

Universidade de Brasília – UNB
Coordenação de Curso de Direito

Thomas Passos Martins

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI NA FRANÇA E
NO BRASIL: ANÁLISE COMPARADA DE TRAJETÓRIAS PROCESSUAIS
INVERSAS**

Brasília

2015

Thomas Passos Martins

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI NA FRANÇA E
NO BRASIL: ANÁLISE COMPARADA DE TRAJETÓRIAS PROCESSUAIS
INVERSAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito da Universidade de Brasília – UNB, como requisito para obtenção de grau de bacharel em direito.
Orientador: Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Brasília

2015

RESUMO

Este estudo de direito comparado visa analisar as evoluções do controle de constitucionalidade na França e no Brasil. Ao passo que na França, com a criação em 2008 da questão prioritária de constitucionalidade, estamos diante de um processo de concretização da justiça constitucional, no Brasil, por sua vez, observa-se o fenômeno oposto, ou seja, o fortalecimento do controle objetivo e a abstrativização da exceção de inconstitucionalidade. Muito embora o controle de constitucionalidade francês permaneça concentrado, já que compete unicamente ao Conselho constitucional examinar a conformidade da lei com a Constituição, não ele é mais meramente preventivo, já que é doravante permitido aos cidadãos impugnar a constitucionalidade da lei por ocasião de um processo em que seja parte. Desta forma, pode o litigante suscitar uma questão de constitucionalidade, cuja admissibilidade será examinada pelos tribunais ordinários antes de ser encaminhada ao Conselho constitucionalidade que deverá se pronunciar sobre o mérito. Esta inovação processual configura uma verdadeira revolução, não sendo, no entanto, a primeira; já que a decisão de 1971 e a reforma de 1974 contribuíram também em transformar o Conselho em uma verdadeira jurisdição constitucional voltada à sociedade. No Brasil, sistema misto desde 1988, o controle objetivo vem ganhando força, a ampliação dos legitimados ativos dinamizando cada vez mais o contencioso abstrato. Ademais, a emenda de 2004, ao instituir a súmula vinculante e a repercussão geral, resultou numa centralização das resoluções de questões constitucionais suscitadas no âmbito do controle difuso em proveito do Supremo, que acabou por conferir às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede da via incidental um caráter *erga omnes*.

Palavras-chaves: controle de constitucionalidade; Conselho constitucional; Supremo Tribunal Federal; controle objetivo; controle abstrato; controle concreto; controle difuso; França; Brasil

RÉSUMÉ

Cette présente étude a pour objet l'analyse des évolutions du contrôle de constitutionnalité en France et au Brésil. Alors qu'en France, depuis la création en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité, nous sommes en présence d'un processus de concrétisation de la justice constitutionnelle, on observe au Brésil le phénomène inverse, à savoir, le renforcement du contrôle objectif et l'abstractivisation de l'exception d'inconstitutionnalité. Bien que le contrôle de constitutionnalité français demeure concentré, puisqu'il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel d'examiner la conformité de la loi par rapport à la Constitution celui-ci n'est plus seulement préventif, tout citoyen pouvant en effet contester la constitutionnalité d'une loi au cours d'un procès dont il est partie. Le justiciable peut donc désormais soulever une question de constitutionnalité, son admissibilité étant au préalable examinée par les juges ordinaires avant d'être renvoyée au Conselho constitucional qui devra se prononcer sur le fond. Cette innovation processuelle représente une véritable révolution, sans toutefois être la première; la décision de 1971 ainsi que la réforme de 1974 ont également contribué à transformer le Conseil en une véritable juridiction ouverte vers la société. Au Brésil, système mixte depuis 1988, le contrôle objectif est chaque fois plus importante, l'élargissement des titulaires du droit de saisine ayant permis de dynamiser le contentieux abstrait. De surcroît, la loi de révision constitutionnelle de 2004, ayant institué la "súmula vinculante" et la répercussion générale, a entraîné une centralisation des résolutions des questions de constitutionnalité soulevées dans le cadre du contrôle diffus au profit de la Cour suprême, conférant par là même aux décisions du STF prononcées par voie incidente un caractère *erga omnes*.

Mots-clefs: contrôle de constitutionnalité; Conseil constitutionnel; Coué; Conseil constitutionnel; Cour suprême fédérale; contrôle objectif; contrôle abstrait; contrôle concret; contrôle diffus; France; Brésil

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA	10
2.1. UMA NEGAÇÃO HISTÓRICA EM RELAÇÃO À IDEIA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL	10
<i>2.1.1. O REFLEXO DOS PRINCÍPIOS REVOLUCIONÁRIOS SOBRE A CONCEPÇÃO DO JUÍZO</i>	10
<i>2.1.2. A NATUREZA POLÍTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O SENADO CONSERVADOR</i>	14
<i>2.1.3. O PAPEL DO CONSELHO CONSTITUCIONAL NA VISÃO DOS CONSTITUINTES DE 1958</i>	15
2.2. A DECISÃO “LIBERTÉ D’ASSOCIATION” DE 1971	17
2.3. A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1974	18
2.4. A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 2008	20
3. EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	24
3.1. A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL E A CONCEPÇÃO “REVOLUCIONÁRIA” DO JUÍZ	24
3.2. A REPÚBLICA E A ADOÇÃO DO MODELO NORTE AMERICANO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL	26
3.3. A IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE OBJETIVO NO DIREITO BRASILEIRO 28	
<i>3.3.1. AS PREMISSAS DO CONTROLE OBJETIVO ANTES DA VIGÊNCIA DA CF/88</i> 28	
<i>3.3.2. A CF/88 E O FORTALECIMENTO DO CONTROLE OBJETIVO</i>	29
3.4. A EC/45 E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO	33

4. CONCLUSÃO	39
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1. INTRODUÇÃO

Quase que um século depois da muito conhecida tipologia kelseniana dos sistemas de justiça constitucional, distinguindo o modelo europeu do modelo norte americano¹, as novas dinâmicas do controle de constitucionalidade surgidas até então mudaram o quadro paradigmático estabelecido por Kelsen. Ao passo que os países europeus, depois da segunda guerra mundial, adaptaram os seus mecanismos de acordo com a lógica do controle concreto, alguns elementos do controle objetivo passaram a integrar os sistemas difusos, parcela da doutrina sustentando inclusive a tese de que mesmo nos Estados Unidos, por força da regra do *stare decisis*, as decisões da Corte Suprema teriam eficácia *erga omnes*.

Poucos são os sistemas hodiernas, para não dizer nenhum, se encaixando plenamente em um dos dois modelos tradicionais. Se na Europa continental as atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista revelaram a necessidade de propiciar ao indivíduo mecanismos jurisdicionais visando tutelar os seus direitos em face dos eventuais abusos do Estado, para os países em que prevalece o controle difuso, a introdução de elementos objetivos e abstratos buscavam uniformizar e conferir efeito vinculante às interpretações constitucionais dadas pelas Cortes supremas. Em outro dizer, as circunstâncias políticas e institucionais criaram novas exigências que levaram os constituintes – ou os legisladores – a modificar os seus sistemas de justiça constitucional, rompendo, desta forma, com esta visão dicotômica do controle de constitucionalidade.

Todos os sistemas, portanto, evoluíram processualmente (e continuam evoluindo), mas não na mesma direção, já que as transformações ocorridas assentam-se quer num processo de abstrativização e objetivação, quer num processo de concretização e subjetivação do controle de constitucionalidade. É notadamente o caso da França e do Brasil, cujas trajetórias processuais evoluíram em sentido inverso.

¹ KELSEN Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue du droit public*, 1928

Com efeito, o que se tem chamado de “exceção francesa”, único sistema fiel ao modelo europeu, deixou de sê-lo, vez que a reforma de 2008, ao criar a *Questão prioritária de constitucionalidade* – também chamada de QPC –, introduziu na França a exceção de inconstitucionalidade, isto é o controle incidental. Quanto ao Brasil, diante do desenvolvimento do controle objetivo e das alterações processuais em sede de controle difuso resultante da Emenda Constitucional 45, redundando numa certa hegemonia do STF no âmbito do contencioso constitucional², vale indagar-se sobre o caráter ainda verdadeiramente híbrido do sistema de justiça constitucional pátrio.

Disto resulta que, partindo de um ponto oposto, e caminhando num sentido inverso, estes dois sistemas que inicialmente tudo se diferenciavam, evoluíram de forma a convergir para uma configuração processual um tanto semelhante.

Antes de 2008, o controle de constitucionalidade na França só podia ser provocado por entidades políticas e antes da promulgação pelo presidente da República do projeto de lei adotado pelo Parlamento. Hoje, contudo, em que pese competir privativamente ao Conselho constitucional verificar a conformidade da lei impugnada com a Constituição, a *QPC*³ permite a todo litigante argüir a inconstitucionalidade da lei aplicável ao processo em que seja parte. Neste novo contexto processual, a ampliação do acesso ao Conselho constitucional importou em uma dinamização do contencioso constitucional em que prevalece o controle incidental.

No Brasil, por sua vez, não mais predomina o controle difuso. As diferentes categorias de ação direta criadas desde 1988, bem como a ampliação do leque dos legitimados para a propositura de tais ações, fortaleceu a atuação do STF em sede de controle abstrato. Os mecanismos da repercussão geral, da súmula vinculante e da reclamação constitucional conferiram uma certa primazia à Suprema Corte em sede de controle difuso, em detrimento, portanto, do poder decisório das instâncias inferiores em matéria constitucional. Houve, deste modo, uma concentração ou centralização do exercício do controle de constitucionalidade em prol do STF.

Por conseguinte, constata-se que as evoluções dos respectivos sistemas convergiram num ponto comum: o primeiro, embora permanecendo concentrado, pode

² VIEIRA Oscar Vilhena, “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, 2008

³ Ver p. 17 e s.

ser promovido a partir de um processo concreto e que no segundo o controle, embora permanecendo difuso, tende a ser exercido de forma concentrada.

Diante deste contexto, o objetivo deste estudo é o de analisar o processo de transformação destes dois sistemas, apontando, desta forma, os marcos relevantes da evolução do controle de constitucionalidade da lei na França e no Brasil⁴.

⁴ Insta precisar que se trata de um estudo sobre o controle de constitucional da “lei”, já que (como será examinado mais adiante) de acordo com a tradição constitucional francesa, norteadas pelos princípios revolucionários – bases teóricas do direito público francês – a lei permaneceu por muito tempo imune à qualquer controle jurisdicional. Ainda hoje, é vedado aos juízes examinarem a constitucionalidade da lei, cabendo exclusivamente ao Conselho constitucional exercer este tipo de controle. Cumpre, no entanto, salientar, que nada obsta às jurisdições administrativas e judiciárias exercer um controle de constitucionalidade dos atos infralegislativos bem com um controle de convencionalidade das leis (o que, na prática, acaba por se assemelhar a um controle de constitucionalidade, haja vista a similitude axiológica com o bloco constitucional do teor normativo dos textos convencionais servindo de parâmetro de controle aos juízes ordinários)

2. EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA

2.1. UMA NEGAÇÃO HISTÓRICA EM RELAÇÃO À IDEIA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

2.1.1. O REFLEXO DOS PRINCÍPIOS REVOLUCIONÁRIOS SOBRE A CONCEPÇÃO DO JUÍZO

Cumprе ressaltar que na França a garantia jurisdicional da constitucionalidade da lei só veio a existir e se desenvolver a partir de 1971, quando da famosa decisão “*Liberté d’association*” em que o Conselho constitucional, como será estudado a seguir, julgou-se competente para exercer um controle substancial ou material e não mais formal da constitucionalidade da lei. Até então, portanto, o direito francês carecia de mecanismos que permitissem a uma jurisdição, ou a uma instância que não fosse política ou sem nenhum vínculo com qualquer instituição política, verificar a compatibilidade da lei para com os direitos e liberdades constitucionais.

Esta tardia implementação da justiça constitucional resulta da peculiaridade da tradição constitucional francesa, a qual encontra respaldo nos princípios revolucionários. Importante, com efeito, realçar que, no que diz respeito à engenharia constitucional, a revolução importou em uma concepção “bipartite” da separação dos poderes, bem como numa concepção “rousseauiana” da lei⁵. Ou seja, a lei passou a constituir a expressão da vontade geral, isto é, um ato de soberania, que apenas aqueles tidos como representantes da nação podiam determinar.

É digno de nota que o juiz francês nunca foi considerado como um verdadeiro poder. Mera “boca da lei”, os revolucionários restringiram a função judicante à uma aplicação mecanicista da lei, sendo assim vedado aos juízes empreender qualquer tentativa hermenêutica. Conforme este entendimento, era defeso aos tribunais interferir

⁵ De acordo com a concepção dita revolucionária ou rousseauiana da lei, a soberania do rei transfere-se para a nação, sendo doravante a lei a expressão da vontade geral decorrendo do contrato social.

na esfera legislativa, devendo a atuação judiciária pautar-se pela estrita observância à lógica silogística.

Esta concepção do juiz resulta da forma que os revolucionários arquitetaram o princípio da separação dos poderes, dele excluindo o Judiciário e fazendo prevalecer o Legislativo sobre o Executivo; a superioridade daquele legitimando-se pelo fato de os órgãos exercendo a função legislativa serem os representantes da nação, entidade esta a quem pertence, conforme a conceituou Siéyès, a soberania.

A este respeito, esclarecedora é a análise de Alexis de Tocqueville na muito conhecida obra *Da democracia na América*, em que o autor francês enfatiza a importância “política” do juiz americano, que se deve ao fato de que lhe foi reconhecido o direito de sustentar suas decisões com base na Constituição antes que da lei⁶. Logo em seguida, explica ele que tal competência não foi outorgada ao juiz francês, já que interpretar o teor da Constituição equivaleria a conferir aos tribunais o poder constitucional, colocando-os, deste modo, no lugar da nação e acima da sociedade⁷. Arremata sustentando ser preferível conferir o poder de mudar a Constituição aos “homens que representam imperfeitamente as vontades do povo” – ou seja, os representantes – “que a quem só representa si próprio” – os juízes⁸.

Raymond Carré de Malberg, ao evidenciar a diferença entre o constitucionalismo francês e norte americano, ensina que nos Estados Unidos só a Constituição foi concebida como obra da vontade geral, conforme consta do seu preâmbulo que explicita ser o texto constitucional da autoria do povo (“Nós, povo dos Estados Unidos ... promulgamos e estabelecemos a Constituição para os Estados Unidos

⁶ “Por consiguiente ele juez americano se asemeja perfectamente á los majistrados de las demas naciones, y sin embargo está revestido de un inmenso poder político. De dónde pues dimana eso ? Cómo es que moviéndose en el mismo círculo y sirviéndose de los mismos arbitrios que los demas jueces, posee una potestad de que carecen estos últimos ? La causa de ello encuentra en el solo hecho de que los Americanos han reconocido á los jueces derecho para fundar sus sentencias mas bien en la *constitucion* que en las *leyes*, ó con otros términos, les han permitido el no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales”, TOCQUEVILLE Alexis de, *De la democracia en la América del Norte*, Rosa, Paris, 1837, p. 190

⁷ “Si en Francia pudieran desobedecer las leyes los tribunales, atenedos á que las encuentran inconstitucionales, residiria realmente en su mano el poder constituyente, supuesto que ellos solos tendrian derecho para interpretar una constitucion cuyos términos nadie podria tramsutar, y asi harian las veces de la nacion y predominarian em la sociedad otro tanto por lo menos que se lo permitiria hacer la flaqueza inherente al poder judicial”, *Ibidem*, p. 192.

⁸ “No se me oculta que quitando nosotros á los jueces el derecho de declarar inconstitucionales las leyes, damos indirectamente al cuerpo legislativo la facultad de mudar la constitucion, pues que no encuentra ya valla legal que la ataje. Pero todavia vale mas conceder el poder de remudar la constitucion del pueblo á sujetos que representan imperfectamente las disposiciones de este, que á otros que solo se representan á si mismos”, *Ibidem*

da América”). Desta forma, esclarece o *Maître de Strasbourg* que “as leis ordinárias não configuram a obra do povo, e sim a criação da Legislatura, isto é a obra de uma autoridade simplesmente constituída, exercendo a sua competência em virtude de delegação feita pelo povo por meio da Constituição”⁹. Disso decorre “uma diferença radical entre a lei constitucional que emana do soberano, e a legislação ordinária”, gerando, portanto, a subordinação do corpo legislativo à Constituição. Logo, o jurista francês arremata seu raciocínio, assinalando que, de acordo com a concepção americana, “há de se entender que as leis adotadas pela Legislatura são válidas desde que conformes à Constituição, devendo o juiz aplicá-las só depois de ter examinado a sua constitucionalidade”, e que “a Legislatura e os juízes encontram-se, perante a Constituição, que é a fonte comum e única dos seus poderes respectivos delegados, em situação de igualdade”¹⁰. Por conseguinte, como bem salientou Léon Duguit, “o poder conferido aos tribunais americanos é a consequência lógica e direta do princípio da separação dos poderes”, o qual foi concebido em 1789 de forma diferente na França e nos Estados Unidos¹¹.

A famigerada citação de Jean-Jacques Rousseau para quem “a lei pode tudo fazer, a lei não pode mal fazer – ilustra perfeitamente a situação tradicional da lei no direito constitucional francês, cuja primazia se repercutiu, no plano institucional, sobre o Parlamento que, ao ser incumbido de representar a nação, acabou por encarnar a soberania e possuir as superioridades que dela decorrem. Com efeito, consoante explicitou o Raymond Carré de Malberg, em uma das suas obras principais, intitulada *La loi, expression de la volonté générale*, “o sistema representativo que a Revolução erigiu, partindo do princípio da soberania nacional, desdobra-se, em última análise, em um sistema de soberania parlamentar”.

De resto, insta lembrar que se os revolucionários limitaram as atribuições do judiciário, rechaçando, portanto, a idéia de garantia jurisdicional da Constituição, foi também no intuito de conter o ânimo de resistência dos juízes que, durante o antigo

⁹ CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Economica, 1984, p. 109

¹⁰ *Ibidem*, p. 110

¹¹ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, Tome troisième : La théorie générale de l'Etat, suite et fin*, 1928, p. 676. Em igual sentido, Maurice Hauriou esclarece que : “foi em virtude tanto do princípio da limitação de todos os poderes delegados, quanto do princípio da superioridade da lei constitucional sobre a lei ordinária, que o controle de constitucionalidade das leis foi estabelecido nos Estados Unidos da América. Os Americanos dão muito importância à idéia de limitação do Parlamento”, HAURIUO Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, 1930, p. 266.

regime, não hesitarem enfrentar o poder absoluto dos monarcas, ao ponto de atuar como verdadeiro contra-poder.

Convém, com efeito, ressaltar que os tribunais do antigo regime, chamado de “Parlamentos”, tinham como função, notadamente, a de registrar as ordenações reais (“*ordonnances royales*”); o que constituía um meio de publicá-las e de assegurar a sua execução. No entanto, por meio do “*droit de remontrance*” (direito de contestar), arrogaram-se o direito de não registrar as ordenações que consideravam incompatíveis com as *Leis fundamentais do Reino*, remetindo, portanto, ao rei as leis contestadas para lhe cientificar dos vícios apontados. Destarte, os Parlamentos judiciários, conforme salientou Alfred Gautier, no seu *Précis de l’histoire du droit français*, pretendiam sedimentar o entendimento de que “sua aprovação era necessária para a validade e a execução das leis”¹². Assim sendo, embora a última palavra fosse do rei, que podia instar os “Parlamentos”¹³ de registrar as suas leis por meio do “*lit de justice*” ou das “*lettres de jussion*”, há de se reconhecer que esse controle exercido pelos Tribunais do Antigo regime, e que se assimilava ao controle de constitucionalidade, lhes permitia “participar de alguma maneira ao exercício do poder legislativo”, sendo, deveras, as suas atribuições revestidas de uma dimensão política¹⁴. Vale, ainda, recordar que esta imissão pelos Tribunais na esfera legislativa era consolidada pela possibilidade de eles editarem “*arrêts de règlement*” (súmula ou precedente vinculante), lhes permitindo, desta forma, consignar enunciados com força vinculante a respeito da interpretação das leis. É, pois, neste contexto, isto é, diante da pretensão dos Tribunais de exercerem um controle sobre as decisões do Rei com vistas a limitar o seu poder, bem como de participar da função legislativa, que há de se entender o episódio da “*Fronde parlementaire*” ocorrido em 1648¹⁵.

Portanto, ao limitar, por meio da Lei de 16-24 de agosto de 1790, a atuação judiciária na seara meramente contenciosa, os revolucionários objetivaram alijar da vida política e legislativa um corpo institucional, isto é, os juízes, cujo papel político

¹² GAUTIER Alfred, *Précis de l’histoire du droit français*, L. Larose et Forcel, 1886, p. 352.

¹³ Importante enfatizar que no Antigo Regime chamava-se de Parlamentos os Tribunais Superiores de cada região francesa, não podendo estes ser definidos com base na noção moderna de Parlamentos, isto é de câmara legislativa.

¹⁴ *Ibidem*, p. 350.

¹⁵ Revolta da nobreza francesa contra a autoridade real. Insatisfeitos com as reformas fiscais empreendidas por Mazarin, os membros dos Parlamentos judiciários (pertencendo todos à nobreza francesa e atingidos por estas reformas) protestaram contra o poder real de forma a deflagrar um conflito violento que durou dois anos.

desempenhado durante o antigo regime caracterizava uma ameaça ao poder que os homens de 1789 acabavam de ter conquistado.

Em suma, a adoção dos princípios revolucionários propiciou o dogma da supremacia da lei e a soberania parlamentar. Por conseguinte, diante da primazia da lei, e da superioridade do órgão que, por ser representante da nação, é competente para expressar a vontade geral, isto é, legislar, depreende-se a inexistência de uma distinção entre os poderes legislativo e constituinte, ou seja, de uma distinção entre a lei e a Constituição, não cabendo, neste contexto, a instituição de um controle de constitucionalidade da lei pelos juízes.

2.1.2. A NATUREZA POLÍTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O SENADO CONSERVADOR

Conforme foi dito acima, a tradição revolucionária francesa, ao determinar a superioridade da lei, bem como a preeminência do poder legislativo, conferiu uma imunidade absoluta das decisões legislativas, as quais ficaram isentas, durante séculos, de qualquer tipo de impugnação jurisdicional ainda que supostamente eivadas do vício de inconstitucionalidade.

Mesmo nos regimes em que se tencionava subordinar o Parlamento ao Executivo, como foi o caso do Diretório (1795-1799)¹⁶, do Consulado (1799-1804)¹⁷, do Primeiro Império (1804-1814) e do Segundo Império (1852-1870), os mecanismos de controle de constitucionalidade que durante esses períodos foram criados, não tinham outra função senão a de manter a atividade legislativa das assembléias sob o domínio do Imperador.

Cabe, com efeito, recordar que o *Senado conservador*, órgão político (e não jurisdicional)¹⁸ criado no intuito de controlar a constitucionalidade dos atos normativos,

¹⁶ Regime político que sucede ao período do Terror. O Executivo era exercido por cinco membros, denominados Diretores.

¹⁷ Regime autoritário que sucede o Diretório e durante o qual Napoleão foi proclamado Imperador. Sendo o Executivo fortalecido, este é dirigido por três cônsules, embora a realidade do poder fosse exercido por Napoleão.

¹⁸ A este propósito, convém salientar que a proposta de Siéyès, emitida durante a elaboração da Constituição de 1795, de criar um “*jurie constitutionnaire*”, independente dos poderes legislativo e

configurou, na prática, um “instrumento dócil nas mãos do Imperador visando emendar a Constituição, suspendê-la, bem como anular ou manter ao talante do mestre os atos legislativos, judiciários ou administrativos”¹⁹.

Sendo, na prática, o Senado conservador sob influência do chefe do Executivo, servia o controle da lei os interesses dele, a fim de verificar que a atuação dos câmaras não destoava dos desígnios do Imperador. Não se tratava senão de um controle político, e de forma alguma buscava-se através deste mecanismo, conferir aos tribunais o direito de averiguar a constitucionalidade das leis.

2.1.3. O PAPEL DO CONSELHO CONSTITUCIONAL NA VISÃO DOS CONSTITUINTES DE 1958

Também em 1958, vale recordar que, para os constituintes, quando da elaboração da Constituição da Quinta República – ainda hoje em vigor –, o Conselho constitucional não se destinava a desempenhar as funções de uma Corte constitucional. Fora na verdade criado como instrumento do “parlamentarismo racionalizado”, visando fortalecer o Executivo, contendo a atuação das assembleias, no intuito de evitar a instabilidade governamental dos regimes anteriores provocada pela predominância das câmaras legislativas que não hesitavam em derrubar os gabinetes ministeriais cada vez que surgia discordância com o governo.

Fruto do pensamento do General de Gaulle, a Constituição de 1958 resulta, portanto, desta vontade de “refazer o regime parlamentar da República” erigindo a figura presidencial como *clef de voûte* deste, conforme salientou Michel Debré ante o Conselho de Estado em 27 de agosto de 1958, rompendo, desta forma, com o que se tem denominado de “regime de assembléia”, caracterizado pela subordinação do Executivo em relação ao Parlamento.

Assim sendo, tratava-se, para os constituintes de 1958, de sanar os vícios do sistema parlamentar que comprometiam a estabilidade governativa, isto é, de proceder a um reequilíbrio institucional em prol do Executivo, sendo necessário “racionalizar”, ou

executivo, e incumbido de apreciar a constitucionalidade da lei, não prosperou, tendo sido instituído do seu lugar, portanto, o “*Sénat conservateur*”.

¹⁹ DUGUIT Léon, *op. cit.*, p. 666

“enquadrar”²⁰, o regime parlamentar francês – ou seja, enquadrar a atividade parlamentar, impondo limites à sua atuação, de forma a tornar o funcionamento do regime político mais eficaz. Vários foram os institutos previstos na Constituição de 1958 no intuito de almejar este objetivo, havendo que destacar o controle de constitucionalidade, que não fora pensado senão como um destes mecanismos de racionalização do sistema parlamentar. Neste contexto, cabe ressaltar que o Conselho constitucional fora estabelecido na perspectiva de limitar os poderes do Parlamento para que este não excedesse à esfera de atuação delimitada pela Constituição.

Com efeito, diferentemente das Constituições anteriores – como as Constituições da Terça (1875-1946) e Quarta República (1946-1958) por exemplo – em que a lei podia versar sobre qualquer assunto, o constituinte de 1958 adotou uma concepção material da mesma, determinando de forma exaustiva as matérias da competência do Legislativo, cabendo ao Executivo, por meio dos “regulamentos autônomos”, regulamentar as demais, isto é, todas as matérias que não foram constitucionalmente reservadas ao Parlamento²¹. Logo, sendo o Presidente da República e o Primeiro Ministro legitimados para provocar o Conselho constitucional, o controle de constitucionalidade objetivava verificar, sob pena de ser declarada inconstitucional, que a lei não extrapolava os limites da competência legislativa. Desta forma, cabia ao Conselho constitucional exercer um controle exclusivamente formal, uma vez que cabia a ele aferir apenas a conformidade da elaboração da lei com os pressupostos e procedimentos relativos à sua formação. Nesta perspectiva, a arguição de inconstitucionalidade formal por violação às normas de competência permitia ao governo controlar a atuação legislativa para garantir que o Parlamento não interferisse no âmbito de competência do Executivo. Daí a expressão “cão de guarda do Executivo” cunhada para evidenciar o fato de o controle de constitucionalidade ter sido criado como um instrumento em prol do Executivo para refrear os impulsos legislativos do Parlamento.

²⁰ CONSTANTINESCO Vlad e PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, Coll. “Thémis Droit”, PUF, 2004, p. 361.

²¹ Arts. 34 e 37 C 58

2.2. A DECISÃO “LIBERTÉ D’ASSOCIATION” DE 1971

No entanto, esta situação não ia vigorar para sempre. O próprio Conselho constitucional, numa decisão importante de 16 de julho de 1971, conhecida como “Liberdade de associação”, julgou-se competente para efetuar um controle substancial, e não apenas formal, da lei impugnada no caso em apreço. Para tal, conferiu valor constitucional ao preâmbulo da Constituição de 1958, o qual se refere ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, e com base no qual edificou o famoso “bloco de constitucionalidade”, consoante termo de Louis Favoreu.

Vale, com efeito, notar que a Constituição da Quinta República em si trata quase que exclusivamente da organização dos poderes, não constando nela nenhum catálogo de direitos e liberdades, sendo que as garantias individuais e os direitos sociais previstos pelos textos a que alude o seu preâmbulo não passavam, segundo os constituintes, de meras declarações filosóficas desprovidas de qualquer valor jurídico. Destarte, fazia-se necessário, para o Conselho constitucional sindicarem os vícios de inconstitucionalidade material, estender a base do seu parâmetro de controle de constitucionalidade, incluindo nele os direitos e liberdades a que se refere indiretamente a Constituição de 1958 nesta parte preliminar. De modo que por meio da decisão acima citada, ao considerar-se competente para julgar o conteúdo da lei, e não apenas a forma pela qual foi produzida, o Conselho empreendeu uma arrojada iniciativa hermenêutica no sentido de emancipar-se do papel que lhe foi outorgado pelos constituintes de 1958. E a partir de então, o Conselho começaria a criar o que o Professor Dominique Rousseau chamou de “Carta jurisprudencial dos direitos e liberdades”²², forjando o seu conteúdo com base nos direitos insculpidos na Declaração de 1789 e no Preâmbulo de 1946, bem como nos denominados “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”²³.

²² ROUSSEAU Dominique, “Constitutionnalisme et démocratie”, in *La Vie des Idées*, 2008

²³ Esta categoria jurídica permitiu ao Conselho constitucional elevar à categoria de princípios constitucionais os direitos e liberdades consagrados pelo legislador ordinário durante a Terceira e Quarta República.

2.3. A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1974

Embora lançadas as primeiras pedras do “bloco de constitucionalidade”, as poucas autoridades legitimadas a propor uma ação de inconstitucionalidade limitavam a atuação do Conselho constitucional, impedindo-lhe, portanto, de consolidar uma jurisprudência capaz de submeter o legislador ao respeito dos direitos e liberdades constitucionais. Tendo o Conselho assumido a função de guardião dos direitos fundamentais era, com efeito, preciso estender o rol dos legitimados para provocar o controle de constitucionalidade da lei no intuito de dinamizar o contencioso desenvolvido por ele. É, pois, neste contexto que fora aprovada a emenda constitucional de 29 de outubro de 1974, alterando o artigo 61 da Constituição com o fim de ampliar o leque de legitimados ativos, de forma a permitir a provocação do Conselho constitucional por parte de sessenta deputados ou sessenta senadores²⁴.

De um ponto de vista político, esta reforma teve como consequência (ou por motivo) a de abrir o contencioso constitucional à oposição política, permitindo a ela de fiscalizar a atuação legislativa do governo por meio do controle de constitucionalidade da lei. Neste ponto, cumpre notar que o quadro político francês não era o mesmo que em 1958, tendo ele evoluído em decorrência do que os cientistas políticos denominaram de “fato” ou “fenômeno majoritário”.

Trata-se de um fato político que, ao permitir o surgimento de uma maioria política na assembleia nacional, pus fim à fragmentação partidária das Terceira e Quarta Repúblicas; isto é, o fato majoritário criou uma lógica política possibilitando a um partido representado na assembleia de possuir por si só a maioria absoluta. Este fato político, como será melhor explicado a seguir, gerou uma mudança do quadro institucional, fortalecendo os poderes do Executivo.

Esta nova dinâmica partidária é a consequência política da emenda constitucional de 1962, instaurando a eleição do Presidente da República no sufrágio universal direto, e cujos efeitos no plano político se traduziram por uma bipolarização da vida política e partidária, fundada na clássica dicotomia maioria/oposição.

²⁴ Art. 61 alínea 2 C 1958: “as leis podem ser submetidas ao Conselho constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado **ou por sessenta deputados ou sessenta senadores**” (o realce é meu)

Ou seja, a vida política francesa a nível nacional passou a pautar-se de acordo com o resultado das eleições presidenciais, sendo o desfecho das eleições dos deputados vinculado àquele, conferindo o povo, pelo seu voto para a presidência e para a assembleia nacional, ao candidato eleito e ao seu partido os meios necessários para realizar o seu programa político. Desta forma, ocorrendo logo após o pleito presidencial, é de praxe que as eleições legislativas sempre resultam na vitória do partido a quem pertence o recém designado chefe de Estado, e que antes das eleições presidida. Logo, o mesmo partido está no comando da presidência, da assembleia, e por via de consequência, do governo; situação esta, portanto, caracterizada pela supremacia do presidente, a quem se submete a maioria parlamentar bem como os ministros e Primeiro Ministro que, pelo fato de o chefe de Estado ser também o chefe do partido vencedor das eleições, pode ele escolher a seu talante sem encontrar resistência da câmara. Neste contexto, possuindo o primeiro ministro o direito de iniciativa, a lei passa a ser elaborada pelo Executivo – o chefe do governo apresenta os projetos de lei de acordo com as diretrizes formuladas pelo presidente – com a anuência quase que automática de uma assembleia nacional composta em sua maioria por deputados pertencendo ao mesmo partido daquele. Em outro dizer, apesar de a letra da Constituição prever um regime parlamentar, da praxe institucional surgiu um regime presidencialista ou, em caso de coabitação²⁵, “primo-ministerial”, cuja atividade legislativa é determinada e norteadada pelo Executivo. Com a reforma de 1974, portanto, ao estender o direito de propositura aos parlamentares, não é mais o Parlamento que se trata de controlar, mas o governo, agora dono do poder legislativo. O controle de constitucionalidade se tornou, portanto, um instrumento em prol da oposição contra a maioria política, isto é, um

²⁵ A coabitação designa uma situação política em que o Presidente da República e o Primeiro-Ministro pertencem à dois partidos opostos. Houve três coabitações durante o regime da Quinta República: 1986-1988, 1993-1995, 1997-2002. A coabitação ocorre por ocasião de eleições legislativas realizadas durante o mandato do Presidente da República, e cujo desfecho é favorável ao partido de oposição que se torna portanto majoritária na assembleia nacional. Sendo o regime político francês de caráter parlamentar, o Presidente é levado a nomear como Primeiro-Ministro o chefe do partido que venceu as eleições, perdendo o chefe de Estado o comando do Executivo em detrimento deste. Estas eleições, que geram a coabitação, decorreram da dissolução (quando, manejado no intuito de fortalecer a sua base parlamentar, surge um resultado eleitoral diferente do esperado já que favorável à oposição) e da diferença de duração dos mandatos presidencial e legislativo (7 anos para o Presidente, e 5 anos para os deputados). No entanto, desde a emenda constitucional de 2000, diminuindo o mandato presidencial para 5 anos (no intuito de alinhar a duração do mandato presidencial da do mandato dos deputados), esta situação tem hoje pouco chance de ocorrer novamente.

contra poder, ou, para utilizar uma expressão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, uma instância contramajoritária²⁶.

2.4. A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 2008

A questão prioritária de constitucionalidade (QPC) foi introduzida na França pela emenda constitucional de 23 de julho de 2008, e entrou em vigor em primeiro de março de 2010. Este mecanismo insere-se na reforma das instituições da Quinta República cujo teor foi fortemente influenciado pelo parecer emitido pelo *Comité de réflexion e de proposition sobre a modernização e o reequilíbrio das instituições*, criado pelo presidente da República de então, Nicolas Sarkozy, e presidido pelo ex-primeiro-ministro Édouard Balladur.

Não era a primeira vez, contudo, que se discutia a adoção na França da exceção de inconstitucionalidade, sendo que já tinha sido instituído em dezembro de 1992, pelo presidente Mitterand, um comitê consultivo, presidido pelo Professor Vedel²⁷, no sentido de propor ao constituinte derivado formas de implementar o controle por via incidental. Assim, no seu parecer enviado ao presidente da República, sugere o comitê que “o Conselho constitucional poderia ser provocado, mediante pedido de um jurisdicionado, pelo Conselho de Estado ou a Corte de cassação, de uma questão prejudicial relativa à constitucionalidade de uma lei e argüida perante uma jurisdição”²⁸. No entanto, não logrou êxito esta primeira tentativa de reformar o sistema de justiça constitucional francês, o que apenas se concretizará, como é cediço, em 2008.

Com a QPC (questão prioritária de constitucionalidade), portanto, o controle de constitucional deixou de ser meramente preventivo. Doravante, qualquer litigante tem legitimidade para requerer que seja examinada a constitucionalidade da lei aplicável no seu processo. Apesar de o controle permanecer concentrado, já que cabe exclusivamente ao Conselho constitucional aferir a constitucionalidade da lei impugnada, pode esta ser

²⁶ RE 477554, Rel. Min. Celso de Mello

²⁷ Décret n. 92-1247 du 2 décembre 1992 instituant un comité consultatif pour la révision de la Constitution, JORF n. 281 du 3 décembre 1992, p. 16458.

²⁸ *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République*, Comité consultative pour une revision de la Constitution présidé par le doyen Vedel, *La Documentation française*, Coll. “Collection des rapports officiels”, février 1993

atacada em qualquer momento e por todo cidadão por ocasião de um caso concreto. Logo, pode-se dizer que o controle se tornou concreto, pelo fato da questão constitucional suscitada emanar de um litígio entre particular, e subjetivo, por ser argüida por uma parte cuja pretensão é de proteger o seu próprio bem jurídico. No entanto, não há que se falar em controle difuso, tendo em vista que é vedado aos juízes e tribunais examinarem a constitucionalidade da lei; função esta, importante enfatizar, que compete tão somente ao Conselho constitucional.

Conforme preceitua o artigo 61-1 da Constituição, cuja redação decorre da emenda constitucional de 2008:

quando, no decorrer de um processo judicial, alega-se a contrariedade de um dispositivo legislativo com os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, poderá o Conselho constitucional ser provocado sobre esta questão, mediante remessa do Conselho de Estado ou da Corte de cassação, devendo aquele se pronunciar dentro de um prazo determinado (tradução nossa).

Vê-se, em primeiro lugar, que o controle exercido por meio da QPC diz respeito apenas aos textos normativos adotados pelo poder legislativo – o artigo 61-1 acima citado refere-se explicitamente ao “dispositivo legislativo” – excluindo, portanto, do seu alcance os decretos e as decisões administrativas individuais – cabendo à justiça administrativa fiscalizar os atos administrativos. Ademais, não é qualquer lei que é suscetível de ser contestada por meio da questão prioritária de constitucional, mas tão somente as que supostamente ofendem “os direitos e liberdades garantidos pela Constituição”, e que abrangem o “bloco de constitucionalidade” – ou a “carta jurisprudencial de direitos e liberdades”²⁹, conforme expressão de Dominique Rousseau – ou seja, os direitos e liberdades contidas no texto constitucional em si, como também na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, no preâmbulo da Constituição de 1946, na Carta ambiental de 2004, e os previstos nos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Enfim, só poderá ser arguida a inconstitucionalidade de uma lei aplicável na lide em que esteja envolvida a parte suscitando a questão de constitucionalidade, consolidando aqui a dimensão subjetiva do controle de constitucionalidade exercido.

Salientou-se várias vezes, que a constitucionalidade da lei é da competência exclusiva do Conselho constitucional. Esta exclusividade, no entanto, não teve o

²⁹ ROUSSEAU Dominique, “Constitutionnalisme et démocratie”, *op. cit.*

resultado de afastar o controle de “convencionalidade” da lei³⁰ ante as jurisdições ordinárias – judiciárias ou administrativas³¹. Tanto o juiz judiciário³² quanto o juiz administrativo³³, consideraram-se competentes para examinar a compatibilidade da lei com os tratados e convenções internacionais. Daí a denominação de “questão *prioritária* de constitucionalidade”, devendo o juiz priorizar a questão de constitucionalidade caso houver pedidos concomitantes, num mesmo processo, relativos à constitucionalidade e à convencionalidade da lei impugnada.

Cumprido ressaltar que o incidente de inconstitucionalidade pode ser suscitado perante qualquer instância judiciária ou grau de jurisdição, tanto na justiça judiciária quanto na justiça administrativa. Ou seja, pode a inconstitucionalidade ser argüida em primeira instância, em recurso de apelação e em recurso de cassação – ante o Conselho de Estado ou a Corte de cassação. Única exceção a esta regra diz respeito a “*Cour d’assises*”, jurisdição penal, perante a qual não se poderá impugnar a constitucionalidade de uma lei.

Vale destacar a importância do papel desempenhado pelos juízes e tribunais dentro da lógica do controle de constitucionalidade trazida pela questão prioritária de constitucionalidade. Embora não seja sua competência examinar a constitucionalidade da lei impugnada, devem eles proceder a um juízo de admissibilidade acerca do pedido de incidente de inconstitucionalidade formulado pela parte. Existe, portanto, um “filtro” jurisdicional, de modo que o Conselho constitucional não pode ser provocado diretamente pela parte que suscitou a questão de constitucionalidade. Este juízo de admissibilidade é assim exercido pelo juiz, tribunal ou instância de cassação ante do qual foi suscitada a argüição de inconstitucionalidade. Deverá o juiz analisar a jurisprudência do Conselho constitucional para verificar que a norma legislativa contestada não tenha sido declarada conforme à Constituição por este. Outro requisito de admissibilidade, qual seja, o caráter sério e relevante da questão de constitucionalidade ora alegada. Enfim, último pressuposto é o de verificar que a lei contestada pela parte aplica-se ao litígio em que esteja envolvido. Note-se que este

³⁰ O controle de convencionalidade é o controle pelo qual os juízes e os tribunais verificam a conformidade das leis e das normas infralegislativas para com os tratados internacionais e as normas comunitárias (isto é, das normas editadas pelas instâncias da União Europeia)

³¹ Importante lembrar que o sistema francês é de dualidade de jurisdição, existindo tribunais judiciais, competentes para dirimir conflitos de direito privado, e tribunais administrativos, encarregados de resolver litígios em que estejam envolvidas pessoas de direito público.

³² C.Cass., *Société des Cafés Jacques Vabre*, 24 de maio de 1975

³³ C.E., *Nicolo*, 20 de outubro de 1989

mecanismo de “filtro” pode ser duplo, caso o incidente de inconstitucionalidade seja suscitado em primeira instância. Neste caso, haverá dois exames de admissibilidade, um exercido pela instância inferior, e um segundo efetuado pela Corte de cassação ou pelo Conselho de Estado – de acordo com a ordem jurisdicional de que se origina a contestação. Ademais, importante notar que o indeferimento do pedido visando provocar o controle de constitucionalidade não poderá ser objeto de recurso. O exame de admissibilidade pelos tribunais acaba por lhes outorgar um certo poder em matéria de contencioso constitucional da lei, já que poderão eles decidir sobre a conveniência de provocar ou não o Conselho de constitucional. Diante deste contexto, alguns doutrinadores consideram que o juízo de admissibilidade acaba por conferir aos tribunais, de forma indireta, uma função de jurisdição constitucional, na medida em que ao apreciar se a questão de constitucionalidade merece ser submetida ao Conselho constitucional, têm eles a faculdade de impulsar ou frear o contencioso constitucional, determinando, portanto, os assuntos e as matérias a serem dirimidos no âmbito constitucional.

De resto, em virtude do artigo 62 alínea 2 da Constituição³⁴, o Conselho poderá modular os efeitos das suas decisões. Trata-se de uma novidade no processo constitucional francês, e esta se justifica pelo fato de o controle versar doravante sobre leis já em vigor, que se aplicam sobre situações concretas. Até 2008, o exame do Conselho tinha somente por objeto textos de lei ainda não promulgados, desprovidos de qualquer efeito sobre a vida real.

Por fim, e ainda no que diz respeito à dimensão temporal, o direito francês estabeleceu um prazo de três meses, contados do pedido do incidente de inconstitucionalidade, para o Conselho constitucional se pronunciar sobre ele. Enquanto isso, o tribunal perante o qual foi suscitada a questão de constitucionalidade, deverá suspender o processo – “*sursseoir à statuer*” – até o Conselho proferir a sua decisão.

³⁴ Art. 62 alinéa 2 C 58 : “Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho constitucional ou de uma data posterior fixada por esta decisão”

3. EVOLUÇÃO E TRANSFORMAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.1. A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL E A CONCEPÇÃO “REVOLUCIONÁRIA” DO JUIZ

A concepção revolucionária do juiz é aquela decorrente dos princípios estabelecidos pelos revolucionários de 1789. É cediço que a primeira Constituição brasileira fora influenciada pelo modelo institucional francês³⁵, tendo ele como base, também durante o período da restauração e da monarquia de julho, os princípios de 1789. De modo que ao especializar a função judicante, rechaçando a idéia de que o judiciário possa constituir um elemento de equilíbrio em relação aos demais poderes³⁶, os constituintes de 1824 importaram para o Brasil a aplicação revolucionária do princípio da separação dos poderes, não reconhecendo, portanto, o judiciário como um verdadeiro poder. Daí a inexistência durante o período imperial, do controle jurisdicional da constitucionalidade da lei.

Na esteira do modelo francês, o direito imperial restringiu o campo de atuação do poder judiciário, sendo-lhe assim defeso interferir na órbita legislativa e administrativa. No intuito de preservar a esfera legislativa, era, portanto, preciso conter o poder hermenêutico dos juizes, o que levou o constituinte a conferir a função interpretativa da lei ao próprio legislador³⁷, criando ademais uma instituição “mais política do que judicial”³⁸, o Supremo Tribunal de Justiça³⁹, copia do Tribunal de cassação francês, encarregado de verificar o “sagrado respeito da lei, à pureza e uniformidade de sua aplicação”⁴⁰ pelos tribunais. Considerando que interpretar consiste em legislar, o judiciário deveria limitar-se em “aplicar” a lei. De acordo com este entendimento, o judiciário é “perfeita e completamente incompetente” para interpretar a

³⁵ BONAVIDES Paulo, *Curso de direito constitucional*, Malheiros, 2005, p. 363

³⁶ Ver TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980, p. 124; « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution », in *La théorie de l'État, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 102.

³⁷ Art. 15 VIII C 1822

³⁸ MARQUÊS de José Antônio Pimenta Bueno São Vicente, *Direito público brasileiro e análise da Consyituição do Império*, Senado Federal, p. 346

³⁹ Arts 163 e 164 C 1822

⁴⁰ MARQUÊS de José Antônio Pimenta Bueno São Vicente, *op. cit.* p. 346

lei, não sendo ele senão o “súdito da lei”, o seu “aplicador”⁴¹. Logo, conforme explica José Antônio Pimenta Bueno, o Judiciário, no desempenho da sua missão “deve cumprir imperativamente a obrigação sagrada de não desviar-se jamais da lei. Esta, e só ela, deve ser o seu norte, deve ser a norma que tem de aplicar em toda a sua pureza, em todos os casos, com toda a igualdade”⁴². A este respeito, para o autor de *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*:

O poder judicial tem por encargo ou domínio a **aplicação das leis** (...). Ele **não é autorizado a invadir as raias do poder legislativo**, não tendo “por isso mesmo direito de decretar decisões por via de disposição geral, e só sim de estabelecê-las em relação à espécie que lhe é subordinada”⁴³ (...)

Acrescenta afirmando:

O assunto da interpretação das leis é muito valioso, é uma questão fundamental que joga com importantes matérias do Direito Público, com a divisão e independência dos poderes, e que por isso mesmo demanda ideias bem assentadas e exatas (...). **Só o poder que faz a lei** é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. **Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato**, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo⁴⁴

Nesta mesma lógica, e também no diapasão do modelo francês, o judiciário brasileiro não possuía jurisdição para decidir questões de ordem administrativa, competência esta que pertencia exclusivamente ao governo. Considerando que “resolver as questões administrativas ou governamentais, é administrar ou governar”, José Antônio Pimenta Bueno sustenta que “dar esta importante parte da administração ou governo à autoridade judiciária e a seu processo seria subordinar e aniquilar toda a força governamental”. Como na França, portanto, o sistema jurisdicional brasileiro assentava-se no princípio da “*justice retenue*” – justiça retida – excluindo, desta forma, o judiciário do contencioso administrativo, cujas lides eram resolvidas em última instância, como no sistema francês, pelo Conselho de Estado⁴⁵.

Logo, é inegável a influência do sistema brasileiro pelos princípios revolucionários franceses, acarretando uma concepção do juiz como “mera boca da lei”, uma lei sacralizada a qual devia ele se submeter. Uma forma de pensar a relação dos

⁴¹ *Ibidem*, p. 71

⁴² *Ibidem*, p. 345

⁴³ *Ibidem*, p. 36

⁴⁴ *Ibidem*, p. 69-70

⁴⁵ Arts. 137-134 C 1824

poderes, pois, que não se coadunava com o controle jurisdicional de constitucionalidade da lei.

3.2.A REPÚBLICA E A ADOÇÃO DO MODELO NORTE AMERICANO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

No século XIX, o Brasil era o único país do continente americano a ter projetado o modelo europeu no novo mundo. Regime monárquico e Estado unitário, a estrutura institucional brasileira destoava dos demais sistemas americanos, todos estes influenciados pela lógica institucional estadunidense. Como examinado acima, esta peculiaridade institucional brasileira se repercutia na sua estrutura jurisdicional, de modo que, quando da proclamação da República e da adoção do federalismo em 1889, ingressava o Brasil numa nova era jurisdicional baseada no *judicial review*.

O decreto n. 848 de 1890 emitido pelo Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, que criou a justiça federal e o Supremo Tribunal Federal, é um marco importante na história da justiça constitucional brasileira ao estabelecer os fundamentos do sistema judiciário pátrio, adotando o princípio da supremacia da Constituição, encarregando as instâncias judiciárias de assegurar a efetividade deste por ocasião dos litígios concretos que lhes cabem dirimir. Nascia no Brasil, portanto, o controle de constitucionalidade difuso e concreto. A este respeito, esclarece o Gilmar Mendes:

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do Direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, § 1, *a e b*). O decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890 estabeleceu, no seu art. 3, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. ‘Esse dispositivo (...) – afirma Agrícola Barbi – consagra o sistema de controle por via de exceção, ao determinar que a intervenção de magistratura só se fizesse em espécie e por vocação de parte’. Estabelecia-se, assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E tal qual prescrito na Constituição

provisória, o art. 9, parágrafo único, a e b, do Decreto n. 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais⁴⁶

Houve assim uma mudança no que diz respeito à relação do judiciário com a lei, não sendo mais ele subordinado àquele. Com efeito, consoante consta da exposição de motivos do decreto acima citado, o Judiciário se tornou um poder soberano:

Não é instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo (...). Aí está a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, (...) Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo⁴⁷

Estas características da justiça brasileira foram reiteradas na Constituição de 1891 e nos textos constitucionais seguintes, tendo o controle difuso e incidental percorrido todos os regimes e prevalecido até recentemente. Todavia, conforme salienta Álvaro Ricardo de Souza, a importação do modelo americano ocorreu num país de *civil law*, inexistindo a regra do *stare decisis*, de modo que, mesmo pronunciadas pelo STF, as decisões possuem efeitos *ultra partes*, não devendo os demais tribunais dirimir os litígios de acordo com os precedentes firmados pelo Supremo:

em suas origens, o modelo brasileiro aproximou-se das características americanas (...), todavia, filiado à tradição romano-germânica; as decisões do Supremo não tinham ‘caráter legislativo’, ou melhor, não eram dotadas de efeito vinculatório erga omnes, tal qual se percebe pelo *stare decisis* norte-americano. As decisões do Supremo no método difuso, tanto no exercício de sua competência originária quanto notadamente na via recursal através do recurso extraordinário, como de resto as decisões de todo o Poder Judiciário, a doutrina clássica vislumbra efeito temporal retrospectivo (*ex tunc*) e pessoal limitado às partes (*inter partes*). O reconhecimento da inconstitucionalidade no Brasil implica, na verdade, o reconhecimento da não-aplicabilidade de uma lei a um determinado caso concreto⁴⁸

⁴⁶ MENDES Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, Saraiva, 1990, p. 171

⁴⁷ BALEEIRO, José Pedroso Aliomar, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, Forense, 1968, p. 27

⁴⁸ CRUZ Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática*, Del Rey, 2004, p. 342

3.3.A IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE OBJETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

3.3.1. AS PREMISSAS DO CONTROLE OBJETIVO ANTES DA VIGÊNCIA DA CF/88

Muito embora o sistema de justiça constitucional brasileiro, antes da adoção da Constituição atual, tenha se assentado quase que exclusivamente no mecanismo da exceção de inconstitucionalidade, é importante lembrar que o controle objetivo não fora uma novidade introduzida pelo constituinte de 1988. Cumpre, com efeito, ressaltar a criação em 1934, previsto também na Constituição de 1946, da representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República no intuito de o Supremo Tribunal Federal examinar a constitucionalidade de ato suscetível de dar ensejo à intervenção federal. Ou seja, subordinava-se a intervenção federal à declaração de inconstitucionalidade do texto emitido pelo ente federado, sendo a representação interventiva julgada procedente nas hipóteses de ofensa a certos princípios constitucionais:

A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribui-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8, parágrafo único, c/c o art. 7, VII)⁴⁹

É inegável a dimensão centralizadora deste instrumento, visando o controle de constitucionalidade, neste contexto institucional, “aferrir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado”⁵⁰. Sendo o controle de constitucionalidade limitada a este fim, e não gozando nesta época o chefe do *parquet* da mesma autonomia que lhe garante a Constituição atual, não se faz dúvida sobre o

⁴⁹ MENDES Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, op. cit., p. 182

⁵⁰ *Ibidem*

caráter político do contencioso constitucional em sede objetiva bem como da pouca litigiosidade que dele decorreu. Não difere desta lógica a instituição em 1965 da representação de inconstitucionalidade, também de exclusividade do Procurador-Geral da República, cuja prática demonstrou não ser uma instância contra majoritária destinada a garantir a constitucionalidade da atividade normativa do governo⁵¹.

Vê-se, portanto, que o controle de constitucionalidade abstrato encontrava-se cerceado num sistema fechado, impossibilitando o STF de desempenhar uma função fiscalizadora da atuação governativa tendo em conta as pretensões emanadas da sociedade civil. Sendo a propositura da ação direta de inconstitucionalidade dependente da representação de um ente vinculado ao Executivo, não tinha o espaço público direito de promover e ingressar no debate constitucional em sede de controle objetivo.

3.3.2. A CF/88 E O FORTALECIMENTO DO CONTROLE OBJETIVO

A Constituição de 1988 rompeu com o paradigma descrito acima, vez que ampliou o elenco de autoridades, órgãos e entidades legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como criou diversos tipos de ações destinadas a provocar a atuação da Corte no âmbito do contencioso abstrato e objetivo.

Quanto ao primeiro ponto, nos termos do artigo 103 da Carta Magna, detêm legitimidade ativa: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos deputados, a Mesa de Assembleia legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, Confederação sindical ou Entidade de classe de âmbito nacional. Logo, o processo objetivo não se insere mais numa perspectiva unilateral, sendo doravante permitido aos representantes estaduais contestar a constitucionalidade das normas federais, aos partidos da oposição impugnar leis aprovadas pelo bloco parlamentar da maioria, bem como aos representantes dos setores da sociedade civil atacar as normas que atingem os interesses defendidos por eles. Ao estender o rol de legitimados ativos, houve, portanto, uma

⁵¹ Ver exemplo do decreto n. 1070 expedido em 1970 para legitimar a censura prévia, cujo pedido formalizado pelo MDB no sentido de impugnar o ato perante o STF foi negado pelo chefe do ministério público.

“abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro”⁵²; tanto é assim que a participação ao debate constitucional não se limita aos atores políticos já que inclui também nele os atores sociais, trazendo estes para o espaço judiciário as pretensões e exigências oriundas do espaço público⁵³.

No entanto, a ação direta não deve se confundir com a ação popular, não sendo todas as associações, sindicatos ou grupos representantes de setores categoriais que possuem a faculdade de impugnar um ato normativo por meio do controle objetivo; isto é, a Constituição, bem como a jurisprudência do STF, fixaram pressupostos de admissibilidade para que ação direta possa ser conhecida.

Cuida-se, em primeiro lugar do requisito da pertinência temática que, conforme o definiu a Suprema Corte:

se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade⁵⁴.

Outro requisito, previsto no inciso IX do art. 103 CF, é de a entidade de classe ser de âmbito nacional. Neste aspecto, importante recordar o entendimento da Corte sobre este ponto:

O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o país, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe⁵⁵.

Ademais, cumpre realçar que, no que diz respeito ao aspecto processual, a Constituição de 1988 instituiu diferentes categorias de ação direta, não se limitando, o controle abstrato, à ação direta de inconstitucionalidade genérica. Com efeito, além

⁵² COELHO Inocêncio Martires, “As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*

⁵³ Ver ROUSSEAU Dominique, “De la démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel”, *Le Débat*, 1997

⁵⁴ ADI 1157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 17-11-2006

⁵⁵ ADI 3153-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 9-9-2005

desta, foi criada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, assim como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo sido estas duas últimas ações introduzidas em 1993 por meio da Emenda Constitucional n. 3.

Em sede de controle objetivo, a ADIN genérica é certamente a via processual mais usada. Serve ela de parâmetro processual para as demais ações propostas no âmbito do contencioso abstrato. Ao solicitar o STF por meio desta ação, busca-se declarar que uma lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital é contrária à Constituição (art. 102, I, *a* CF/88).

Em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importante lembrar que as normas constitucionais não são todas de eficácia plena, sendo que algumas se encontram desprovidas de aplicação imediata. Logo, diante da eficácia limitada de certas normas da Constituição, e da necessidade de o legislador regular ou possibilitar a aplicabilidade delas, é que surgiu esta ação visando apontar a inconstitucionalidade da conduta decorrente da inércia legislativa. Assim, conforme salienta Daniel Amorim Assumpção Neves:

Nos termos do art. 103, § 2 da CF, é cabível ação direta de inconstitucionalidade por omissão, admitindo-se que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, dê ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias ou, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em 3 dias. O legislador constitucional de 1988 se preocupou com a omissão como conduta passível de inviabilizar o exercício de direitos e garantias constitucionais de duas formas distintas. O mandado de injunção (...) permite em concreto a tutela diante de ausência de norma regulamentadora, mediante pedido a ser formulado pelo sujeito que tem direito constitucional paralisado em razão da indevida omissão. Por outro lado, permitiu que a tutela diante de omissão se desse abstratamente, mediante pedido dos legitimados pelo art. 103 da CF, em nítida ampliação do objeto do processo objetivo⁵⁶

A ação declaratória de constitucionalidade, por sua vez, visa confirmar a constitucionalidade de uma lei cuja interpretação sofre controvérsias entre juízes e tribunais.

No controle de constitucionalidade difuso, todas as jurisdições são competentes para examinar a constitucionalidade da lei desde que esta seja contestada incidentalmente por uma das partes. Neste contexto de pluralidade de interpretação judicial, podem ocorrer divergências hermenêuticas a respeito da constitucionalidade de

⁵⁶ NEVES Daniel Amorim Assumpção, *Ações constitucionais*, Editora MÉTODO, 2011, p. 55

uma determinada lei, suscetíveis de prejudicar o princípio de segurança jurídica. Daí a necessidade, em caso de discrepância interpretativa e de indefinição do significado de um enunciado normativo, de o STF ser ajuizado para que a interpretação dada por ele possa unificar o entendimento do Judiciário e consolidar a presunção de constitucionalidade da lei questionada. Será, portanto, necessário para que esta ação seja cabível que o requerente demonstre a existência de controvérsia judicial. Assim, conforme ensina Gilmar Mendes:

Ao lado do direito de propositura da ação declaratória de constitucionalidade – em aqui, assinala-se, estamos a falar tão-somente da ADC e não da ADI – há de se cogitar também de uma legitimação para agir *in concreto*, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei (...). Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade da norma. A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada. Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de inconstitucionalidade⁵⁷

No entanto, dado o efeito *erga omnes* e vinculante desta ação, parte da doutrina sustenta que este instrumento acaba por limitar a possibilidade dos demais órgãos do Poder judiciário apreciarem a compatibilidade das leis com a Constituição, enfraquecendo de forma evidente a jurisdição constitucional difusa e concreta no Brasil⁵⁸. É neste sentido que se posiciona o Professor Sávio Lobato, falando a este respeito de “fundamentalismo hermenêutico exarado pelo STF que, ao mesmo tempo em que quer impedir o exercício de uma jurisdição constitucional difusa, reafirma a sua capacidade jurídica de fazê-la em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis”⁵⁹. Ou seja, ao tratar as controvérsias interpretativas provocadas pelo controle difuso como um risco à segurança jurídica, ao invés de considerá-las como um processo natural de criação do “direito vivo”, esta lógica processual que visa impor “uma forma

⁵⁷ MENDES Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, p. 1077

⁵⁸ SAMPAIO José Adérico Leite, *Constituição e crise política*, Del Rey, 2006, p. 218

⁵⁹ LOBATO Marthius Sávio Cavalcante, *A reconstrução da jurisdição constitucional. A garantia constitucional dos direitos fundamentais sociais*, LTR, p. 211

de agir e interpretar o direito, sem considerar a complexidade da sociedade e muito menos sua história”, gerou a “autonomização do Supremo Tribunal Federal em relação à vivência constitucional”⁶⁰.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, também trazida, como a ADC, pela emenda constitucional n. 03/93. Conforme preceitua o artigo 1, caput, da Lei 9.882/1999, a ADPF tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público. No entanto, a noção de preceito fundamental constitui um “conceito jurídico indeterminado” já que o legislador deixou de “direcionar com maior precisão quais seriam os preceitos fundamentais da Constituição Federal”, cabendo, portanto, “à doutrina moldar as regras que têm tamanho relevo a ponto de merecer sua tutela por meio de arguição de descumprimento ora analisada”⁶¹. Quanto aos atos normativos suscetíveis de serem contestados através deste mecanismo de aferição abstrata, vale salientar que será a ação cabível para examinar tanto os atos normativos legais quanto os atos normativos secundários, bem como as leis ou atos normativos municipais, incluídos os anteriores à Constituição de 1988. Afigura-se mais amplo, portanto, o alcance da arguição do que o da ADI e da ADC.

3.4. A EC/45 E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A teoria da “abstrativização”, ou objetivação, do controle difuso, vem ganhando força na doutrina e na jurisprudência, a ponto de existir, no próprio Tribunal, uma linha de entendimento, encabeçada pelo Min. Gilmar Mendes, defendendo a utilização da reclamação contra decisão judicial descumprindo interpretação firmada pelo STF no âmbito do controle difuso.

Esta controvérsia acerca da extensão do cabimento da reclamação para garantir a autoridade das decisões do STF proferidas no bojo do controle difuso, surgiu no julgamento da Reclamação n. 4335⁶²; porém, conforme será demonstrado a seguir, devido à superveniência de uma súmula vinculante incidindo sobre o caso, esta controvérsia não foi devidamente dirimida, sendo, portanto, oportuno

⁶⁰ *Ibidem*, p. 11

⁶¹ NEVES Daniel Amorim Assumpção, *Ações constitucionais*, Editora MÉTODO, 2011, p. 55

⁶² Recl. 4335, Rel. Min. Gilmar Mendes

reacendê-la, para que as dúvidas sobre o tema possam ser sanadas, no intuito de reforçar o princípio de segurança jurídica no que diz respeito a este assunto de cunho processual.

Desde 1988, o STF vem, com efeito, passando por várias mudanças profundas, diante do desenvolvimento das garantias jurisdicionais destinadas a provocar o controle abstrato, da Emenda Constitucional n. 45, instituindo mecanismos visando a fortalecer a autoridade das decisões do Supremo Tribunal, bem como da sua própria atuação, cujo dinamismo revela a consolidação do seu peso frente às demais jurisdições. De forma que esta evolução do funcionamento constitucional da Corte acabou por alterar as suas feições, que de instância recursal passa a perfilhar os traços de um Tribunal Constitucional.

Como é sabido, a introdução no nosso direito da Repercussão Geral, favoreceu este fenômeno, mencionado acima, de objetivação do recurso extraordinário. Ao exigir, para a admissibilidade do recurso, que o tema em debate possua relevância econômica e jurídica que ultrapasse o interesse subjetivo da causa; e ao determinar, outrossim, que a decisão proferida pela Corte deverá ser reproduzida nos demais processos sobrestados, houve uma mudança de paradigma processual, que superou a concepção clássica concretista individual, vez que inseriu o recurso extraordinário numa perspectiva “abstrata” – não sendo a análise do STF atrelada aos fatos e às situações relacionados à demanda –, bem como conferiu às decisões decorrentes dele um efeito *erga omnes*, já que transcendem a esfera dos interesses das partes litigantes.

É neste contexto, portanto, que tem se falado de objetivação do recurso extraordinário, pelo fato do controle difuso exercido por meio dessa via recursal adquirir as características do controle objetivo. Esta noção de objetivação foi brilhantemente definida em obra acadêmica da lavra do Ministro Gilmar Mendes e do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco :

Preso entre a fórmula do Senado (CF, art. 52, X) e o referido aumento crescente de processos, o Supremo Tribunal Federal terminou avalizando uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva⁶³

⁶³ MENDES Gilmar Ferreira e BRANCO Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional, op. cit.*, p. 974.

Cumpra ressaltar que este processo de objetivação, em que os aspectos processuais do recurso extraordinário tendem a se ajustar aos moldes do controle abstrato, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal, o qual salientou, na decisão proferida no RE 475.812, que:

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetiva ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva⁶⁴.

Vale recordar que este entendimento, conforme consta na decisão acima citada, encontra respaldo num precedente firmado pelo Plenário no julgamento da SE 5.206 AgR, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que afirmou:

E a experiência demonstra a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido de crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de ‘guarda da Constituição’, que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional – como, a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas (Casación Civil, trad., EJE, BsAs, 1959, 12 ss.) – que no recurso extraordinário – via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei –, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle incidenter em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado ‘como elemento propulsor posto a serviço de interesse público’, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe

Neste diapasão, constata-se que no âmbito do recurso extraordinário o interesse público, isto é, a defesa da ordem constitucional objetiva, precede o interesse particular das partes, que apenas serve de pretexto para levantar uma questão de constitucionalidade cuja relevância suscita interesse para toda a coletividade. A diferença, portanto, com o controle concentrado, provocado pela via direta, é que a

⁶⁴ RE 475812, Rel. Min. Eros Grau

questão de constitucionalidade surge de um litígio concreto, de sorte que antes de chegar ao conhecimento da Suprema Corte, passou pelo crivo dos juízes e Tribunais, de acordo com a lógica e o desenvolvimento processual clássico. No entanto, uma vez o recurso extraordinário interposto e a repercussão geral demonstrada, a questão de constitucionalidade, que havia sido levantada no bojo de um conflito concreto no condão de determinar o seu desfecho, deixa de pertencer às partes, dissocia-se dos interesses subjetivos deles, tornando-se ela, portanto, uma questão de interesse público. É neste contexto que o Professor Oscar Vilhena Vieira qualificou o STF de verdadeira “jurisdição de interesse público”.

Ademais, convém salientar que o paralelismo entre o funcionamento processual do recurso extraordinário e os métodos do controle concentrado, se manifesta de outra forma.

Em primeiro lugar, vale ressaltar que, da mesma forma que no controle abstrato, o art. 543-A § 6º do CPC⁶⁵ prevê a intervenção do *amicus curiae* no recurso extraordinário, que deverá ser autorizada pelo relator quando da análise da repercussão geral. Logo, a previsão da figura do *amicus curiae*, cuja intervenção consiste, relativamente à causa discutida, em trazer elementos técnicos e de interesse da sociedade com vista à esclarecer o convencimento dos ministros, é revelador deste movimento de abstrativização do controle difuso, vez que demonstra que a Corte aprecia a questão constitucional, que subjaz o feito, de forma abrangente, sem se atrelar ao interesse particular da causa donde surgiu a arguição de inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, quanto à eficácia das decisões pronunciadas em sede de recurso extraordinário, importa ressaltar, conforme bem salientaram o Ministro Gilmar Mendes e o Professor Paulo Gustavo Gonet Branco na obra *Curso de Direito Constitucional*⁶⁶, que o STF, em virtude do princípio de segurança jurídica e da preservação do interesse público, também se utilizou da técnica decisória prevista nos arts. 27 da Lei n. 9.868 e 11 da Lei n. 9.882, consistindo em modular os efeitos para o futuro da declaração incidental de inconstitucionalidade pronunciado por ele. Neste sentido, vale se referir ao julgamento do RE 197.917 assim ementado:

⁶⁵ Art. 543-A §6 CPC: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrito por procurador habilitado, nos termos do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal”.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 975

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL (...) 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido⁶⁷.

Por fim, os ilustres Professores acima citados também asseveram que, segundo a jurisprudência do STF, existe uma “comunicabilidade entre as vias difusa e concentrada do sistema misto de constitucionalidade brasileiro”, o que acentua o caráter *erga omnes* da decisões proferida pela Corte por via do controle incidental, já que o Tribunal firmou entendimento de “que a declaração de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário, faz manifestamente improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade que tenham o mesmo objeto”⁶⁸. A este respeito, cumpre citar o julgamento da ADI 4071 AgR em que ficou assentado o seguinte:

EMENTA Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário [...]⁶⁹.

Por conseguinte, a evolução processual do recurso extraordinário revela que doravante, o STF, quando provocado para exercer o controle de constitucionalidade por via incidental, não atua senão como jurisdição de interesse público, no intuito de garantir a defesa da ordem constitucional objetiva, deixando, portanto, de ser uma mera instância recursal cuja decisão sobre a constitucionalidade da lei valeria apenas nos estritos limites da relação processual subjetiva. Nesta esteira, sendo a reclamação instrumento processual objetivando garantir a autoridade das decisões do STF dotadas

⁶⁷ RE 197917, Rel. Min. Mauricio Corrêa.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 975

⁶⁹ ADI 4071, Rel. Min. Menezes Direito

de efeitos vinculantes, colimando, portanto, uniformizar a interpretação constitucional para evitar que a Corte decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional, forçoso é constatar que o propósito da repercussão geral, ao conferir caráter *erga omnes* a decisões proferidas no bojo do recurso extraordinário, se coaduna com a finalidade da reclamação. Neste contexto, não há dúvida de que a objetivação desta via recursal deu ensejo à ampliação do cabimento da reclamação quando do descumprimento de uma decisão proferida pelo STF em sede de controle incidental.

Convém recordar que o tema já foi objeto de discussão pelo Plenário por ocasião do julgamento da Recl. 4335 da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Cuidava-se de uma reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que, ao indeferir o pedido de progressão de regime em favor de condenados pela prática de crime hediondos, descumpriu interpretação constitucional da Corte que no julgamento do HC 82.959 declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

O Ministro Relator, Gilmar Mendes, em face do desrespeito à “eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal” proferida em sede de controle incidental, conheceu da reclamação para julgá-la procedente. Com efeito, ao analisar a evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileira, sustentou que “as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que incide que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988”. Portanto, dada a equiparação entre os efeitos das decisões proferidas em repercussão geral e os das decisões emanadas do controle abstrato, o Ministro Gilmar Mendes considerou que o uso da reclamação para garantir autoridade de decisão proferida em sede de controle difuso pela Corte suprema conciliava-se com a destinação constitucional do dito instrumento processual.

4. CONCLUSÃO

Os sistemas de justiça constitucional não são imutáveis, evoluíram de acordo com as novas necessidades, impulsionadas estas pelo legislador ou pela própria corte constitucional. É o caso da França e do Brasil, cujos mecanismos de controle de constitucionalidade passaram por várias reformas, a ponto de provocar uma verdadeira transformação do quadro jurisdicional, assim como do papel das cortes dentro do cenário político-institucional.

Na França, duas foram as grandes reformas empreendidas pelo legislador constituinte: a de 1974, e a de 2008. Assim, ao estender a legitimidade para propositura de ação direta aos parlamentares, o Conselho constitucional se tornou um instrumento “político” em prol da oposição para controlar a maioria governamental. Transformou-se em um contra-poder, participando, de certa forma, ao jogo político. De modo que, elaborada e examinada no seio do sistema político, a lei passa a ser discutida novamente num outro espaço, cujo debate travado nele encontra respaldo numa lógica argumentativa própria e distinta: o “campo jurisdicional constitucional”⁷⁰, conforme expressão do Professor Dominique Rousseau.

No entanto, a partir de 2008, o Conselho constitucional afastou-se da seara política de forma a se aproximar da sociedade. Com a questão prioritária de constitucionalidade (QPC), a discussão acerca da constitucionalidade da lei foge do “tempo político”, aquele que ocorre logo após a aprovação da lei pelo Parlamento e antes da promulgação da mesma pelo Presidente da República. O controle *a posteriori* versa, por sua vez, sobre o “direito vivo”, um direito desvinculado dos debates políticos que lhe deram origem. O direito vivo pertence à sociedade, a lei é contestada e examinada tendo em vista os seus efeitos no mundo real. Não se discute mais as interpretações da lei numa perspectiva abstrata, mas sim concreta. O debate surge da sociedade, já que cabe aos litigantes suscitar o incidente de inconstitucionalidade, e não versa mais sobre uma projeção abstrata da lei, mas sobre a sua aplicação concreta. Enfim, cumpre ressaltar que a QPC mudou a paisagem jurisdicional, já que cabem aos juízes administrativos e judiciários, bem como ao Conselho de Estado e à Corte de cassação, encaminharem a questão de constitucionalidade ao Conselho constitucional, devendo aqueles suspender o processo até este se pronunciar.

⁷⁰ ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2001

No Brasil, as mudanças do sistema de justiça constitucional decorrem da própria Constituição de 1988, que fortaleceu o controle objetivo, da emenda de 1993, que criou novos tipos de ações diretas, e da emenda de 2004, que instituiu a súmula vinculante bem como a repercussão geral, revestindo as decisões do STF proferidas em sede de controle difuso uma dimensão *ultra partes*.

Vale enfim salientar que as próprias cortes participaram destas transformações. Vimos que a decisão do Conselho constitucional de 1971 foi de suma importância já que, ao se estimar competente para exercer um controle material, emancipou-se do papel que lhe fora outorgado pelo constituinte de 1958 para se tornar uma instância de defesa dos direitos e liberdades fundamentais; criando para tal o “bloco de constitucionalidade”. Também no Brasil a Corte se empenha em definir os limites da sua atuação, tendo ela instaurado uma discussão, por ocasião do julgamento da Reclamação 4335, sobre o alcance das suas decisões prolatadas pela via incidental, indagando-se sobre o caráter *erga omnes* das mesmas. Temática esta que terá reflexo sobre a natureza do STF, o qual tenderia a se tornar mais uma Corte constitucional de que uma Corte suprema.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALEEIRO, José Pedroso Aliomar, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, Forense, 1968
- BONAVIDES Paulo, *Curso de direito constitucional*, Malheiros, 2005
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *La loi expression de la volonté générale*, Economica, 1984
- COELHO Inocência Martires, “As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*
- CONSTANTINESCO Vlad et PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, Coll. “Thémis Droit”, PUF, 2004
- CRUZ Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição constitucional democrática*, Del Rey, 2004
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome troisième : La théorie générale de l'État*, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1928
- GAUTIER Alfred, *Précis de l'histoire du droit français*, L. Larose et Forcel, 1886
- HAURIOU Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, 1930
- KELSEN Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue du droit public*, 1928
- LOBATO Marthius Sávio Cavalcante, *A reconstrução da jurisdição constitucional. A garantia constitucional dos direitos fundamentais sociais*, LTR
- MARQUÊS de José Antônio Pimenta Bueno São Vicente, *Direito público brasileiro e análise da Consyituição do Império*, Senado Federal
- MENDES Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, Saraiva, 1990
- MENDES Gilmar Ferreira, COELHO Inocência Mártires e BRANCO Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva
- NEVES Daniel Amorim Assumpção, *Ações constitucionais*, Editora MÉTODO, 2011
- ROUSSEAU Dominique, “De la démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel”, *Le Débat*, 1997
- SAMPAIO José Adérico Leite, *Constituição e crise política*, Del Rey, 2006
- TOCQUEVILLE Alexis de, *De la democracia en la América*, Rosa, Paris, 1837
- TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980
- TROPER Michel, *La théorie de l'État, le droit, l'État*, PUF, 2001
- VIEIRA Oscar Vilhena, “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, 2008