimited, but the political culture recognized moral limits on what a legislature could properly do.” Ibid. p. 816.

⁵⁴⁶ “The U.S. model (...) made it possible for reckless courts to interfere needlessly with policy choices democratic majorities should be allowed to make.” Ibid. p. 814.

um terceiro mecanismo de controle (de pouca relevância para este trabalho), a doutrina dos atos *ultra vires*.⁵⁴⁷

No sistema de supremacia parlamentar, explica o autor, os partidos políticos que competiam pelo poder em eleições (razoavelmente justas) impunham certos limites sobre aqueles que estivessem circunstancialmente no poder. Os detentores do poder, provenientes das elites sociais, detinham compromissos normativos quanto ao exercício do poder dentro de certos limites.

Tushnet observa que os constrangimentos normativos sobre os detentores do poder decaíram no curso do século XX e que a democratização da política reduziu a prevalência das tradicionais elites sociais nas posições de liderança, pelo que, segundo ele, no final do século XX, apenas Austrália e Nova Zelândia, dentre as maiores democracias do mundo, permaneceram seriamente comprometidas com a supremacia do parlamento.

“The political developments I have sketched made judicial review more attractive. By mid-1960s or so, most designers of modern constitutional systems concluded that some form of judicial review is the best means of ensuring that policies inconsistent with the constitution will not be implemented. Yet, giving judges the power to enforce constitutional limitations can threaten democratic self-governance. The reason is that constitutional provisions are often written in rather general terms. The courts give those terms meaning in the course of deciding whether individual statutes are consistent or inconsistent with particular constitutional provisions. But as a rule, particular provisions can reasonably be given alternative interpretations. And sometimes a statute will be inconsistent with the provision when the provision is interpreted in one way, yet would be consistent with an alternative interpretation of the same provision.”⁵⁴⁸

⁵⁴⁷ “There was actually a third mechanism of control. Much of what government officials do is to exercise discretion conferred on them by statutes that are not plainly unconstitutional. Discretionary decisions that violate fundamental rights can be controlled, and were controlled in systems of parliamentary supremacy, by a doctrine of *ultra vires*, that is a rule that statutes conferring discretion were not intended to confer discretion to violate fundamental rights. The executive officer’s discretionary action could then be found unauthorized, and appropriate legal remedies provided. A robust *ultra vires* doctrine means that important questions about tensions between judicial review and democratic self-governance arise only when legislatures clearly want to authorize an action that some judges will say violates fundamental rights.” TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 19.

⁵⁴⁸ *Ibid.* p. 20. Os desenvolvimentos políticos que delineeí tornaram o judicial review mais atraente. Por volta de 1960, a maioria dos formuladores dos sistemas constitucionais modernos concluiu que alguma forma de *judicial review* seria o melhor meio de assegurar que políticas inconsistentes com a constituição não seriam implementadas. Ainda assim, conferir a juizes o poder para fazer cumprir as limitações constitucionais pode ameaçar o auto governo democrático. Isto porque as cláusulas constitucionais são frequentemente escritas em termos gerais. As cortes

O autor explica que ao sistema da *judicial review* como forma de controle das políticas produzidas pelos processos democráticos em face das limitações constitucionais foi dado precedência sobre a soberania do parlamento. Interessante observar que ele ressalta que a *judicial review* se tornou particularmente atraente face à democratização dos processos políticos. O autor deixa claro, ademais, que o poder conferido aos juízes para assegurarem o respeito às limitações constitucionais pode ameaçar o auto governo democrático e apresenta como explicação o fato dos provimentos constitucionais serem expressos em termos gerais que permitem interpretações alternativas. Pelo que, a depender da interpretação esposada, um mesmo *statute*⁵⁴⁹ pode ser considerado ora constitucional e ora inconstitucional.⁵⁵⁰

atribuem a tais termos significado no curso de decidirem pelo constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. Via de regra, contudo, interpretações alternativas e igualmente razoáveis são possíveis. Uma lei pode ser considerada inconstitucional caso interpretada de uma certa forma, todavia poderia ser constitucional caso uma interpretação alternativa prevalecesse. (tradução livre).

⁵⁴⁹ A definição de *statute* fornecida pelo *Black's Law Dictionary* é: “A law passed by a legislative body”. O dicionário classifica diversos tipos de *statutes*, como, por exemplo, o *affirmative statute*, o *codifying statute*, o *consolidating statute*, o *criminal statute*, o *declaratory statute*, etc. O importante aqui é salientarmos a natureza de documento escrito e formal com força de lei, o que nos remete à perspectiva de leis de origem legislativa em oposição às decisões dos tribunais com força de lei ou ao costume. Segundo o mesmo dicionário, um dos conceitos de *common law* é: “The body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions”. GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 3rd pocket edition. Thomson West, 2006. p. 117 e 675.

⁵⁵⁰ Para ilustrar tal assertiva, o professor nos introduz a uma questão levada a Suprema Corte norte-americana no final do século XX: “Consider here a problem that the U.S. Supreme Court addressed in the late twentieth century. Sometimes a government will adopt a rule that has particularly severe effects on a class of religious believers. The rule might require all military personnel to wear only a military uniform, in the face of religious commands to wear distinctive headgear; it might ban the use of a psychoactive drug that plays an important role in a denomination’s religious ceremonies; or it might deny unemployment benefits to those who are unable to locate jobs that would allow them to refrain from working on the day they observe as the Sabbath. Do such rules violate the Constitution’s prohibition on restricting the “free exercise of religion”? In 1963 the Supreme Court held that they did, unless they were virtually the only way the government could promote important public purposes. Almost thirty years later, the Court changed its mind, and held that such general rules were ordinarily perfectly constitutional, unless they were adopted with the specific aim of imposing harm on a religious denomination. Now, suppose the decisions had come in the reverse order: first the Court adopts a doctrine that gives governments wide latitude, and later adopts one substantially limiting what governments can do. What if a legislature believes that the Court got it right the first time? We know that the constitutional interpretation favored by the legislature is not unreasonable: after all, the Supreme Court itself adopted it (for a while). No doubt, the Court’s later interpretation is also reasonable. But why should the Court’s reasonable interpretation prevail over the legislature (also) reasonable one? TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 21.

Constatando que as cortes e os órgãos legislativos podem, e com frequência o fazem, divergir acerca do significado que deve ser atribuído a determinado provimento constitucional e que ambas as interpretações podem ser razoáveis, o autor nos propõe uma nova questão, que alcança justamente o cerne da tensão identificada: Por que deveria prevalecer a interpretação razoável da corte em detrimento da interpretação também razoável, apesar de em outro sentido, do legislativo?

Diante deste questionamento, Tushnet esclarece que o sistema de revisão judicial americano faz prevalecer a interpretação razoável da corte e, por isso, ele identifica este sistema como um *strong-form judicial review*, pois as interpretações da corte são definitivas, não estando sujeitas à revisão.

“The U.S. system of judicial review, which I call strong-form review, insists that the courts’ reasonable constitutional interpretations prevail over the legislatures’ reasonable ones. Courts exercise strong-form judicial review when their interpretative judgments are final and unreviewable. The modern articulation of strong-form judicial review is provided in *Cooper v. Aaron*, where the U.S. Supreme Court described the federal courts as “supreme in the exposition of the Law of the constitution” and inferred from that a duty on legislatures to follow the Court’s interpretations”⁵⁵¹

⁵⁵¹ Ibid. p. 21. O sistema americano de revisão judicial, que eu denomino sistema de revisão judicial forte, insiste que as interpretações constitucionais razoáveis das cortes prevalecem sobre as do legislativo. As cortes exercem a revisão judicial forte quando seus julgamentos interpretativos são finais e não sujeitos à revisão. A moderna articulação da revisão judicial forte aparece em *Cooper v. Aaron*, caso no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos descreveu as cortes federais como supremas na exposição do direito contido na constituição e inferiu disto um dever por parte dos legisladores no sentido de seguir as interpretações da Corte. (tradução livre). Para ilustrar, o autor retorna ao caso já examinado sobre a questão que gira ao redor de se saber se uma lei que tem efeitos severos sobre um grupo religioso viola a proibição constitucional a qualquer restrição ao livre exercício da religião. Aponta que uma versão contemporânea da *strong-form judicial review* pode ser representada pelo caso *City of Boerne v. Flores*, que envolveu o poder do congresso de decretar o *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 (RFRA) em conformidade com o seu poder de zelar pelas proibições aos governos dos estados trazidas pela seção 1 da décima quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos. Ao tempo do RFRA, a Suprema Corte já havia modificado seu posicionamento a respeito da constitucionalidade de leis que tenham efeitos sobre grupos religiosos, entendendo que os estados poderiam dar cumprimento a suas regras gerais contra aqueles cuja religião tornava difícil ou mesmo impossível uma harmonização com ambos os deveres, o religioso e o civil. A RFRA rejeitava esta segunda posição da corte e requeria que os estados apresentassem justificativas consistentes para que leis gerais representassem fardos para o livre exercício religioso, justamente no mesmo sentido outrora professado pela própria Suprema Corte, antes da virada interpretativa. A resposta da Corte suprema para a questão de se a RFRA dava cumprimento à seção 1 da décima quarta emenda foi, consoante com um sistema de *strong-form judicial review*, a de que não. Isto porque, para a Corte, tão somente os direitos que ela própria houvesse reconhecido poderiam ser reforçados em seu cumprimento pelo congresso. Para a Corte, legislação que altere o significado da cláusula do livre exercício não pode ser entendida como promotora do cumprimento desta mesma cláusula. Nestes termos, concluiu que se o Congresso pudesse definir seus próprios poderes alterando o significado

O caso *Cooper v. Aaron*, citado pelo autor como símbolo da revisão judicial forte⁵⁵², é apontado pelo *Professor of Jurisprudence* Ronald D. Rotunda em seu tradicional *casebook*, *Modern Constitutional Law: cases and notes*, juntamente com o célebre caso *Marbury v. Madison* e o caso *Martin v. Hunter's Lessee*⁵⁵³ (bem como o já analisado artigo 78 dos *Federalist Papers*), como parte da origem do sistema americano de controle de constitucionalidade.

Cooper v. Aaron foi decidido pela Suprema Corte em 1958 e foi considerado fundamental para a manutenção da forma federativa de Estado por envolver a alegação do governador e do legislativo do Arkansas no sentido de não haver qualquer dever de obediência por parte dos oficiais do estado em relação à

da décima quarta emenda não mais seria a Constituição o parâmetro legal supremo, imodificável por meios ordinários.

⁵⁵² Tushnet novamente cita o caso *Cooper v. Aaron* no artigo *Alternative Forms of Judicial Review*. Neste artigo, ressalta que talvez tenha havido incerteza acerca da natureza do sistema de revisão judicial dos Estados Unidos por cerca de um século, pois muito embora *Marbury v. Madison* tenha confirmado que a Suprema Corte teria o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis, a abrangência deste poder (the scope of the *Marbury* power) e sua relação com os papéis de interpretação constitucional dos outros poderes continuou sendo contestada por décadas. Em *Cooper v. Aaron* há, contudo, clara confirmação da natureza forte do sistema americano de revisão judicial: “*Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), clearly assumes that the U.S. system is strong-form (...) I suppose we can say that strong-form review existed (...) by the 1890s. TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>. Acesso em 15 de abril de 2012. p. 2783.

⁵⁵³ Decidido pela Suprema Corte em 1816, afirmou a jurisdição de apelação (*appellate jurisdiction*) da Suprema Corte sobre as cortes estaduais, rejeitando argumentos contrários baseados na soberania dos estados e na independência das cortes estaduais. A necessidade de uniformidade e harmonização (argumento já presente no artigo LXXX do *Federalist*, quando Hamilton rejeita a ideia de que o controle de constitucionalidade seja entregue aos estados: “The mere necessity of uniformity in the interpretation of the national laws, decides the question. Thirteen independent courts of final jurisdiction over the same causes, arising upon the same laws, is a hydra in government, from which nothing but contradiction and confusion can proceed”) foi invocada para justificar a autoridade revisora da Suprema Corte, que mais uma vez se arrogou representante e porta voz do povo: “In an earlier case on appeal from Virginia’s highest court, the U.S. Supreme Court had ruled that the Treaty of Paris, settling the Revolutionary war, gave title to certain land in Virginia to Martin. This federal treaty, held the Court, prevailed over Virginia’s state property law that would have given the land to Hunter. When the case thereafter returned to Virginia’s highest court, that court stated that it was not bound (or obliged) to follow the U.S. Supreme Court’s ruling because the federal court lacked appellate jurisdiction over the courts of Virginia (...) Martin once again asked the U.S. Supreme Court to exercise its appellate jurisdiction to force Virginia to submit to the U.S. Supreme Court, thereby establishing the power of the U.S. Supreme court to find state statutes illegal under the federal constitution, statutes, or treaties (...) The Constitution of the United States was ordained and established, not by the states in their sovereign capacities, but emphatically, as the preamble of the constitution declares, by “the people of the United States”. There can be no doubt that it was competent to the people to invest the general government with all the powers which they might deem proper and necessary; to extend or restrain these powers according to their own pleasure, and to give them a paramount and supreme authority...”⁵⁵³ *Martin v. Hunter's lessee* in ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. p.150-151.

decisões das cortes federais baseadas em última instância na interpretação constitucional da Suprema Corte. A decisão contestada era especificamente o caso *Brown v. Board of Education*.⁵⁵⁴

A Suprema Corte, em *Cooper v. Aaron*, negou que um governador tivesse poder para nulificar decisão ou ordem de corte federal, pois caso contrário a constituição não mais seria a *supreme law of the land*⁵⁵⁵, e rejeitou a suspensão do plano do conselho educacional de Little Rock para extinguir a segregação nas escolas públicas de Little Rock até que as leis estaduais e os esforços para nulificar a decisão em *Brown v. Board of Education* fossem contestados nas cortes.

A decisão em *Cooper v. Aaron* apoiou-se em *Marbury v. Madison* e no entendimento de que é dever do poder judiciário dizer o que o direito é. Segundo a Suprema Corte, aquela decisão declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição.⁵⁵⁶ Eis a principal característica de um sistema de revisão judicial forte: o judiciário é supremo enquanto intérprete da constituição e sua interpretação razoável deve prevalecer sobre interpretação também razoável do legislativo.

Tushnet sinaliza que é na palavra *alter* que se encontra a presunção característica de um sistema de revisão judicial forte. Neste sentido, *in verbis*:

⁵⁵⁴ “That holding was that the Fourteenth Amendment forbids States to use their governmental powers to bar children on racial groups from attending schools where there is State participation through any arrangement, management, funds or property.” *Cooper v. Aaron in ROTUNDA*, Ronald D. *Modern Constitutional Law: cases and notes*. West, 2011. p. 9.

⁵⁵⁵ “Article VI of the Constitution makes the Constitution the “Supreme Law of the Land”. In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as “the fundamental and paramount law of the nation”, declared in the notable case of *Marbury v. Madison*, that “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.” This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution (...) It follows that the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court on the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States...”. *Ibid.* p. 9-10.

⁵⁵⁶ *Ibid.* p. 10. A corte acrescentou o dever de fidelidade e obediência dos governadores, legislativos e judiciários estaduais à constituição: “Every State legislator and executive and judicial officer is solemnly committed by oath taken pursuant to Art. VI, cl. 3, “to support this Constitution.” Chief Justice Taney, speaking for a unanimous Court in 1859, said that this requirement reflected the framers’ “anxiety to preserve it [the Constitution] in full force, in all its powers, and to guard against resistance to or evasion of its authority, on the part of a State...” (...) No State legislator or executive or judicial officer can war against the Constitution without violating his undertaking to support it.”

“The deep assumption of strong-form review is found in the word *alter*. A proponent of some other version of judicial review might have written: “Congress has the power to specify the meaning of the Fourteenth Amendment, at least so long as its specification is reasonable, although different from the specification we ourselves would provide.” Similarly, that proponent might have written: The Constitution defines the powers of Congress in broad terms; when Congress provides a reasonable specification of those terms’ meaning in a particular context, courts should give considerable weight to that judgment. This does not allow Congress to “alter” the Fourteenth Amendment’s meaning, but rather follows from the Constitution’s allocation of interpretive power to both Congress and the Courts.”⁵⁵⁷

Em seu artigo *Weak-form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*, o autor desenvolve a ideia da importância da palavra alterar para um sistema de revisão judicial forte. Como explica Tushnet, a Corte do Chief Justice Rehnquist deixou como legado a vigorosa defesa da supremacia judicial no que tange à interpretação constitucional. Chief Justice Rehnquist foi grande defensor daquilo que o autor identifica por *strong-form judicial review*, o poder final e definitivo (não sujeito à revisão) conferido às cortes para interpretar a constituição. Segundo o autor, o exemplo mais claro do compromisso da *Rehnquist Court* com um sistema de revisão judicial forte foi a decisão tomada em *City of Boerne v. Flores*. Naquela ocasião, a Corte decidiu que o Congresso não teria poderes para “alterar” as interpretações que a Corte havia conferido à constituição. Como explica o autor, a Corte tomou suas próprias decisões como definidoras do significado constitucional, independentemente do fato de que a definição alternativa adotada pelo Congresso também se apresentava razoável.⁵⁵⁸

“Under a Strong-form system like that emerging from the U.S. Supreme Court’s decisions, the tension between judicial enforcement of constitutional limitations and democratic self-government is obvious. The people have little recourse when the courts interpret the Constitution reasonably but, in the reasonable alternative

⁵⁵⁷ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 22. A presunção central em que se baseia um sistema de revisão judicial forte é encontrada na palavra *alterar*. O proponente de um outro sistema de revisão judicial poderia ter escrito: “O Congresso tem o poder de especificar o significado da décima quarta, ao menos enquanto sua especificação seja razoável, ainda que diversa daquela que nós proveríamos”. De forma similar, este proponente poderia ter escrito: “A Constituição define os poderes do Congresso em termos gerais; quando o Congresso adota uma significação razoável destes termos em um dado contexto particular, as cortes devem dar um peso considerável a um tal julgamento. Isto não permite que o Congresso *altere* o significado da decimal quarta emenda, mas advém da alocação constitucional de poder interpretativo entre o Congresso e as Cortes.” (tradução livre).

⁵⁵⁸ TUSHNET, Mark. *Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/240>. Acesso em 20 de abril de 2012. p. 1.

view of a majority, mistakenly. We can amend the Constitution, or wait for judges to retire or die and replace them with judges who hold the better view of what the Constitution means”.⁵⁵⁹

Segundo Tushnet, em um sistema de revisão judicial forte, há uma tensão entre o papel judicial de garantia da prevalência das limitações constitucionais e a democracia. Tushnet enfatiza, ademais, que às pessoas resta pouco a fazer quando as cortes interpretam a Constituição razoavelmente, mas não de acordo com uma alternativa interpretativa igualmente razoável que é melhor vista por uma maioria. Neste caso, aponta que restaria apenas o recurso de emenda à Constituição ou a espera pela aposentadoria ou morte dos juízes e sua substituição por juízes com uma visão mais adequada daquilo que de fato, para a maioria, quis dizer a Constituição.⁵⁶⁰ Emenda ou processo de nomeação de juízes para modificar a composição da Corte ao longo do tempo: isto faz com que o autor conclua que o que caracteriza a revisão judicial forte é, em outras palavras, o fato de que as interpretações judiciais da constituição são imodificáveis pelo legislativo no curto e no médio prazo.⁵⁶¹ Essa seria, para Tushnet, justamente a diferença mais marcante entre o *strong-form* e o *weak-form judicial review*. Nos sistemas de revisão judicial fraca maiorias legislativas podem alterar interpretações

⁵⁵⁹ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 22.

⁵⁶⁰ Tushnet ressalta a existência de outros meios como o *impeachment* de juízes ou a regulação (restrição) da jurisdição das cortes pelo Congresso, mas atesta que estes meios tem sido ineficazes em fazer prevalecer uma interpretação judicial em conformidade com o que razoavelmente interpreta o povo. Neste sentido: “There are, of course, other mechanisms of response: the Constitution authorizes impeachment of justices, and authorizes Congress to regulate, and thereby restrict, the courts’ jurisdiction. Even more than constitutional amendment, these mechanisms have not been effective as tools for ensuring that judges interpret the Constitution, as the people reasonably want it interpreted. At the start of the nineteenth century, Jeffersonians attempted to impeach Justice Samuel Chase, and their failure to remove him from office has been taken to establish the proposition that a judge should not be removed simply because Congress believes that he or she has made mistaken decisions.” Ibid. p. 22.

⁵⁶¹ “In a system of strong-form review, the court’s resolution of constitutional questions is final and binding on the political branches. This does not mean that those resolutions are fixed for all time, or even that Congress and state legislatures cannot do things to change them. Obviously, we have the power to amend the Constitution to alter the judicial resolution of a constitutional question. The Court’s reference to *stare decisis* in the *Boerne* opinion suggests another mechanism: the political branches can use the appointment process to change the Court’s composition over time until there are enough justices who will repudiate the earlier interpretation. What characterizes strong-form review, then, is that judicial interpretations of the Constitution are unchangeable by the legislature in the short and medium run”. TUSHNET, Mark. *Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties*. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/240>. Acesso em 20 de abril de 2012. p. 4.

constitucionais das cortes no curto prazo.⁵⁶²

Para Tushnet, as interpretações proferidas por qualquer maioria contingente na Suprema Corte não são as únicas razoáveis, já que estas interpretações são com frequência objeto de desacordo dentro da própria corte, com posições dissidentes de pessoas igualmente razoáveis. Para o autor, tal fato deve ser suficiente para demonstrar que há realmente uma tensão entre a revisão judicial forte e a democracia. Ademais, o sistema norte-americano é apontado pelo autor como exemplo de um sistema de revisão judicial forte devido à supremacia das cortes (fruto do desenvolvimento jurisprudencial da Suprema Corte) no que tange à interpretação constitucional.⁵⁶³

3.2

Por que haveria, no Brasil, um sistema de revisão judicial super forte?

A tese esposada neste trabalho é a de que haveria no Brasil um sistema de revisão judicial no qual a tensão entre o monopólio interpretativo da corte e a democracia é levada ao extremo e isto nos permitiria identificar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como um sistema super forte.

Podem ser identificados, ao menos, dois argumentos em favor da existência de uma revisão judicial super forte no sistema brasileiro. O primeiro reside no fato de que, diversamente do controle de constitucionalidade no sistema

⁵⁶² “The mark of weak-form review is not that the scope of judicial review is narrow. Courts in weak-form systems have the power to evaluate all legislation to determine whether it is consistent with all of the constitution’s provisions without exception. Rather, the mark of weak-form review is that ordinary legislative majorities can displace judicial interpretations of the constitution in the relatively short run. Weak-form review responds to the concern that strong-form review allows courts with an attenuated democratic pedigree to displace decisions taken by bodies with stronger democratic pedigrees.” TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>. Acesso em 15 de abril de 2012. p. 2786.

⁵⁶³ O autor analisa o que identifica como *weak-form systems of judicial review* como alternativas que prometeriam uma redução da tensão entre a revisão judicial e o auto governo democrático sem remover por completo certos limites constitucionais ao auto governo democrático. Estes sistemas de revisão judicial fraca seriam uma alternativa que ficaria a meio caminho entre o sistema parlamentarista e o sistema de revisão judicial forte. A análise dos sistemas de revisão judicial fraca fugiria, contudo, ao escopo deste trabalho.

americano (modelo de controle de constitucionalidade forte para Tushnet), o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro é tradicionalmente classificado como misto ou híbrido (composto pelos controles difuso e concentrado) e vem sofrendo de uma forte tendência ao fortalecimento do controle abstrato-concentrado em detrimento do controle concreto-difuso.⁵⁶⁴ O segundo consiste na percepção de que a súmula vinculante, parte do arsenal de instrumentos que fortaleceram o controle abstrato-concentrado, é uma distorção do *stare decisis* (o próximo capítulo intenta prover indícios para esta constatação através da comparação dos institutos) e um mecanismo *sui generis* que torna nosso sistema de controle demasiadamente rígido. Ainda que se argumente que o caminho seguido pelo controle de constitucionalidade brasileiro é uma aproximação cada vez maior de um sistema kelseniano de controle de constitucionalidade⁵⁶⁵, no qual o STF tornar-se-ia uma verdadeira corte

⁵⁶⁴ “Diz-se que o sistema de controle judicial é: a) **concentrado**, quando exercido diretamente por um órgão judicial com competência exclusiva para conhecer da material constitucional, e **difuso** quando exercido por todos os órgãos que integram o Poder Judiciário; b) **abstrato** ou **em tese**, quando exercido diretamente sobre a própria lei, sem necessidade de dar solução a um caso concreto, e **concreto** quando a questão principal é um caso concreto cuja solução depende da prévia solução da questão de constitucionalidade; c) **objetivo** quando tiver por objeto um conflito de ordem normativa, visando depurar o ordenamento de normas tidas como inconstitucionais, e **subjetivo** quando surgido no âmbito de um conflito subjetivo (*lide*), como condição para a sua solução; d) **direto** ou **por via de ação** quando exercido por meio de uma ação judicial cujo objeto é tão somente o próprio conflito normativo e que é proposta diretamente perante a Corte competente para conhecer com exclusividade esse tipo de conflito, e **incidental** ou **por via de exceção** quando emerge no âmbito de uma ação judicial como questão prejudicial à solução de um conflito subjetivo no caso concreto.” FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 3.

⁵⁶⁵ O controle de constitucionalidade entendido a partir da idéia central de Kelsen, qual seja a de que este deve ter uma função mais legislativa que judiciária (controle no âmbito de uma comparação entre o texto legal e o texto constitucional), parece ser inerentemente político ao estabelecer que uma corte constitucional deve deliberar e escolher dentre regras normativas diferentes para regular a conduta social. Neste sentido, Kelsen compreendeu que as cortes constitucionais não deveriam estar inseridas no âmbito do Poder Judiciário ou de outros poderes estatais, mas nas mãos de juízes designados politicamente. “As ideias de Kelsen demonstraram ser atraentes para os regimes pós-autoritários. Elas não somente foram adotadas na Áustria, na Alemanha, na Itália e na Espanha, como também se estabeleceram no Leste Europeu após 1989 (...) Mas em cada um destes casos, o próprio fato de que estava em curso uma transição de um regime velho, do qual se desconfiava, para um novo fez com que os juízes fossem vistos de uma forma suspeita por serem os detentores especiais da revisão e do controle de constitucionalidade. Desse modo, havia fortes razões políticas para estabelecer a jurisdição constitucional fora do poder judiciário. Nesse sentido, o órgão de revisão e controle foi inserido acima de todas as demais instituições, podendo revisar qualquer ato do governo através de uma perspectiva constitucional, e colocado nas mãos de um grupo especializado e politicamente designado.” FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 54. Interessante observar que a

constitucional, e que este sistema seria um sistema de revisão judicial forte na classificação de Tushnet, a súmula vinculante é um elemento extra (e que adiciona rigidez e acirra a tensão entre a revisão judicial e a democracia) inclusive a um tal sistema que conceba exclusivamente um controle de constitucionalidade abstrato-concentrado.

É no controle difuso do sistema estadunidense, que reside uma maior possibilidade de abertura democrática, justamente pelos espaços de dissenso que o sistema permite.⁵⁶⁶ Ainda assim, percebemos que a Suprema Corte foi idealizada como guardiã da constituição e que outros mecanismos somados ao poder de revisão judicial, como o *stare decisis*, o *writ of certiorari* de caráter discricionário⁵⁶⁷, o sistema de indicação de juízes (não restrito aos órgãos de cúpula federais), podem funcionar como filtros democráticos. Contudo, a tensão entre a revisão judicial norte-americana e a democracia fica muito aquém da tensão hoje existente no sistema brasileiro, principalmente a partir do movimento

atribuição do poder a um poder que paira sobre os demais nos faz lembrar a ideia de moderação em Constant.

⁵⁶⁶ O controle difuso norte-americano é um modelo condizente com o sério compromisso do país com uma estrutura federal (e com a independência, ainda que não absoluta, da justiça estadual em relação à justiça federal), que pode ser compreendido pela formação histórica da União a partir da Confederação e do compromisso entre as ex-colônias inglesas. Como observa O federalismo norte-americano e o controle difuso permitem um maior espaço de dissenso e conflito. Como observa Antonio Negri acerca da estrutura americana: “O contrapeso democrático está no federalismo. A constituição republicana deve se conciliar com o federalismo, estabelecer com ele um compromisso que lhes permita a integração. O compromisso da constituição nacional com o federalismo é o compromisso do republicanismo com a democracia.” NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 240. No Brasil, apesar da estrutura federal, o Superior Tribunal de Justiça atua como instância uniformizadora da jurisprudência infraconstitucional. Ainda que a Suprema Corte seja a última instância recursal no sistema norte-americano, a grande maioria dos casos é decidido nas cortes inferiores, não alcançando decisão final pela Suprema Corte. Além do mais, há uma série de limitações à competência recursal (*appellate jurisdiction*) da Corte, que é definida e vem sendo reduzida pelo Congresso. Em sentido semelhante, mas apontando que a reforma do judiciário brasileiro vai de encontro ao espírito federativo: “A Reforma do Judiciário utilizou expressões autoritárias, que dizem respeito a atos forçados, a verdadeiras correntes, algemas ou cadeias, ao contrário do espírito federativo, regente do Estado brasileiro, que expressa aliança (*foedus*).” MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/sumula_vinculante.pdf. Acesso em 12 de abril de 2012.

⁵⁶⁷ “Certiorari jurisdiction (...) is discretionary. The Court may deny certiorari for a range of reasons other than its agreement with the decision below – the unimportance of the reason, the unusual character of the particular facts, the desire to see the issue “percolate” in the lower courts, the controversial character of the problem, or the wish to allow the political process time to consider the problem before an authoritative resolution is obtained.” STONE, Geoffrey R; SEIDMAN, Louis Michael; SUSTEIN, Cass R; TUSHNET, Mark; KARLAN, Pamela. *Constitutional Law*. Wolters Kluwer, 2009. p. 163.

de ampliação do controle concentrado e da autoridade do STF, em especial, mediante a prerrogativa de imposição de súmulas vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

O que se observa no Brasil é uma intensificação da tensão entre o poder de revisão judicial e a democracia. Somam-se às súmulas vinculantes, o controle concentrado e o efeito vinculante das ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade; as reclamações; a repercussão geral e o largo escopo da arguição de descumprimento de preceito fundamental; a diminuição da importância do recurso extraordinário e os outros vários mecanismos processuais infraconstitucionais de caráter uniformizador como a súmula impeditiva de recurso, o indeferimento liminar de petição inicial, o julgamento de recursos especiais repetitivos;⁵⁶⁸ a proposta da PEC 15/2011, prevendo que o recurso extraordinário seja ação rescisória extraordinária e que o recurso especial seja ação rescisória especial, diminuindo ainda mais a importância destes instrumentos de controle concreto-difuso.

Estes instrumentos possuem elevado caráter centralizador e uniformizador e intensificam a função de filtro aristocrático à democracia que a corte suprema pode desempenhar. Nosso sistema como um todo pode ser classificado, pois, como um sistema de revisão judicial super forte, quando comparado com o norte-americano, e mesmo quando comparado com um puro sistema kelseniano de

⁵⁶⁸ “...as imperfeições do controle difuso é que foram responsáveis pelo exagerado acúmulo de processos no STF (...) Ainda na década de 1990, dois instrumentos legais, de natureza meramente processual, foram idealizados para tentar opor um dique a essa gigantesca onda de recursos em tramitação nos tribunais brasileiros, especialmente perante o STF e o STJ. Em 1990, a Lei nº 8.038 previu a possibilidade de o relator inadmitir o recurso referente a matéria já pacificada pelo Tribunal e, em 1998, a Lei nº 9.756 atribuiu ao relator, no mesmo caso de matéria anteriormente pacificada, o poder de prover ou improver o recurso mediante decisão monocrática (...) Outro instrumento importante foi introduzido pela Lei 10.259, de 2001, no que concerne ao procedimento do recurso especial e do extraordinário, interposto contra decisão proferida pela Turma de Uniformização da jurisprudência dos Juizados Especiais, no qual está prevista a possibilidade de suspensão do curso de todos os processos em que a mesma controvérsia esteja estabelecida ou pedidos de uniformização idênticos (...) Todos esses instrumentos contidos nesses “pacotes” de inovações, sobre serem “mecanismos de racionalização” do julgamento de causas repetitivas, constituem, segundo Gilmar Mendes, “um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”. Idênticas alterações foram introduzidas pela recente lei 11.672...” FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 13.

controle de constitucionalidade, pois a súmula vinculante não é um elemento necessário de um tal sistema.

“The United States has a unified Supreme Court that is competent to hear a variety of cases. Unlike Germany and some other nations, the USA has no specialized constitutional court. Therefore, the power exercised in *Marbury* would fall upon all federal courts, because even the lower federal courts have jurisdiction over cases arising under federal law. The power also belongs to state courts, because they have general jurisdiction. In this sense the United States has a decentralized system of constitutional adjudication.”⁵⁶⁹

Como ensinam John Ferejohn e Pasquale Pasquino, pode-se situar a posição institucional dos tribunais constitucionais dentro de dois pólos: os regimes de supremacia parlamentar e os regimes de separação de poderes inspirados em Montesquieu. Os autores explicam que entre estes dois pólos há uma variedade de sistemas constitucionais nos quais aspectos dos dois regimes se misturam. Esclarecem, ademais, que os regimes jurídicos que adotam a divisão de poderes definem uma separação horizontal entre os poderes (executivo, legislativo e judiciário) e tendem a atribuir a cada um certa autoridade constitucional.⁵⁷⁰

O modelo americano pode ser, no que tange à posição institucional do tribunal constitucional, classificado como um regime de separação de poderes, no qual a Suprema Corte apenas pode exercer o controle de constitucionalidade das leis quando a discussão ocorrer no âmbito de casos concretos e controversos, que possibilitem a discussão em qualquer outra corte: “Assim, a capacidade de se revisar a lei se encontra difusa no poder judiciário, ou seja, todos os tribunais devem interpretar a lei, constitucional ou infraconstitucional, para aplicá-la”⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. p.150. Os Estados Unidos possuem uma Suprema Corte unificada, competente para apreciar uma variedade de casos. Diferentemente da Alemanha e de algumas outras nações, os Estados Unidos não possuem uma corte constitucional especializada. Desta forma, o poder exercitada em *Marbury* recai sobre todas as cortes federais, porque mesmo as cortes federais inferiores possuem jurisdição sobre casos envolvendo lei federal. O poder também pertence às cortes estaduais, porque elas são dotadas de jurisdição geral. Neste sentido, os Estados Unidos possuem um sistema de controle de constitucionalidade difuso. (tradução livre).

⁵⁷⁰ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 50-52.

⁵⁷¹ Ibid. p. 52.

Como destacam os autores, não exercem os tribunais, neste regime, função legislativa na medida em que as leis não são abolidas.⁵⁷² O poder de controle se restringe à nulificação das leis pela sua não aplicação no caso concreto. Um controle que se dá no caso concreto, um controle que “não é abstrato e tampouco a priori”.⁵⁷³ Pode-se entender, neste sentido, que os fatos exercem certa limitação ao poder de revisão judicial da Suprema Corte (*Constraints of the Facts*) e das demais cortes no sistema difuso norte-americano.⁵⁷⁴

Isto não significa que não haja vinculação ou racionalização do sistema de controle difuso. No sistema norte-americano, o mecanismo do *stare decisis* garante uma precedência para casos semelhantes. Neste sentido, esclarecem John Ferejohn e Pasquale Pasquino, o caráter não-legislativo do controle de constitucionalidade no sistema de separação de poderes acaba por ser, em realidade, apenas uma concepção teórica: “Sistemas jurídicos com controle difuso irão, tipicamente, garantir ordem e estabilidade às ações judiciais através da formulação de métodos hierárquicos de controle dos tribunais comuns”. Como entendem os autores, “Estes métodos terão como fim tornar as ações judiciais mais legislativas”.⁵⁷⁵

Para ilustrar o funcionamento da Suprema Corte americana, dado o sistema difuso em que opera, importante observar que há, ao menos em teoria, três formas pelas quais um caso pode ascender à Corte. Há casos em que a Suprema Corte possui competência originária (*original jurisdiction*)⁵⁷⁶; há os casos

⁵⁷² “As leis inconstitucionais não são afastadas ou suprimidas. Elas simplesmente não terão eficácia em determinados casos. Nesta leitura enfatizam-se os aspectos jurídicos e não os legislativos do *judicial review*.” Ibid. p. 53.

⁵⁷³ Ibid. p. 52.

⁵⁷⁴ *U.S. Court System*. Disponível em: <http://www2.maxwell.syr.edu/plegal/scales/court.html>. Acesso em 10 de abril de 2012. p. 4.

⁵⁷⁵ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 52.

⁵⁷⁶ “The basic statutes governing Supreme Court jurisdiction are found in title 28 of the U.S. Code. Section 1251 governs original jurisdiction and provides, in general, that the high court has original and exclusive jurisdiction of controversies between two or more states. The Supreme Court must hear these cases. The Supreme Court also has original, but not exclusive, jurisdiction of cases in which ambassadors or other public ministers or counsels or vice counsels or foreign states are parties; cases between the United States and a state; and cases brought by a state against citizens of another state or aliens. Because federal district courts may hear these cases as well, the Supreme

julgados pelas cortes federais inferiores que podem ser apelados à Suprema Corte (*appellate jurisdiction* - a maior parte é revisto através do *writ of certiorari*⁵⁷⁷); a Suprema Corte, por fim, possui jurisdição de apelação em relação aos casos, geralmente que envolvam direito federal, julgados pelas supremas cortes dos estados.⁵⁷⁸ Desta forma, tanto em relação ao direito civil quanto em relação ao direito criminal, a Suprema Corte funciona como a última instância de apelação do sistema.⁵⁷⁹

Outra particularidade do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano reside em suas limitações. Professor Abernathy ensina que, pela aplicação da *political question doctrine*, certos casos, que envolvam questões de natureza política (“*questions in their nature political*”), podem ser tidos como não aptos a serem submetidos aos tribunais (“nonjusticiable”)⁵⁸⁰. Esta doutrina opera

Court rarely accepts original jurisdiction.” NOWAK, John E; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. West, 2009. p. 27.

⁵⁷⁷ Em 1988, o Congresso (pelas *1988 Supreme Court Docket Reforms*) eliminou a maior parte da jurisdição de apelação de caráter obrigatório da Suprema Corte (*mandatory appellate jurisdiction*), ampliando o controle da Suprema Corte sobre a decisão relativa a quais casos ela aprecia. Atualmente, a Suprema Corte exerce seu poder de revisão na maior parte das vezes por via do procedimento discricionário do *writ of certiorari*. Ao longo dos últimos dois séculos, o Congresso tem ampliado a jurisdição das instâncias inferiores da justiça federal, com o fim de filtrar os casos que chegam à Suprema Corte. “The basic principle behind the 1988 reforms is that the Court itself, “in the light of the discretionary standards it has developed and is constantly refining and applying to new types of situations” is the best judge of what cases, out of the thousands put forward each year, are from the national standpoint the most deserving of a hearing on the merits. As a result, virtually all review to the Supreme Court now occurs when the Supreme Court, in its discretion, decides to accept a case. The court has almost complete control of its docket, with review by discretion, by certiorari.” Ibid. p. 27-29.

⁵⁷⁸ O *Judiciary Act of 1789* estabeleceu as cortes federais inferiores e detalhou aspectos da jurisdição federal. O artigo 25 (*Section 25*) do *Judiciary Act* conferiu à Suprema Corte o poder de apreciar apelações de casos provenientes das cortes estaduais. É interessante observar, ademais, que este é um indício de que o *judicial review*, na verdade, surgiu bem antes do célebre *Marbury v. Madison*. Esta é a tese de William M. Treanor, atual *Dean* da *Georgetown University Law Center*. O autor analisa 29 casos decididos entre a ratificação da constituição em 1788 e a decisão em *Marbury v. Madison* em 1803 e conclui que a noção de que o *judicial review* foi criado pelo *Chief Justice Marshall* em *Marbury* é falsa e que a doutrina do *judicial review* era amplamente aceita e aplicada: “The sheer number of these decisions not only belies the notion that the institution of judicial review was created by Chief Justice Marshall in *Marbury*, it reflects widespread acceptance and application of the doctrine”. Ver: TREANOR, William M. *Judicial Review Before Marbury*. *Stanford Law Review*, Vol. 58 Nbr. 2 November 2005.

⁵⁷⁹ *U.S. Court System*. Disponível em: <http://www2.maxwell.syr.edu/plegal/scales/court.html>. Acesso em 10 de abril de 2012. p. 4.

⁵⁸⁰ ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. p.158. Para discussão jurisprudencial da doutrina ver *Baker v. Carr*, Supreme Court of the United States, 1962. Professor Abernathy explica que a Corte formulou um teste de três etapas para identificar a presença da *political question doctrine*: Part (i) – “the judge can decide whether

uma transferência do poder de decisão para os outros poderes da república. Outra doutrina limitadora do *judicial review* advém da emenda constitucional onze (*Eleventh Amendment*). A *state sovereign immunity doctrine* nega a *judicial review* federal e transfere parte do poder de decisão às cortes estaduais e aos governos dos estados.⁵⁸¹ Além destas limitações, professor Abernathy destaca a existência de outros limites ao caso *Marbury v. Madison* e ao *judicial review*⁵⁸² e levanta uma interessante pergunta: Essas doutrinas limitadores negam *Marbury v. Madison*?

O sistema de controle de constitucionalidade norte-americano esteve na origem do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. O controle de constitucionalidade das leis foi introduzido no Brasil pelo decreto executivo 848 de 11/10/1890, na constituição provisória de 1890, e incorporado à constituição de 1891, que “inspirada no modelo norte-americano, abrigou a doutrina do *judicial*

the doctrine applies by reading the text of the constitutional document itself (...) the text generally authorizes *judicial review* of constitutional issues (*Marbury v. Madison*) unless the text specifically states that judicial review is inappropriate in particular situations”; Part (ii) – “depends upon implicit rather than explicit textual instructions. As Chief Justice Rehnquist stated for the Court in *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993), “[t]he concept of a textual commitment to a coordinate political department is not completely separate from the concept of a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; the lack of [such] standards may strengthen the conclusion that there is a textually demonstrable commitment to a coordinate branch, [thereby indicating that] the Constitution implicitly negates the idea of judicial review”; Part (iii) – “focuses on such vague and uncertain concepts as “embarrassment” and “respect”. Is an issue embarrassing to another branch whenever a majority of the Court so says? Is a decision potentially disrespectful of another branch whenever the Court decides that it is?” Ibid. p. 164-165. Entretanto, o professor complementa a exposição acrescentando que desde *Baker v. Carr*, a Corte vem limitando a discricionariedade da parte (iii) do teste. Casos relevantes são: *Powell v. McCormack* (1969), *Goldwater v. Carter* (1979) e *Nixon v. United States* (1993).

⁵⁸¹ “the Supreme Court has evolved a compromise doctrine that maintains its role as constitutional arbiter while also respecting some state power that seems to be at the core of the principle of sovereign immunity. The doctrine can be states as three rules (...) *First*, no state may be sued as a named defendant in a federal court, nor may a state official be sued if the impact of the suit (...) would affect or be paid from the state government. *Second*, as an exception to the first rule, suits may be brought against state officials (not the “state”) if the plaintiff claims that the officials violated federal constitutional law. *Third*, as an exception to the second rule, no relief may be ordered against the state official which would require the official to pay state revenues to the plaintiff as damages (...) The net result of the modern Eleventh Amendment rules are these: (i) a person who is a defendant in a state court may take an appeal of federal constitutional issues to the U.S. Supreme Court even when the state is a named party; additionally, (ii) a plaintiff may file suit in federal trial court against state officials who have violated federal constitutional law.” Ibid. p. 183.

⁵⁸² “The “standing doctrine”, for example, forbids persons without an interest in the outcome of litigation to file claims in the federal courts (...) A similar doctrine prohibits federal courts to give “advisory opinions” on the constitutionality of a law before its final adoption, and a similar “ripeness doctrine” forbids federal courts to hear claims before final decisions have been made by government (and therefore before a plaintiff has been adversely affected)”. Ibid. p. 185-186.

review, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para deixar de aplicar as leis e atos normativos que estivessem em confronto com o texto constitucional”. Como explica Fábio Leite, o modelo previsto pela referida constituição, contudo, não foi tão longe quanto o modelo importado, na medida em que à declaração de inconstitucionalidade brasileira não foi concedida os mesmos efeitos *erga omnes* da declaração norte-americana, justamente pela ausência de um princípio com função semelhante ao *stare decisis*.⁵⁸³

O controle difuso foi importado dos Estados Unidos no final do século XIX. Ao longo do século XX e início do século XXI, contudo, o controle de constitucionalidade brasileiro sofreu profundas modificações e se distanciou (e se distancia cada vez mais) do modelo original.

Na constituição de 1934, os primeiros sinais de controle concentrado de constitucionalidade começaram a aparecer. O artigo 90, IV, atribuiu eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF (em controle concreto-difuso), através da atribuição ao Senado de competência (cujo exercício era discricionário) para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pela corte suprema.

A constituição de 1934 trouxe também uma nova modalidade de controle, que embora ainda concreto, se exercia por meio de ação direta ao STF: a representação interventiva.⁵⁸⁴ Segundo Fábio Leite, mesmo após as modificações ao instituto trazidas pela constituição de 1946, sob cuja égide a representação interventiva firmou-se como um efetivo mecanismo de controle de constitucionalidade, tal controle permaneceu sendo concreto, ainda que por via de ação direta.⁵⁸⁵ O fato de ser efetuada por meio de ação direta contribui, contudo,

⁵⁸³ “Enquanto no modelo americano os efeitos da declaração de inconstitucionalidade restringiam-se às partes *até que* fosse decidida pela Suprema Corte, no Brasil os efeitos restringiam-se às partes *ainda que* a decisão pela inconstitucionalidade fosse tomada pelo STF.” LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 8.

⁵⁸⁴ “A representação interventiva foi outra novidade trazida pela Constituição de 1934 a respeito do controle de constitucionalidade. Segundo o texto constitucional, para que o Congresso Nacional decretasse intervenção federal num Estado-membro por desrespeito aos princípios constitucionais sensíveis, seria necessário que o STF antes julgasse a constitucionalidade da lei que instituíra aquela medida interventiva”. *Ibid.* p. 12.

⁵⁸⁵ *Ibid.* p. 13. “É que, rigorosamente, o objeto do processo não era a declaração de inconstitucionalidade em tese de um ato estadual, mas a solução de um conflito entre a União e o Estado-membro –qualificado pelo fato de que poderia resultar na decretação de intervenção

para que se perceba os primeiros sinais em direção ao controle concentrado.⁵⁸⁶ Outra alteração relevante foi a previsão de exigência de maioria absoluta para que um tribunal declarasse a inconstitucionalidade de uma lei.⁵⁸⁷

A constituição de 1937, como já aduzido neste trabalho, promoveu forte concentração de poderes na figura do Presidente da República. O controle de constitucionalidade também sofreu reflexos desta tendência e houve um certo enfraquecimento do posição do judiciário.⁵⁸⁸ O artigo 96 da constituição de 1937 facultou ao Presidente o poder de submeter novamente ao exame do Congresso lei que fosse declarada inconstitucional, caso considerasse a lei como “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, a fim de que o Congresso pudesse, observado o quorum de dois terços de votos em cada casa, tornar sem efeito a decisão do Tribunal.⁵⁸⁹

federal. Tem-se assim uma ação judicial, onde figuram como partes a União e o Estado-membro, a ser julgada pelo STF, como guardião da constituição, mas também como tribunal da federação.”

⁵⁸⁶ “A tendência desenhada na Constituição de 1891 de formalização da participação do Judiciário na solução dos conflitos públicos, ou seja, a possibilidade de o Judiciário opinar sobre questões de interesse geral, ganhou muita força com a possibilidade de o Procurador-Geral da República interpor uma representação interventiva no tocante aos conflitos federativos. Esse ponto também se constitui na primeira experiência constitucional brasileira de algo próximo de um controle concentrado.” CARVALHO, Ernani. *Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias n. 23 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. p. 4. Em sentido semelhante: “a Constituinte de 1934 introduziu uma primeira forma de controle concentrado, a representação interventiva”. FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 5.

⁵⁸⁷ “a constituição de 1934 foi a primeira a introduzir a exigência do voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, regra mantida pelas Constituições posteriores.” *Ibid.* p. 5.

⁵⁸⁸ “A Constituição de 1937 trouxe poucas, mas importantes inovações. Manteve o controle difuso de constitucionalidade e a exigência de voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República (art. 96). Omitiu a participação do Senado na suspensão das leis declaradas inconstitucionais, mas previu uma nova forma de participação dos demais poderes no controle de constitucionalidade. Deveras, atribuiu ao Presidente da República a prerrogativa de submeter a lei declarada inconstitucional (pelo STF ou qualquer outro tribunal) a reexame pelo Parlamento que, mediante o voto de dois terços dos membros de cada Casa, poderia manter a lei, tornando sem efeito a decisão do tribunal (parágrafo único do art. 96). Isso enfraqueceu a posição do Judiciário, permitindo aos demais poderes uma participação decisiva no controle de constitucionalidade.” *Ibid.* p. 6.

⁵⁸⁹ “Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a

Quanto ao controle de constitucionalidade, a constituição de 1946 preservou aspectos da constituição de 1934, como a exigência de maioria absoluta do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade e a atribuição do Senado para a suspensão da execução das leis declaradas inconstitucionais pelo STF. Muito embora tenha mantido o modelo de controle concreto-difuso, a Constituição de 1946 reforçou a representação interventiva⁵⁹⁰ ao estabelecer explicitamente os princípios em que a ação se poderia basear (forma republicana; independência e harmonia entre os poderes; temporalidade das funções eletivas, limitada a duração destas a das funções federais correspondentes; proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da administração; garantias do Poder Judiciário).⁵⁹¹

“Este quadro de controle de constitucionalidade tal como estabelecido pela Constituição de 1946, em que conviviam o controle concreto-difuso (nos moldes definidos em 1934) e a representação interventiva, um controle também concreto, mas por via de ação direta – controle limitado, tanto pelo “objeto” (apenas ato estadual) como pelo parâmetro (somente os chamados princípios constitucionais sensíveis) – permaneceu inalterado por quase vinte anos, quando, em 1965, foi criada a representação de inconstitucionalidade, destinada à guarda da

confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

⁵⁹⁰ “A Constituição de 1946, em sua redação original, manteve o controle difuso (art. 101, inciso III, letras “a”, “b”, “c”) e a regra da maioria absoluta (...), restituindo a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF (art. 64). Também a representação interventiva foi mantida, passando o SFT a apreciar diretamente a inconstitucionalidade da lei estadual, não mais da lei de intervenção deferral (parágrafo único art. 8º). FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 6.

⁵⁹¹ Como observa Ernani Carvalho, “O constituinte brasileiro de 1946 dá o primeiro sinal de que lhe interessa judicializar aspectos que antes estavam restritos ao mundo político. Com isso a doutrina da separação de poderes vai sendo flexibilizada”. CARVALHO, Ernani. *Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias n. 23 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. p. 5. O sistema de controle de constitucionalidade começa aos poucos a se afastar do sistema importado, um sistema que, como vimos, é classificado como sistema de separação de poderes. Ademais, a *judicial review* começa a ganhar mais destaque, o que pode ser relacionado com a observação de Tushnet exposta no item antecedente no sentido de que o *judicial review* ganha destaque em face da democratização. No entanto, como expressa Ernani, muito embora tanto a constituição de 1934 quanto a de 1946 tenham fortalecido o poder judiciário, permaneceu um forte controle daquilo que poderia de fato ser judicializado e forte influência do poder executivo, haja vista a titularidade exclusiva do procurador da república para a ação de representação interventiva e sua forte ligação com o president da república.

Constituição por meio de fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas federais e estaduais.”⁵⁹²

Durante o período que foi de 1965 a 1988, houve considerável fortalecimento do controle abstrato-concentrado no país. A emenda n. 16 de 1965 (à Constituição de 1946) instituiu, ao lado da representação interventiva, o controle abstrato de normas federais e estaduais, “ampliando a capacidade do Procurador-Geral da República de judicializar conflitos políticos”.⁵⁹³ Houve, ademais, uma ampliação das possibilidades de representação para fins de intervenção (para além dos princípios sensíveis, também o provimento de execução da lei federal).⁵⁹⁴

Fábio Leite observa que a representação de inconstitucionalidade inaugura uma nova forma de controle de constitucionalidade no país, muito embora fosse em certos aspectos semelhante à representação interventiva, “eis que envolvia um problema de incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, e seria ajuizada pelo Procurador-Geral de República (PGR) e julgada pelo Supremo”.

Como ensina o autor, a questão levada ao conhecimento do Supremo constituía o próprio objeto da ação e não mais se tratava de uma prejudicial à

⁵⁹² LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 13.

⁵⁹³ CARVALHO, Ernani. *Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias n. 23 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. p. 7. “É interessante notar que o regime militar teve a oportunidade de extinguir o controle difuso de constitucionalidade quando este estava em debate na reforma do judiciário. “O próprio Supremo Tribunal propôs a introdução da representação de inconstitucionalidade como forma de ação direta, como controle abstrato de normas. E foi além quando sugeriu, ele mesmo, ‘uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo’, ou seja, uma espécie de avocadoria para assuntos constitucionais” (ARANTES, 1994, p. 79). Como sabemos, a proposta do STF não vingou e foi garantido ao Procurador-Geral da República encaminhar apenas o que, em seu entendimento, constituísse lesão à Constituição (...) Se a proposta ao Supremo Tribunal Federal tivesse sido aceita, o Executivo perderia o controle sobre o que poderia ser analisado de forma abstrata, ou seja, sobre o que poderia ser judicializado”. Ibid. p. 6.

⁵⁹⁴ Ibid. p. 7. “Além disso, a Emenda nº 16/1965 permitiu que os Estados também criassem um controle concentrado, abstrato e objetivo da constitucionalidade das leis ou atos municipais, em face da constituição Estadual, mediante um processo de competência originária dos Tribunais de Justiça.” FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 6.

solução de um caso concreto.⁵⁹⁵ O autor ensina, ademais, que o controle abstrato-concentrado, nos moldes descritos, foi mantido pelas constituições vigentes no período militar e que, ao lado do controle concreto-difuso, caracterizou o que tradicionalmente se identifica por modelo híbrido (ou misto) brasileiro de constitucionalidade.⁵⁹⁶ O autor fornece, ademais, uma boa descrição da funcionamento do modelo híbrido brasileiro vigente até a constituição de 1988:

“qualquer juiz ou tribunal (incluindo o STF), ao julgar um caso concreto, poderia deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional, sendo que, no caso dos tribunais, apenas se a maioria absoluta de seus membros assim entendesse; não atingindo este quorum, a norma seria considerada constitucional e deveria ser aplicada. Caso a decisão de não aplicar a norma (por se tratar de um ato normativo inconstitucional) fosse tomada pelo STF, ao julgar um caso concreto, deveria aquele tribunal encaminhar a decisão ao Senado Federal, que, se estivesse de acordo, suspenderia a execução da referida norma (ou de parte dela). Paralelamente, o Procurador-Geral da República poderia ajuizar, junto ao STF, uma representação de inconstitucionalidade tendo por objeto um ato normativo estadual ou federal (...), caso o STF julgasse procedente a representação, a norma não mais deveria ser aplicada, sem a necessidade de qualquer manifestação por parte do Senado Federal. No entanto, caso o STF julgasse improcedente a ação, entendendo tratar-se de norma constitucional, portanto, tal decisão não afetaria o controle difuso, de modo que juízes e tribunais poderiam deixar de aplicar a referida norma nos casos sob sua jurisdição por entenderem tratar-se de norma inconstitucional”.⁵⁹⁷

Até o advento da constituição de 1988, o único entendimento do STF, no exercício do controle de constitucionalidade das normas, que possuía eficácia vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário era o relativo à inconstitucionalidade declarada em sede de controle abstrato-concentrado (no julgamento da representação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-

⁵⁹⁵ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 14.

⁵⁹⁶ “A Constituição de 1967 manteve os dois sistemas de controle de constitucionalidade, difuso/concreto (art. 119, inciso III, letras “a”, “b” e “c”) e concentrado/abstrato (art. 119, inciso I, letra “I”), (...). Manteve a representação interventiva federal nos Estados (art. 11, § 1º, letra “c”) e a exigência de maioria absoluta para os tribunais decretarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 116). Essa concepção dual do sistema de controle foi mantida em 1969, pela Emenda Constitucional nº 1, que acrescentou a possibilidade de intervenção estadual nos municípios (art. 15, § 3º, letra “d”). Posteriormente, a Emenda nº 7/77 introduziu a possibilidade de concessão de medida cautelar no processo judicial de controle concentrado/abstrato/objetivo” FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 6.

⁵⁹⁷ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 18-19.

Geral da República). Neste caso, haveria eficácia *erga omnes* independentemente de manifestação do Senado. A declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concreto pelo STF, ao contrário, poderia ter eficácia *erga omnes* somente no caso de manifestação do Senado neste sentido.⁵⁹⁸

Como explica Fábio Leite, o tradicional controle híbrido ou misto era apresentado como um composto de dois modelos distintos e estáticos, que existiam em paralelo, numa convivência independente: o controle difuso (de origem norte-americana) que ingressou no Brasil em 1891, “onde qualquer juiz ou tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em um caso concreto, gerando tal decisão (...) efeito apenas entre as partes envolvidas no processo”; e o controle concentrado (de origem austríaca), que se fez presente no Brasil com a emenda constitucional 16/65, “onde o STF apreciaria em sede abstrata (...) a constitucionalidade da lei apresentada por quem tivesse legitimidade processual para tanto, e cuja decisão pela inconstitucionalidade (...) geraria efeitos *erga omnes*.”⁵⁹⁹

“A Constituição de 1988, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (Art. 102, caput), dotou-lhe de meios mais eficazes para o exercício dessa importante missão institucional.”⁶⁰⁰

O controle de constitucionalidade brasileiro sofreu substancial reforma com a promulgação da constituição de 1988. Como explica Gilmar Mendes,

⁵⁹⁸ Ibid. p. 19.

⁵⁹⁹ Ibid. p. 2-3. Francisco Eduardo Guimaraens observa que “Em estudo comparado das constituições austríaca e Americana relativamente ao controle judicial de constitucionalidade, Hans Kelsen, já em 1942, fazia (...) crítica ao modelo difuso americano”. Kelsen analisou a situação da Áustria antes da constituição de 1920, criticando a falta de uniformidade nas questões constitucionais e o fato de que na Áustria as decisões da corte ordinária mais alta referentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto não possuíam força obrigatória em relação às cortes inferiores ou mesmo para a própria corte superior: “Para Kelsen isso ocorria por causa da ausência da força obrigatória do *stare decisis* no direito austríaco, filiado à matriz do *civil law* e não do *common law*.” Francisco Eduardo Guimaraens acrescenta que “Mauro Cappelletti, em seu estudo sobre o controle de constitucionalidade das leis no direito comparado, já anotava diversos inconvenientes da adoção do modelo difuso de controle por países filiados ao *civil law*, onde não existe o princípio do *stare decisis*”. FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 10.

⁶⁰⁰ FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 6.

“embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade “incidental” ou “difuso”, é certo que a adoção de outros instrumentos (...) conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle...”.⁶⁰¹

O constituinte de 1988 acolheu o controle difuso praticamente nos moldes das constituições anteriores (“excluídos os casos que passaram a ser objeto de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, criado em 1988”). Prevê a constituição de 1988 que, no controle difuso, cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer da matéria em última instância, por via de recurso extraordinário (art. 102, inciso III). O Senado continuou com a prerrogativa de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso (art. 52, inciso X) e a exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder público pelos tribunais (art. 97).⁶⁰²

Gilmar Mendes acrescenta, porém, que o sistema brasileiro não reserva a um único tipo de ação ou de recurso (extraordinário) a função de proteção direitos fundamentais. O autor apresenta “as ações constitucionais do *habeas corpus*⁶⁰³, o *habeas data*⁶⁰⁴, o *mandado de segurança*⁶⁰⁵, o *mandado de injunção*⁶⁰⁶, a *ação civil*

⁶⁰¹ MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em 26 de abril de 2012. p. 3.

⁶⁰² FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 7.

⁶⁰³ “O *habeas corpus* destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir e vir. Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir. Ressalta-se que, não obstante a coação à liberdade individual comumente advém de atos emanados do Poder Público, não se pode descartar a possibilidade da impetração de *habeas corpus* contra atos de particular.” MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em 26 de abril de 2012. p. 3. Explicações e detalhes desta ação constitucional fogem ao escopo deste trabalho. O mesmo se aplica às ações constitucionais objeto das notas que se seguem a esta. Para detalhes de cada uma das ações ver, entre outros: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

⁶⁰⁴ “O *habeas data* é instituto destinado a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de

pública e a ação popular⁶⁰⁷,” como parte do sistema brasileiro de controle difuso de constitucionalidade.⁶⁰⁸

Fábio Leite nos adverte de que o sistema de controle de constitucionalidade hoje existente no país não foi trazido (pronto) pela constituição de 1988, mas formado a partir dela. O autor aponta que, ao menos, quatro acontecimentos foram significativos na formação do sistema de controle pós 1988: a criação da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) pela EC 3/93, a regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) e da ADC

caráter público e para permitir a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo de modo sigiloso.” Ibid. 4.

⁶⁰⁵ “O mandado de segurança é instrumento processual de proteção de direitos de criação genuinamente brasileira e como especialização do direito de proteção judicial efetiva, destina-se a proteger direito individual ou coletivo líquido e certo contra ato ou omissão de autoridade pública não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração. Quanto ao cabimento do mandado contra ato normativo o Supremo Tribunal Federal tem orientação pacífica no sentido do não-cabimento de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, uma vez que ineptos para provocar lesão a direito líquido e certo. A concretização de ato administrativo com base na lei poderá viabilizar a impugnação, com pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma questionada. Admite-se, porém, mandado de segurança contra lei ou decreto de efeitos concretos.” Ibid. p. 4.

⁶⁰⁶ “O Mandado de Injunção tem sua concessão prevista constitucionalmente sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. De tal forma, o mandado de injunção há de ter por objeto o *não-cumprimento de dever constitucional de legislar* que, de alguma forma, afete direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania). Omissão que tanto pode ter caráter *absoluto* ou *total* como pode materializar-se de forma *parcial*”. Ibid. p. 4-5.

⁶⁰⁷ “Além dos processos e sistemas destinados à defesa de posições individuais, a proteção judiciária pode realizar-se também pela utilização de instrumentos de defesa de interesses difusos e coletivos, como a ação popular e a ação civil pública. A ação popular é instrumento previsto com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A ação civil pública é outro relevante instrumento de defesa do interesse geral, sendo destinada à defesa dos chamados interesses difusos e coletivos relativos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, da ordem econômica e da economia popular, dentre outros. A ação popular configure instrumento de defesa de interesse público, não tendo em vista primordialmente a defesa de posições individuais, no entanto as decisões tomadas em sede de ação popular poder ter reflexos sobre posições subjetivas. A ação civil pública, da mesma forma, tem-se constituído em importante instrumento de defesa dos direitos em geral, especialmente os direitos do consumidor.” Ibid. p. 5.

⁶⁰⁸ MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em 26 de abril de 2012. p. 3.

pela lei 9.868/99, o advento da lei 9.882/99 a regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e as novidades trazidas pela EC 45/2004.⁶⁰⁹

O controle abstrato-concentrado sofreu importantes modificações com a constituição de 1988 e após sua promulgação. Em 1988, este controle deixou de fazer-se por meio de representação pelo Procurador-Geral da República com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, letra “a”) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único).⁶¹⁰

“A arquitetura institucional imposta pelos militares consagra e amplia a experiência anterior de controle sobre o que poderia ser judicializado. Ou seja, na perspectiva do controle de constitucionalidade, ocorre um forte processo de centralização, caracterizado pelo monopólio da propositura por parte do Procurador-Geral da República. O forte vínculo político que esta alta autoridade possuía com o Presidente caracteriza uma patente tutela do uso deste mecanismo. A discussão sobre o monopólio da ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República não acaba aqui, os constituinte de 1988 deram a resposta.”⁶¹¹

Ao invés do monopólio da propositura da representação de inconstitucionalidade por parte do Procurador-Geral da República, que vigorou durante o regime militar, a constituição de 1988 trouxe a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art.

⁶⁰⁹ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 2.

⁶¹⁰ “Além desses, foram criados dois instrumentos para o controle da inconstitucionalidade negativa ou por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (§ 2º do art. 103) e o mandado de injunção (art. 102, inciso I, letra “q”).” FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 7. “Foi também mantida a intervenção federal nos Estados (...) Também foi prevista a possibilidade de intervenção estadual nos Municípios de sua base territorial ou da União nos Municípios situados em Territórios Federais...” Ibid. p. 7.

⁶¹¹ CARVALHO, Ernani. *Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias n. 23 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. p. 7. Para Fábio Leite, “A atribuição a um único órgão de legitimidade para o desencadeamento do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade é passível de críticas, por conta do caráter democrático desta espécie de controle.” LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 15. Concordamos que a atribuição a um único órgão é criticável, em especial um órgão próximo ao executivo (indicado por aquele) em tempos de exceção. Concordamos, ademais, a ampliação do rol de legitimados para o suscitar o controle concentrado, tal qual ocorrido em 1988, é um avanço democrático. Contudo, não concordamos que o controle de constitucionalidade em si, em especial o controle concentrado, cuja função primordial é a guarda da constituição, tenha uma natureza democrática.

103).⁶¹² Para além do Procurador-Geral da República, são legitimados para a propositura o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Governador de Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional. Fábio Leite observa que a ampliação teve seu alcance restringido, contudo, através da criação de duas classes de legitimados, os universais e os especiais, “tendo estes que demonstrar pertinência temática com o ato impugnado, diferentemente dos legitimados universais”.⁶¹³

A constituição de 1988 prevê em seu artigo 103, “como ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade”: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).⁶¹⁴

A ADI é instrumento destinado à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo o parâmetro de controle a constituição. As decisões proferidas em ADI possuem eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante em relação a todo o poder judiciário e à administração pública direta e indireta.⁶¹⁵

⁶¹² “Tudo indica que as discussões doutrinárias em torno do monopólio (...) por parte do Procurador-Geral da República durante o regime militar tenham potencializado o vigor do constituinte em ampliar o rol de entes capacitados. A insatisfação de várias lideranças políticas em não ter suas queixas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República pode ter ocasionado essa reação.” CARVALHO, Ernani. *Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias n. 23 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. p. 9.

⁶¹³ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar, p. 20. “Nas discussões sobre a legitimidade efetiva para propor ação direta de inconstitucionalidade gerou-se uma disputa, dentro do Supremo Tribunal Federal, sobre a necessidade ou não de restringir ao máximo essa legitimidade. A jurisprudência tem dado vitória aos ministros que são a favor da restrição. Foi criada, em alguns casos, como por exemplo, dos Governadores e Assembléias Legislativas, a relação de pertinência.” CARVALHO, Ernani. *Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias n. 23 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. p. 9.

⁶¹⁴ MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em 26 de abril de 2012. p. 6.

⁶¹⁵ *Ibid.* p. 6. “Ressalte-se, porém, que a legislação que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade prevê a possibilidade do Plenário do Tribunal modular os efeitos das

A ADC é instrumento destinado à declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Fábio Leite ensinou que há uma ambivalência possível entre a ADI e a ADC no sentido de que uma ADC julgada improcedente no mérito resultaria na procedência de uma ADIN que tivesse o mesmo objeto que aquela. A legislação regulamentadora da ADC permite que o STF, por meio de medida cautelar, determine a juízes e tribunais a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até o julgamento definitivo.⁶¹⁶ Tal qual a ADI, as decisões proferidas em ADC possuem eficácia *ex tunc*, erga omnes e efeito vinculante para todo o poder judiciário e a administração pública direta e indireta. As mesmas possibilidades (que na ADI) de modulação dos efeitos da decisão estão abertas ao tribunal.⁶¹⁷

A ADO destina-se à aferição da inconstitucionalidade da omissão dos órgãos competentes (federais ou estaduais, com função legislativa ou administrativa) no que tange à concretização de determinada norma constitucional. A ADO pode ter por objeto “a omissão total, absoluta, do legislador, quanto a omissão parcial, ou o cumprimento incompleto ou defeituoso de dever constitucional de legislar”. Recentemente⁶¹⁸ o STF passou a adotar o entendimento no sentido da possibilidade da decisão proferida por aquele tribunal adotar providências para a regular a matéria objeto de omissão (que poderá vigorar até que o legislador edite norma com vistas a preencher a lacuna). Ademais,

decisões no âmbito do controle abstrato de normas, permitindo ao STF declarar a inconstitucionalidade da norma: a) a partir do trânsito em julgado (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); b) a partir de algum momento posterior ao trânsito em julgado, a ser fixado pelo Tribunal (declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*); c) sem a pronúncia da nulidade da norma; e d) com efeitos retroativos, mas preservando determinadas situações. O Supremo Tribunal Federal tem evoluído na adoção de novas técnicas de decisão no controle abstrato de constitucionalidade. Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme a constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da “lei ainda constitucional” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.” *Ibid.* p. 6-7.

⁶¹⁶ *Ibid.* p. 7.

⁶¹⁷ *Ibid.* p. 7.

⁶¹⁸ “Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão autorizaria o Tribunal apenas a cientificar o órgão inadimplente para que este adotasse as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional.” *Ibid.* p. 8.

o STF também passou a considerar a possibilidade de, em certos casos específicos, determinar um prazo razoável para a atuação legislativa.⁶¹⁹

A ADPF pode tanto atuar como instrumento típico do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, pela impugnação direta de lei ou ato normativo (federal, estadual ou municipal) quanto surgir a partir de situações concretas que levem à impugnação da lei ou ato normativo (controle em caráter incidental, em oposição ao controle em caráter principal). É pressuposto para o ajuizamento da ADPF a existência de controvérsia quanto à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato questionado. A ADPF somente será admitida quando não houver outro meio eficaz para sanar a lesão: “cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento”.⁶²⁰ A ADPF possui amplo escopo e permite larga atuação do tribunal no exercício do controle de constitucionalidade:

“Cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Caberá também a arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais). É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.”⁶²¹

⁶¹⁹ “Ressalta-se que, nesses casos, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma *regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário*. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada *sentença de perfil aditivo*, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.” Ibid. p. 8.

⁶²⁰ Muito embora a afirmação de Gilmar Mendes acerca do caráter subsidiário da ADPF, esta possui larga aplicabilidade e amplia o rol de matérias que pode ser objeto de controle de constitucionalidade: “não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (...) há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face à constituição federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.” Ibid. p. 10.

⁶²¹ Ibid. p. 10.

Com a criação de novas ações na via direta e a ampliação da legitimidade ativa para a propositura da ação de inconstitucionalidade, o controle abstrato-concentrado foi bastante reforçado, “passando a preponderar como principal no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro”.⁶²² Com a promulgação de 1988 e através de outras modificações (inovações introduzidas por emendas constitucionais, lei ordinária e jurisprudência do STF) houve, pois, uma caminhada em direção ao fortalecimento do controle abstrato-concentrado em detrimento (da importância) do controle concreto-difuso.⁶²³

Até a entrada em vigor da constituição de 1988, o recurso extraordinário (“instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância do Poder Judiciário”) era o mais importante processo de competência do STF. Este não é mais o cenário, principalmente após a adoção da repercussão geral como requisito de admissibilidade (EC 45/2004), o que ressaltou a feição objetiva deste recurso.⁶²⁴

A emenda constitucional n. 3 de 1993 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 103, § 4º). Como destaca

⁶²² FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 8.

⁶²³ “ao ampliar de forma significativa o círculo de legitimados ativos aptos a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato das normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”. CARVALHO, Ernani. *Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias n. 23 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. p. 9. “Segundo Gilmar Mendes, essa ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual abstrato, dotado da possibilidade de suspensão imediata da eficácia do ato normativo impugnado, por meio de medida cautelar, faz com que praticamente todas as relevantes questões constitucionais atuais sejam resolvidas em ações diretas propostas perante o STF”. FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 8.

⁶²⁴ MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em 26 de abril de 2012. p. 11. “De acordo com a inovação legal, para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que *ultrapassem os interesses subjetivos da causa*. Haverá também repercussão geral senão que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. A adoção desse novo instituto deverá ressaltar a feição objetiva do recurso extraordinário.” Ibid. p. 11.

Fábio Leite, o surgimento da ADC foi o primeiro abalo ao sistema híbrido estático de dois modelos relativamente independentes.⁶²⁵ Com a ADC, houve, pela primeira vez, a atribuição de efeitos ao simples “reconhecimento” da constitucionalidade de uma norma pelo STF. Como explica o autor, a ADC serviu, ademais, ao propósito de criar uma vinculação entre os dois modelos de controle:

“De fato, a vinculação entre a decisão precedente em uma ADC e o controle difuso não era apenas uma coincidência, mas antes o próprio propósito daquela ação, a saber: evitar a controvérsia judicial (entre juízes e tribunais) acerca da constitucionalidade de uma lei federal”.⁶²⁶

A emenda constitucional 45/2004 ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, *caput* e incisos IV e V; Restou revogado o § 4º do art. 103) e o artigo 102, § 2º, com redação trazida pela emenda 45/2004, atribuiu à ADC os mesmos efeitos *erga omnes* e vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, atribuídos à ADIN.

A EC 45/2004 introduziu a súmula vinculante (art. 103-A) e a exigência de demonstração de repercussão geral como requisito para a admissão do recurso extraordinário (art. 102, § 3º). Este instrumento teve forte impacto na dinâmica e na importância do recurso extraordinário e, conseqüentemente, do controle concreto-difuso de constitucionalidade, visto que o novo requisito atua como crivo por parte do STF e acentua uma feição objetiva do recurso, desvinculando-o dos interesses subjetivos da causa e utilizando-o para o reforço do controle abstrato-concentrado ao prever a automática admissão do recurso sempre que este

⁶²⁵ “Nesse cenário, embora prosseguisse a convivência independente entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, onde o STF poderia julgar improcedente uma ADIN tendo por objeto uma lei federal ou estadual – reconhecendo, contrário sensu, a sua constitucionalidade – e ainda assim um juiz em caso concreto poderia afastar a aplicação desta norma alegando sua inconstitucionalidade, havia agora uma exceção a esta regra: se o STF reconhecesse a constitucionalidade da norma federal no julgamento de uma ADC, nenhum outro juízo poderia alegar sua inconstitucionalidade. Surge aqui uma ruptura na independência entre os dois modelos de controle – ainda que restrita, tanto pelo tipo (apenas a ADC), quanto ao objeto (apenas norma federal) da ação.” LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 4.

⁶²⁶ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 4.

impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF.⁶²⁷ Ademais, se o STF negar a existência de repercussão geral, tal decisão valerá para todos os recursos que versem sobre matéria idêntica. Tais recursos serão indeferidos liminarmente.⁶²⁸ O impacto do novo instituto no fortalecimento do controle abstrato-concentrado e no enfraquecimento do controle concreto-difuso pode ser percebido na seguinte afirmação de Gilmar Mendes:

“Na medida em que tende a reduzir drasticamente o volume numérico dos processos que chegam à Corte, assim como a limitar o objeto dos julgamentos a questões constitucionais de índole objetiva, a nova exigência da repercussão geral no recurso extraordinário abre promissoras perspectivas para a jurisdição constitucional no Brasil, especialmente quanto à assunção pelo Supremo Tribunal Federal do típico papel de um verdadeiro Tribunal Constitucional.”⁶²⁹

Quanto ao objeto específico deste trabalho cabe tecer os seguintes comentários. A Lei 11.672/2008 regulamentou o procedimento para a expedição de súmula vinculante. Como destaca Fábio Leite, observação com a qual concordamos, com o advento da EC 45/2004, houve “a aproximação do STF a um Tribunal Constitucional”. Segundo o autor, isto “pode ser identificado a partir das competências atribuídas àquela Corte tanto para restringir os recursos extraordinários (...) como para editar súmulas com efeito vinculante”.⁶³⁰

Podem ser objeto de súmulas vinculantes, para além da interpretação constitucional *stricto sensu*, a controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia tanto de normas federais, como estaduais ou municipais. O Tribunal, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público, pode, por decisão de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos da súmula ou decidir que sua

⁶²⁷ MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em 26 de abril de 2012. p. 11.

⁶²⁸ Ibid. p. 11. “...os tribunais de origem poderão selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia ou encaminhá-los – somente estes – ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Por outro lado, declarada a existência da repercussão geral e assim julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais de origem, que poderão declará-los prejudiciados ou retratar-se. Será presumida a repercussão geral quando a questão já tiver sido reconhecida ou quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Corte”. Ibid. p. 12.

⁶²⁹ Ibid. p. 12.

⁶³⁰ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 6.

eficácia terá início em outro momento.⁶³¹ Eis a amplitude do instrumento e a liberdade do STF em sua formulação e aplicação. Muito embora a súmula vinculante decorra, em princípio, de decisões tomadas em casos concretos (no modelo incidental), o efeito vinculante conferido às decisões impostas de cima para baixo reduz o significado do controle difuso. O mesmo pode ser dito do efeito vinculante em geral, atribuído às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

Em interessante estudo de direito comparado entre o efeito vinculante no Brasil e o processo de generalização em Portugal como mecanismos de articulação entre os controles de constitucionalidade concentrado e difuso, Paula Arruda explica que a constituição portuguesa, através do processo de generalização, expandiu os efeitos outrora *inter partes* do controle difuso de constitucionalidade no sentido de uma eficácia *erga omnes*. Isto por meio de uma ação autônoma no controle concentrado, após três decisões de inconstitucionalidade no caso concreto. No Brasil, a autora aponta que o que ocorreu foi o contrário. O mecanismo adotado foi o efeito vinculante e a necessidade de obediência às decisões do STF pelo uso da reclamação⁶³² com vistas a preservação da autoridade dos julgados daquele tribunal. Enquanto em Portugal o objetivo do processo de generalização é o de atribuir força obrigatória geral às decisões que declararem a inconstitucionalidade em três casos concretos, para que seja superada a limitação *inter partes*, no Brasil, “o objetivo do efeito

⁶³¹ MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em 26 de abril de 2012. p. 13.

⁶³² “Uma vez editada a súmula, da decisão judicial ou ato administrativo que contrariá-la, negar-lhe vigência ou aplicar-lhe indevidamente, caberá *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo de recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. A reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de *criação jurisprudencial*. Afirmava-se que ela decorria da ideia dos *implied powers* deferidos pela Constituição ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos (...) Com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu, finalmente, *status* constitucional. A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 consagrou a súmula vinculante, no âmbito da competência do Supremo Tribunal, e previu que a sua observância seria assegurada pela reclamação (...) a reclamação contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante é largamente praticada. Se julgada procedente a reclamação, poderá o Tribunal ou a Turma, se for o caso: a) avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência; b) ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; c) cassar a decisão exorbitante de seu julgado ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição”. *Ibid.* p. 14.

vinculante é impor o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal aos juízes a quo”.⁶³³

“... o efeito vinculante é óbice ao diálogo entre o controle difuso e o controle concentrado, pois impede que sejam levados à análise da Corte Suprema os elementos diferenciais, que podem surgir a partir de mudanças fáticas no caso.”⁶³⁴

A autora entende que o efeito vinculante conferido às decisões impostas de cima para baixo, diferentemente da eficácia *erga omnes*, é o que reduz o significado do controle concreto-difuso e amplia o controle abstrato-concentrado, submetendo o juízo *a quo* e tolhendo sua independência funcional. A autora ressalta a tendência à ampliação do controle abstrato-concentrado:

“Esse é um fenômeno que extrapola a jurisdição constitucional e alcança o movimento processual brasileiro, objetivando restringir o número de demandas submetidas aos tribunais, situando a problemática da uniformização jurisprudencial num espectro que vai do fechamento das vias recursais até a consagração de súmulas vinculantes”⁶³⁵

A Lei 9.868/1999 regulamentou o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Algumas inovações trazidas pela Lei foram: a expansão da legitimação ativa para a propositura da ADIN e da ADC com a inclusão do governador e da câmara legislativa do distrito federal; a autorização para concessão de medida cautelar em ADC (art. 21); a criação da inconstitucionalidade *pro futuro* ou *ex nunc*, através da permissão para a restrição e modulação temporal dos efeitos da decisão definitiva de mérito (art. 28, parágrafo único).⁶³⁶

Segundo Fábio Leite, a aprovação da lei 9.868/99 representou um segundo momento (após a criação da ADC) nas transformações pelas quais passou o controle de constitucionalidade brasileiro pós 1988. Como explica o autor, dentre as inovações, estão: a possibilidade de manifestação de órgãos e entidades não

⁶³³ ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da Jurisdição Constitucional*. Lúmen juris, 2006. p. 95-96.

⁶³⁴ Ibid. p. 96-98.

⁶³⁵ Ibid. p. 99.

⁶³⁶ FARIAS, Francisco Eduardo Guimarães. *Tendência à concentração/abstração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/6/7>. Acesso em 25 de abril de 2012. p. 9.

vinculados ao processo (também no controle concreto-difuso) em torno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, além do Ministério Público, das entidades de direito público responsáveis pela edição do ato normativo e dos legitimados para a propositura da ADIN e da ADC; a possibilidade de restrição e modulação temporal, em sede de controle abstrato-concentrado, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.⁶³⁷ O autor explica que as mudanças promoveram uma maior aproximação entre a ADIN e a ADC (tornando as ações mais semelhantes, mas não completamente ambivalentes).⁶³⁸

⁶³⁷ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 4-5. “Não se podem ignorar aqui os efeitos de tais mudanças no controle de constitucionalidade brasileiro. Em primeiro lugar, a discussão acerca da constitucionalidade de uma norma em sede de controle abstrato-concentrado deixou de restringir-se aos ministros do STF e às partes envolvidas no processo – quais sejam: o proponente assim autorizado pela constituição, a(s) autoridade(s) de onde emanou o ato impugnado, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República -, passando a abarcar órgãos e entidades que podem contribuir para o debate democrático em torno da questão (*amicus curiae*). Em Segundo lugar, esta abertura foi levada ao controle concreto-difuso, o que é ainda mais interessante, pois embora não descaracterize o processo como subjetivo, seguramente relativiza esta ideia, a partir do momento em que permite a manifestação de órgãos e entidades estranhas às partes processuais, mas vinculadas à questão constitucional, e assegura aos legitimados para propositura de ADIN e ADC o direito de se manifestarem nos autos destes processos, independentemente de autorização do relator, aproximando de certo modo as duas espécies de controle”. Ibid. p. 5. O Autor atribui à previsão de *amicus curiae* (inclusive no controle concreto-difuso) e à ampliação do rol de legitimados a se manifestar em relação à questão da (in)constitucionalidade como elemento democrático do sistema. O mesmo poderia ser dito em relação ao amplo rol de legitimados para a propositura da ADIN e da ADC, especialmente quando atentamos para o fato de que “Na Europa, berço do controle concentrado, a legitimidade de propositura é facultada a um percentual de parlamentares, que geralmente fica em torno de 1/3 da Casa”. Em contrapartida, “No Brasil, o constituinte rompe de vez com a centralização da propositura, via monopólio da ação direta de inconstitucionalidade por parte do Procurador-Geral da República, instituindo um rol eclético de legitimados ativos” CARVALHO, Ernani. *Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização*. Sociologias n. 23 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. p. 10. Reconhecemos o caráter mais democrático do sistema quando comparado com o sistema onde vigorava o monopólio do Procurador-Geral da República, e em última instância do poder executivo, dada a estreita relação que havia entre aquele e este. Entretanto, a comparação com o controle difuso norte-americano revela aspectos menos democráticos do sistema de controle abstrato-concentrado. A diminuição do poder do executivo e o aumento do poder judiciário não significa, necessariamente, uma abertura democrática.

⁶³⁸ Em sua investigação acerca da ADIN e da ADC e da possível ambivalência entre elas, Fábio Leite entendeu ser um equívoco se pensar estas ações como equivalentes ou como “ações iguais com sinal trocado”. Conforme explica o autor, “As diferenças entre as ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade são: (a) objeto da ação (ato normativo federal para a ADC e ato normativo federal ou estadual para a ADIN), (b) existência de controvérsia judicial relevante, bem como a sua comprovação (necessária para a ADC e desnecessária para a ADIN) e (c) manifestação do Advogado-Geral da União (necessária na ADIN e desnecessária na ADC).” Quanto à não ambivalência entre as ações: “O óbice intransponível à ambivalência da ADIN refere-se à comprovação da existência de controvérsia judicial relevante, uma vez que esta ação *prescinde* totalmente da existência de tal controvérsia, enquanto a ADC *depende* absolutamente deste elemento.” Segundo o autor, a ambivalência possível é a da ADC: “É possível afirmar com

A Lei 9.882/1999 regulamentou o processo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Como ensina Fábio Leite, a ADPF “não guarda semelhança com nenhuma outra ação na história constitucional brasileira, e nem mesmo no direito estrangeiro”.⁶³⁹ O autor observa, ademais, que “a lei regulamentadora da ADPF foi elaborada, discutida e votada basicamente no mesmo período em que a lei que regula o processo e o julgamento da ADIN e da ADC foi promulgada, o que reforça a ideia de que foram pensadas em conjunto”.⁶⁴⁰

A cláusula de reserva de plenário, regra determinando que os tribunais somente declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público por meio de decisão da maioria de seus membros (art. 97), perdeu muito de sua importância: “O STF, interpretando essa cláusula, firmou entendimento de que a regra somente se aplica para impedir que os órgãos fracionários dos tribunais apreciem pela primeira vez a questões de constitucionalidade trazidas ao tribunal”. Desta forma, o processo não precisaria ser remetido ao plenário sempre que a questão já tenha sido decidida pelo plenário do tribunal ou por seu órgão especial ou pelo plenário do STF (nestes casos, “ficam autorizadas as câmaras e turmas a aplicar o precedente aos casos futuros”).⁶⁴¹

“O modelo de controle abstrato adotado pelo sistema brasileiro concentra no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional. O modelo *abstrato* recebeu ênfase na Constituição de 1988, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal.”⁶⁴²

segurança que, após julgar uma ADC improcedente no mérito, o STF julgaria procedente uma ADIN que tivesse o mesmo objeto, aguardando-se apenas que um dos legitimados ajuizasse a ação de inconstitucionalidade.” LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 42-43.

⁶³⁹ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 5.

⁶⁴⁰ *Ibid.* p. 6.

⁶⁴¹ *Ibid.* p. 9. Para um trabalho que analisa as interpretações em torno do funcionamento da cláusula de reserva de plenário ver: LEITE, Fábio Carvalho. *A cláusula de reserva de plenário segundo os tribunais de justiça*. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS. Abr./Jun. 2011.

⁶⁴² MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em 26 de abril de 2012. p. 5.

Há, enfim, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro atual, uma nítida preponderância do controle abstrato-concentrado sobre o controle concreto-difuso⁶⁴³. Há, ademais, um grande distanciamento entre o sistema de controle de constitucionalidade presente e aquele introduzido no país em 1890/91 nos moldes do *judicial review* norte-americano. Houve um aproximação do sistema brasileiro em relação aos sistema europeu de controle e do STF em relação a um tribunal ou Corte constitucional, cuja função exclusiva é a guarda da constituição através do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade.⁶⁴⁴

“Um dos pontos controvertidos da reforma introduzida pela EC-45/2004 é o das súmulas vinculantes. Esse é um velho tema recorrente toda vez que se cuida de reforma do Judiciário. É a questão da adoção oficial de uma interpretação fixa, que se imponha a todos, e que foi objeto de larga discussão durante o império. Assim é que José Thomaz Nabuco de Araujo apresentou um projeto, em 1843, conferindo ao mais alto tribunal do Império – o Supremo Tribunal de Justiça -, o direito de julgar definitivamente as causas em que concedesse revista, porque, para ele, era uma anomalia que os tribunais inferiores pudessem julgar, em matéria de direito, o contrário do que tinha decidido o primeiro tribunal do Império. Em 1855, a Seção de Justiça do Conselho de Estado, em face dos arestos contraditórios dos tribunais inferiores, lembrava a conveniência de uma medida legislativa no sentido de “estabelecer uma interpretação com força dos antigos *assentos* da Casa de Suplicação”. Houve até parecer que aconselhava a proposta de uma lei que autorizasse o Conselho de Estado a dar autêntica interpretação às leis, o que foi repellido pela maioria esmagadora do próprio Conselho, com o argumento de que a interpretação autêntica de leis não poderia, sem subversão dos princípios do direito público, pertencer senão ao Poder Legislativo, cabendo a interpretação doutrinária inteira e necessariamente ao magistrado na aplicação da lei aos fatos (...) Essa doutrina do Conselho de Estado

⁶⁴³ LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC e a ambivalência possível: uma proposta*, RDE, Editora Renovar. p. 6.

⁶⁴⁴ “A jurisdição constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos. Essa é uma questão fundamental, que se coloca em resposta aos tipos de ataques que a Constituição pode sofrer, surgindo disso dois sistemas: o norte-americano e o europeu. O norte-americano gerou um sistema, fundado no critério difuso, de natureza técnico-jurídica, a ponto de afirmar-se que não se caracteriza verdadeiramente como uma forma de jurisdição constitucional, não tanto por ter sido entregue o controle de constitucionalidade à jurisdição ordinária, mas pelo fato de que a jurisdição ordinária não aprecia a Constituição em função de seus valores políticos, não se configurando como guardião dos valores constitucionais, por ter como objetivo principal a decisão do caso concreto. Entendemos que também aí existe jurisdição constitucional, tomada a expressão no sentido de modo de compor litígios constitucionais. Apenas não se realiza com plenitude a função de guarda dos valores constitucionais, dada a preferência pela decisão do caso concreto. O sistema europeu desenvolveu-se como resposta aos ataques político e ideológico da Constituição. O sistema de defesa não poderia ser senão de natureza política e ideológica. A evolução chegou à institucionalização das Cortes Constitucionais, a partir de 1920, como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais, fundado no critério de controle concentrado. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 557-558.

é da mais alta relevância, desde que se sabe que os *assentos da jurisprudência* eram, no passado, a figura correspondente às súmulas vinculantes.”⁶⁴⁵

Quanto às súmulas vinculantes, necessário ainda observar que parte da doutrina destaca que as súmulas são um instituto inspirado nos *assentos* de origem portuguesa. Este é o entendimento de José Afonso da Silva, reproduzido no trecho acima. Por esta perspectiva, que nos auxilia na compreensão dos efeitos da recepção do *stare decisis* pelo direito pátrio, as súmulas vinculantes não seriam instituto novo no Brasil. Desde a época colonial, institutos uniformizadores seriam utilizados e propostos para se fixar a jurisprudência dominante. José Afonso da Silva chega a afirmar que os assentos eram as súmulas vinculantes de outrora:

“Em 1841, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado do Império, apresentaram-se projetos de lei autorizando o Supremo Tribunal de Justiça a “tomar assentos obrigatórios sobre a interpretação das leis. O pensamento era que os assentos fossem tomados com a mesma latitude e ao mesmo tempo as mesmas limitações que os da antiga Casa de Suplicação”, aos quais era atribuída força de lei. Os assentos eram, pois, as súmulas vinculantes de outrora, com a mesma força de lei, como uma forma de interpretação oficial, impositiva, tal como as interpretações autênticas e, nesse sentido, subversivas dos princípios de direito público, já que a interpretação oficial obrigatória só é legítima quando feita pelo Poder Legislativo. Apesar disso, foram elas acolhidas no art. 103-A introduzido pela EC-45/2004.”⁶⁴⁶

Vieram para o Brasil colônia, através do direito português e espanhol os institutos das *fazañas e alvedrios*, que eram exemplos a serem seguidos, sentenças que tinham força vinculante por conta da autoridade que as proferia e que deveriam ser imitadas e seguidas como lei quando se estivesse diante de um caso similar. Estes institutos foram posteriormente transmutados, nas ordenações manuelinas e filipinas, no mecanismo dos assentos da casa de suplicação, que vigorou até a República. Segundo Osly da Silva Ferreira Neto: “com o escopo de dar cabo à insegurança jurídica que assolava o Reino, criaram-se os “assentos” da Casa da Suplicação, que consistiam em deliberações daquele órgão sobre questões problemáticas do ordenamento português”.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ Ibid. p. 564-565.

⁶⁴⁶ Ibid. p. 564-565.

⁶⁴⁷ NETO, Osly da Silva Ferreira. Os assentos no direito português e as sumulas no direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/osly.pdf

Segundo Osly, os assentos da Casa da Suplicação, órgão que funcionava como Corte Superior de Portugal, possuíam caráter fortemente vinculador, vez que os juízes que decidissem em desconformidade com os assentos poderiam ser suspensos, conforme previsão expressa nas Ordenações Manuelinas⁶⁴⁸. As ordenações, portanto, apontavam como fonte de direito os *estilos da corte de suplicação*, “a jurisprudência dominante constante e uniforme dos tribunais superiores, desde que não fossem contrários as leis, fossem aplicados há mais de dez anos e que houvesse mais de duas decisões no mesmo sentido, perfazendo a jurisprudência constante”⁶⁴⁹.

Tal sistemática perdurou durante a vigência das Ordenações Filipinas, tendo sido confirmada pela Lei de 18 de Agosto de 1769, a Lei da Boa Razão⁶⁵⁰,

⁶⁴⁸ “Pelos Ordenações Manuelinas, feitas, em primeira edição, no ano de 1514, com versão definitiva em 1521, foi determinado que, quando os desembargadores tivessem dúvida sobre o entendimento de alguma Ordenação, deviam submetê-la à Mesa Grande e dar a sentença conforme o entendimento desta. O entendimento que fosse tomado seria colocado no pelourinho para não se pôr mais em dúvida. As Ordenações Filipinas (Livro 1, Título 5, no 5), ficaram prontas no reinado de Felipe I, que as sancionou em 1591, mas foram impressas e mandadas observar, em 1603, no reinado de Felipe II. Algumas de suas normas vigoraram no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. Nessas Ordenações, ficou escrito que os desembargadores que ficassem em dúvida sobre sua interpretação deviam apresentá-la ao Regedor para que este a submetesse à Mesa Grande. A interpretação obtida seria escrita no livro da Relação para que não houvesse mais dúvida. Caso os desembargadores da Mesa Grande mantivessem a hesitação, caberia ao Regedor dar conhecimento ao Rei, para que ele dispusesse a respeito. Os desembargadores que interpretassem de outra maneira as Ordenações ou dessem sentenças em algum feito, tendo dúvida no seu entendimento, sem ir ao Regedor, para que a Mesa Grande a desfizesse, seriam suspensos de suas funções até a mercê do Rei. Além da necessidade da codificação, era preciso dar-se interpretação segundo o estilo da Corte e o costume do povo. Segundo a Lei da Boa Razão, de 1769, editada pelo Marquês de Pombal, por ordem de Dom José I, os assentos destinavam-se a precaver, com sábias providências, as interpretações abusivas que ofendiam a majestade das leis, desautorizavam a reputação dos magistrados e tornavam perplexa a justiça dos litigantes, de forma que o sossego público não pudesse ser conservado no Direito e nos bens dos vassallos. Os raciocínios frívolos e os sofismas praticados pelos advogados seriam punidos com multa e suspensão dos graus, e aos advogados que emprestassem o nome para violação das leis seria imposto degredo para Angola.” MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/sumula_vinculante.pdf. Acesso em 12 de abril de 2012. p. 3.

⁶⁴⁹ SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. *A relação entre precedente judicial e súmula vinculante*. Monografia. Universidade Estadual de Maringá, 2009.p.57.

⁶⁵⁰ “A Súmula Vinculante foi posta junto dos assentos decisivos, emanados da Casa d’el Rei, da Casa da Suplicação ou Mesa Grande, da antiga monarquia absoluta de Portugal, que não cuidavam do direito das partes no particular de cada uma delas, mas, sim, de “a inteligência geral e perpétua da lei” em benefício comum. Aqueles assentos continham a interpretação da lei que os desembargadores deviam cumprir, sob pena de suspensão do cargo até o perdão do Rei, e procuravam transmitir o estilo da Corte aplicado ao costume do povo, o mais livre possível do *utrumque jus*, que eram os institutos romanos e visigóticos (ramo dos godos do Ocidente, que surgiu na região do Danúbio, no século IV, e que conquistou Roma, a Gália e parte da Espanha até ser submetido aos árabes em 711). Às Relações do Porto, Goa, Bahia e Rio de Janeiro foi atribuído

cuja inspiração pertenceu ao Marques do Pombal, cujo artigo 4º prescrevia: “os assentos já estabelecidos, que tenho determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das leis, constituem leis inalteráveis para sempre se observarem como tais, debaixo das penas estabelecidas.”⁶⁵¹ Esta sistemática foi extinta em 1822, por deliberação tomada pelos próprios membros da Mesa Grande da Relação, órgão da Casa da Suplicação ao qual cabia a criação dos assentos.

Em 1946, a proposta de Haroldo Valladão apresentada pelo instituto dos Advogados Brasileiros à Constituinte previa a criação da chamada resolução unificadora da jurisprudência do STF, que não foi aceita. Novamente em 1964, este instituto foi proposto através do anteprojeto de lei geral da aplicação das normas jurídicas.⁶⁵²

o privilégio de proferir assentos. Pela *Lei da Boa Razão* só os assentos da Casa da Suplicação ficavam tendo autoridade, mas havia a possibilidade de os assentos das Relações subalternas adquirirem valor autêntico, desde que fossem confirmados pela Casa da Suplicação (SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 360-365). A função dos assentos do Reino de Portugal foi de compor, pela interpretação, normas com valor de lei, aceitas segundo a boa razão, o beneplácito do Rei e o costume do povo.” MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/sumula_vinculante.pdf. Acesso em 12 de abril de 2012. p. 2.

⁶⁵¹ Art. 4º da Lei da Boa Razão citado por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 212.

⁶⁵² “Haroldo Valladão apresentou, em 1961, anteprojeto de lei que se transformaria na Lei de Aplicação das Normas Jurídicas. Propunha que, “uma vez afixada interpretação da lei federal pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos, por maioria absoluta, torná-la-ia pública, na forma e nos termos determinados no Regimento, em resolução que os tribunais e os juízes deveriam observar enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente”. Essa tentativa não prosperou. Por ocasião da elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil, em 1964, Alfredo Buzaid propôs, em seu art. 518, que a decisão tomada pela maioria dos membros efetivos que integram o tribunal seria obrigatória. Acrescentou, no art. 519, que o presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixaria um assento. Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento teria força de lei em todo o território nacional. A corrente que reputava inconstitucionais súmulas com caráter obrigatório foi vencedora. Assim, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil, sucumbiu à supremacia absoluta da lei, já inserida no texto constitucional (art. 5º, II).” MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/sumula_vinculante.pdf. Acesso em 12 de abril de 2012. p. 14-15.

Em 1963, Victor Nunes Leal, então ministro do STF, idealizou o sistema de súmulas de orientação predominante do STF⁶⁵³. O objetivo do Ministro era o de diminuir a carga de trabalho do tribunal e criar um meio-termo⁶⁵⁴ entre o que chamou de anarquia jurisprudencial e fixação rigorosa de uma jurisprudência dominante.⁶⁵⁵

A súmula vinculante não funciona como o *stare decisis*. As distinções são profundas e estão sistematizadas no capítulo que se segue, que trata da comparação entre os institutos. Muito embora não pretendamos realizar uma análise completa da recepção do *stare decisis* pelo direito brasileiro, as distinções traçadas na comparação e a percepção de que o instituto pátrio sofreu influência

⁶⁵³ “Nos idos de 1963, o Ministro VICTOR NUNES LEAL utilizou-se da expressão “súmula” para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam em seus julgados. Era uma medida de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juízes, servindo ao mesmo tempo de informação a todos os magistrados e advogados sobre a orientação da Corte Suprema nas questões mais frequentes. Em outras palavras, a sumula, foi introduzida em nosso direito como meio de facilitar a fixação e o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essa prática acabou alastrando-se depois para os demais tribunais do país.” LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-julho, 1999. p. 166.

⁶⁵⁴ “VICTOR NUNES LEAL ressaltava ainda que a súmula representava “o ideal do meio termo”: “(...) ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação, para a inteligência geral e perpetua da lei e a virtual inoperância dos prejudgados. E um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada (...). Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a súmula substitui a loteria judiciária das maiorias ocasionais, pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito.” Ibid. p.171. “A súmula da Jurisprudência Predominante do STF, organizada pela Comissão formada pelos ministros Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, introduzida pela Emenda Regimental de 26 de agosto de 1963, não se confunde com a súmula vinculante. Ao contrário desta, que é impositiva, a súmula da jurisprudência predominante visa orientar e servir de método de trabalho para os operadores do direito, como advogados, magistrados etc.” MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/sumula_vinculante.pdf. Acesso em 12 de abril de 2012. p. 7. Ainda: “Propôs Victor Nunes Leal um meio-termo entre o assento português e a loteria judiciária das maiorias ocasionais, decorrente da perseverança esclarecida dos profissionais do Direito. Citando Sérgio Ferraz, a súmula não devia ser nem a inteligência perpétua da lei pelos assentos, nem a virtual inoperância dos atuais prejudgados, nem por fim a anarquia jurisprudencial.” Ibid. p. 9.

⁶⁵⁵ “...as súmulas não são novidades no direito brasileiro. De fato, as súmulas, entendidas como “síntese de uma orientação”, desde 1963 já eram utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, mas apenas com eficácia persuasiva, ou seja, sem efeito vinculante.” ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo*. Universidade Estadual de Maringá. Programa de iniciação científica – PIC. Departamento de direito privado e processual. Maringá, 31 de julho de 2010. p. 23-24.

não apenas dos históricos *assentos*, mas também foi criado em meio a um movimento de concentração e abstrativização do sistema de controle de constitucionalidade, nos permitem compreender porque o efeito da recepção do *stare decisis* pelo sistema brasileiro é o de uma aclimação negativa: a súmula vinculante é uma distorção do *stare decisis*.⁶⁵⁶

Com as referências de uniformização já existentes no modelo brasileiro, tais como as *fazañas*, *alvedrios*, assentos da casa de suplicação e as tentativas de retorno a estes instrumentos de caráter nitidamente autoritário; bem como pelo fato de nosso sistema ser baseado em jurisprudência e não em casos paradigmáticos (ou precedentes da teoria do *stare decisis*) e da conseqüente falta de distinção nítida entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*; pela ausência de técnicas de cancelamento e de revisão à disposição dos juizes de primeira e segunda instâncias, tais como o *overruling* e o *distinguishing*; pela forma de atribuição de eficácia *a priori*, no momento de criação da súmula pelo STF e não *a posteriori*, quando da análise do caso concreto; pela existência do recurso da reclamação quando da desobediência às súmulas vinculantes, entre outras razões que serão devidamente exploradas no próximo capítulo, o que se observa é uma distorção do *stare decisis*, um mecanismo com força vinculante que confere certa racionalidade num sistema de controle puramente concreto-difuso como o norte-americano, mas que num sistema de controle cada vez mais abstrato-concentrado, como o brasileiro na atualidade, gera um tremendo fortalecimento do poder de revisão judicial em detrimento do auto-governo democrático.

Neste capítulo exploramos os dois argumentos em favor da existência de uma revisão judicial super forte no sistema brasileiro. O primeiro reside no fato de que, diversamente do controle de constitucionalidade no sistema americano, o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, tradicionalmente classificado como misto, vem sofrendo de uma forte tendência ao fortalecimento

⁶⁵⁶ Tem-se a aclimação quando o sistema receptor promove, formal ou informalmente, no processo em si da recepção, ou posteriormente, certas modificações no instituto ou princípio recebido, de modo a adaptá-lo aos seus esquemas de funcionamento. Tais iniciativas, muitas vezes, geram distorções de tal monta no objeto recebido que as vantagens nele entrevistas e que haviam justificado o transplante jurídico, são anuladas, revelando, por isso mesmo, uma incompatibilidade intrínseca entre esse instituto recebido e o receptor. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-julho, 1999. p. 102.

do controle abstrato-concentrado em detrimento do controle concreto-difuso. O segundo consiste na percepção de que a súmula vinculante, parte do arsenal de instrumentos que fortaleceram o controle abstrato-concentrado, é uma distorção do *stare decisis* (o próximo capítulo intenta prover indícios para esta constatação através da comparação dos institutos).

A tensão entre a revisão judicial norte-americana e a democracia fica muito aquém da tensão hoje existente no sistema brasileiro, principalmente a partir do movimento de ampliação do controle concentrado e da autoridade do STF, em especial, mediante a prerrogativa de imposição de súmulas vinculantes por meio das reclamações em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. Houve, pois, uma intensificação da tensão entre o poder de revisão judicial e a democracia através da introdução num sistema originalmente próximo do norte-americano de instrumentos de elevado caráter centralizador e uniformizador (súmulas vinculantes; efeito vinculante das ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade; reclamações constitucionais; repercussão geral no recurso extraordinário; o largo escopo da arguição de descumprimento de preceito fundamental; vários mecanismos processuais infraconstitucionais de caráter uniformizador como a súmula impeditiva de recurso, o indeferimento liminar de petição inicial, o julgamento de recursos especiais repetitivos; entre outros).

A função de filtro aristocrático à democracia que a corte suprema pode desempenhar enquanto guardiã da constituição resta intensificada. Por tudo isto, nosso sistema pode ser classificado, quando comparado com o norte-americano, como um sistema de revisão judicial super forte.

Ainda que alguns dos enunciados de súmula vinculante já editados possam ser entendidos como relativamente progressistas⁶⁵⁷, por terem dado efetividade ou

⁶⁵⁷ SV n. 3 (prevê que o contraditório e a ampla defesa sejam assegurados nos processos perante o Tribunal de Contas da União, quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado; Esta súmula excepciona, contudo, a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão); SV n. 12 (“a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”); SV n. 14 (“é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”); SV n. 21 (“é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”); SV n. 25 (“é ilícita a prisão civil de depositário infiel,

confirmado comandos constitucionais de cunho democrático, podemos identificar ao menos seis súmulas vinculantes (SV) que produziram efeitos pouco democráticos, muitas vezes contrários aos comandos e ao espírito da constituição cidadã: SV n. 1, SV n. 4, SV n. 5, SV n. 6, SV n. 9, SV n. 11. Em parte destas súmulas, privilegiou-se a segurança jurídica em detrimento de outros princípios e valores mais caros à democracia, em outra parte, houve o privilégio de uma classe social e econômica em detrimento da igualdade jurídica e material de todos.

A súmula vinculante n. 1 considerou inconstitucional o entendimento do enunciado n. 21 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que permitia que o trabalhador obtivesse crédito integral, sem parcelamento, e levantasse, nos casos previstos em lei, as verbas relativas aos expurgos de índices inflacionários de janeiro de 1989 (42,72%) e abril de 1990 (44,80%) sobre os saldos de contas de FGTS. O enunciado permitia que se ignorasse a existência de “termo de adesão” firmado pelo trabalhador em conformidade com a lei complementar 110/2001. Tal lei (artigos 4º, 6º e 7º) instituiu termo de adesão pelo qual o titular de conta vinculada do FGTS receberia um complemento da atualização monetária do FGTS caso firmasse o compromisso de não ajuizar demanda reclamando correção monetária dos expurgos. Segundo o STF, o enunciado seria inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito ao desconsiderar o termo de adesão.⁶⁵⁸

A SV n. 4 estabeleceu que o salário mínimo não poderia ser utilizado como base de cálculo de vantagem de servidor público ou empregado, nem ser substituído por decisão judicial. O artigo 192 da CLT previa que o adicional de insalubridade utilizava o salário mínimo como base de cálculo. A constituição de 1988, em seu artigo 7º, IV, previu que o salário mínimo não poderia ser vinculado para qualquer fim. A SV n. 4 obrigou o TST a rever a redação da súmula 228 e da

qualquer que seja a modalidade do depósito”); SV n. 28 (“é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exibibilidade de crédito tributário”).

⁶⁵⁸ Ver RE 418918, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2005; RE 427801 AgR-ED, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 25/10/2005; RE 431363 AgR. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005.

OJ 47 da SDI-1 para prever que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário básico.⁶⁵⁹

De acordo com a SV n. 5: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Tal SV contrariou o entendimento do STJ expresso na súmula 343, segundo a qual a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar seria obrigatória. A SV n. 5 desconsidera o devido processo legal e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, aplicáveis aos processos administrativos. A decisão do STF baseou-se tão somente no princípio da segurança jurídica, pois caso prevalecesse o entendimento do STJ, os processos administrativos disciplinares já concluídos nos quais houve demissão ou cassação de aposentadoria de servidor público sem assistência de advogado seriam considerados nulos (e grande número de servidores poderiam vir a ser reintegrados ao serviço e poderiam, ainda, reclamar remunerações atrasadas referentes ao período em que se ausentaram do cargo).⁶⁶⁰

A SV n. 6 estabelece que “não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”. A referida súmula negou a aplicabilidade da garantia constitucional prevista no artigo 7º, IV, aos militares.⁶⁶¹ A controvérsia jurídica envolve a constitucionalidade do artigo 18, § 2º da MP 2.215-10/01, que permite que se pague soldo inferior a um salário mínimo às praças prestadoras de serviço militar obrigatório face aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho enquanto fundamento da República. Para o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, não haveria violação ao princípio da isonomia porque os direitos aplicáveis aos militares estariam previstos pelo artigo

⁶⁵⁹ Ver RE 236396. CABRAL, Bruno Fontenele. Breves comentários sobre as atuais súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2839, 10 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18871>>. Acesso em 1 de maio de 2012.

⁶⁶⁰ “...emerge neste caso particular uma das mais contundentes críticas que se faz às Súmulas Vinculantes, qual seja, a de que elas obliteram a função precípua dos juízes de dizerem o direito caso a caso, compondo os conflitos de interesse na exata medida de suas realidades. CORDEIRO, Rafael Pinto. *Súmula vinculante 5 do Supremo gerou efeitos antidemocráticos*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-15/sumula_vinculante_gerou_efeitos_antidemocraticos. Acesso em 1 de maio de 2012. p. 2. Ver RE 434059; RE 244027; MS 24961.

⁶⁶¹ Ver RE 570177; RE 551608; RE 558279; RE 557717; RE 557606.

142, § 3º, VIII da constituição e este não faz qualquer referência ao artigo 7º inciso IV. Desta forma, seria uma exclusão determinada pela própria constituição, pois eventual extensão de direitos dos servidores civis e dos trabalhadores urbanos e rurais aos militares deveria ser objeto de menção expressa no texto constitucional.⁶⁶²

A SV n. 9 estabelece que “o disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”. Segundo o artigo 127 da LEP, comando legal sobre cuja constitucionalidade versa a controvérsia que originou a súmula: “o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”. Com a súmula vinculante 9, o STF adotou corrente contrária aos defensores da inconstitucionalidade do referido dispositivo da LEP, que entendiam que a perda do direito ao tempo remido (redução da pena na proporção de um dia de pena a cada três dias trabalhados – artigo 126 LEP) da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.⁶⁶³

A SV n. 11 regulamenta o uso de algemas e dispõe que:

“só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

⁶⁶² STF – Súmula vinculante n. 6 – remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. Disponível em: <http://erga-omnes.blogspot.com/2008/08/stf-smula-vinculante-n-6-remunerao.html>. Acesso em 1 de maio de 2012.

⁶⁶³ CABRAL, Bruno Fontenele. *Breves comentários sobre as atuais súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2839, 10 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18871>>. Acesso em 1 de maio de 2012. “Para entender: o preso trabalhava o mês inteiro e a autoridade administrativa encaminhava ao final do mês ao Juízo da Execução cópia de seu registro que continha seu nome e os dias trabalhados. O juiz da execução confirmava o relatório e autorizava a entrega ao preso da relação de seus dias remidos. Esta decisão do juiz da execução que confirma o relatório encaminhado pela autoridade administrativa é uma decisão judicial e, como tal, poderia ser impugnada através de recurso. Não apresentado o recurso, a consequência lógica é a formação de coisa julgada formal (impossibilidade de mudança dentro do processo). Por este raciocínio, parte da doutrina e alguns juízes pensavam que fazendo coisa julgada formal, mesmo se posteriormente o preso praticasse falta grave, esta não poderia fazer com que o mesmo perdesse os dias remidos já confirmados pela autoridade judicial. Neste caso, o preso só poderia perder os dias remidos ainda não acobertados pela coisa julgada formal.” GALVÃO, Bruno Haddad. *Comentários à Súmula Vinculante no 09, do STF*. Disponível em: <http://www.sosconcurseiros.com.br>. Acesso em 1 de maio de 2012.

A súmula vinculante n. 11 é flagrantemente inconstitucional porque sua edição se deu sem que reiteradas decisões houvessem sido proferidas sobre o tema. Para além da crítica jurídica, cabível uma crítica de cunho sociológico. A súmula da não-algema tem destinatários certos: os ricos e poderosos, “essa elite que ainda não se acostumou com um Estado que, em sua Constituição, resolveu adotar a “ultrajante” tese de que todos são iguais perante a lei”. À clientela não preferencial do sistema punitivo brasileiro, um tratamento privilegiado: eis o recado da súmula vinculante 11, vez que seus requisitos facilitam o caminho para que o criminoso do colarinho branco escape ao uso de algemas.⁶⁶⁴

⁶⁶⁴ “Como é notório, a aprovação dessa súmula deu-se em virtude das ações da política federal nos últimos tempos, nas quais foram presas pessoas das classes mais ricas do país, o que acabou sendo noticiado pela mídia de maneira absolutamente sensacionalista (...) Digo isso porque a súmula da não-algema tem destinatários certos: pessoas ricas e poderosas, que nos últimos tempos têm tido a surpresa de conhecer a letra fria da lei (...) Temos, portanto, mais um apartheid social. Sim, porque essa súmula pode até deixar margens de dúvida a respeito de quando as algemas não devem ser usadas, mas quando elas devem ser usadas continua claro: quando se tratar daquele criminoso dos crimes com violência real, normalmente contra o patrimônio. Ou seja, em virtude da súmula vinculante nº 1, restará saber se determinado delinquente do colarinho branco deve ou não ser algemado e na maioria das vezes, a autoridade policial não terá como sustentar que ele deverá sê-lo, em virtude dos requisitos erigidos pelo STF.” CARVALHO, Bernardo Marino. *Súmula Vinculante nº 11: República algemada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1873, 17 ago. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11615> Apud CABRAL, Bruno Fontenele. Breves comentários sobre as atuais súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2839, 10 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18871>>. Acesso em 1 de maio de 2012.