UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EMILIANE PRISCILLA ALENCASTRO NETO

# A EFICÁCIA JURÍDICA DA DECISÃO DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Recife
2022

EMILIANE PRISCILLA ALENCASTRO NETO

# A EFICÁCIA JURÍDICA DA DECISÃO DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Recife

2022

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

A368e Alencastro Neto, Emiliane Priscilla.
A Eficácia Jurídica da Decisão do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade / Emiliane Priscilla Alencastro Neto. -- Recife, 2022.
200 f.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Constitucionalidade. 3. Arguição de Inconstitucionalidade. 4. Decisão Judicial. 5. Estado Democrático de Direito. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2022-26)

EMILIANE PRISCILLA ALENCASTRO NETO

# A EFICÁCIA JURÍDICA DA DECISÃO DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Aprovada em: 21/09/2022

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Profª. Dra. Gina Gouveia Pires de Castro (Examinadora Interna)

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Profª. Dra.Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva Rodrigues (Examinadora Externa)

Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns - AESGA

## RESUMO

O presente trabalho analisa a eficácia jurídicado acórdão proferidopelo plenário ou órgão especial no incidente de arguição de inconstitucionalidade, decisão que se presta à manutenção da higidez do ordenamento jurídico como um todo, embora produzida em incidente autônomo vinculado pela prejudicialidade a um processo subjetivo. Contextualiza que, embora o controle de constitucionalidade tenha sido criado no século XIX a partir do *judicial review* norte-americano, o século XX trouxe inovações substanciais para o instituto, inclusive a partir de sistemas jurídicos que têm em sua origem família diversa do sistema norte-americano.Esse cenário fez com que surgissem dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade. Embora com o passar dos anos tenha ocorrido uma aproximação entre os modelos, existindo uma espécie de hibridação, não há clareza acerca de se as decisões produzidas têm eficácia jurídica idêntica ou semelhante ou em qual grau se diferenciam. Na experiência brasileira, o legislador foi pródigo em referências à eficácia jurídica da decisão em controle concentrado, não seguindo a mesma linha para o controle difuso, cenário que justifica esta pesquisa.Em espécie, o acórdão que encerra o incidente, enquanto instrumento para realização do controle difuso de constitucionalidade, é decisão cujo conteúdo do provimento é preponderantemente declaratório (positivo ou negativo), tendo como efeito principal a certeza jurídica. A decisão judicial, enquanto ato jurídico em sentido estrito, é espécie de fato jurídico que tem potência para produzir efeitos que não estão no campo de disposição dos particulares. Analisar o plano da eficácia desse fato jurídico, espectro em que atinge seus fins, também permite encontrar o conjunto de efeitos produzidos, objeto de absoluta importância para o sistema de precedentes e, em espécie, para a querela de higidez do sistema constitucional.Para atingir o objeto da pesquisa, foi adotada como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, elementos analisados a partir do método hipotético-dedutivo. Conclui que a decisão que encerra o incidente de arguição de inconstitucionalidade tem como efeito principal a certeza jurídica, efeito que pode ser analisado em suas extensões objetiva, temporal e subjetiva.



**Palavras-chave:** controle difuso de constitucionalidade; eficácia da decisão judicial; incidente de arguição de inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

This research analyzes the legal effectiveness of the decision handed down by the plenary in the incident of unconstitutionality claim, a decision that lends to maintenance of the legal system health, although produced in an autonomous incident linked by harmfulness to a subjective process. It contextualizes that, although the constitutionality review was created in the 19th century from the North American judicial review, the 20th century brought substantial innovations to the institute, even from legal systems that have a different family.This scenario gave rise to two classic models of constitutionality verification.Although over the years there has been an approximation between the models, with a kind of hybridization, it is not clear about whether the decisions produced have identical or similar legal effectiveness or in what degree they differ. In the Brazilian experience, the legislator was generous in references to the legal effectiveness of the decision in concentrated control, not following the same line for diffuse control, a scenario that justifies this research.The judgment that closes the incident, as an instrument for carrying out the diffuse control of constitutionality, is a decision whose content of the provision is predominantly declaratory (positive or negative), with the main effect of legal certainty. The judicial decision, as a legal act in the strict sense, is a kind of legal fact that has the power to produce effects that are not in the field of disposal of individuals.Analyzing the effectiveness of this legal fact, the spectrum in which it achieves its ends, also allows finding the set of effects produced, an object of absolute importance for the system of precedents and, in kind, for the dispute over the health of the constitutional system. To reach the object of the research, bibliographic and documental research was adopted as a methodology, elements analyzed from the hypothetical-deductive method.It concludes that the decision that closes the incident of unconstitutionality claim has legal certainty as its main effect, an effect that can be analyzed in its objective, temporal and subjective extensions.



**Keywords:**diffuse control of constitutionality; effectiveness of the court decision; unconstitutionality incident claim.

**SUMÁRIO**


**1 INTRODUÇÃO ..... 8**

**2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBJETIVO ..... 11**

2.1 INTRO ..... 11

2.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE ..... 11

**2.2.1 A influência do judicial review norte-americano e o controle difuso no Brasil 11**

**2.2.2 A Constituição como parâmetro de validade ..... 22**

2.2.2.1 O esquema de verificação de validade e a norma fundamental de conteúdo neutro 33

2.2.2.2 A crise do Estado de Direito e a reconfiguração da relação legalidade-constitucionalidade ..... 37

**2.2.3 O Estado Democrático de Direito, a verificação da validade material e a mudança na função jurisdicional ..... 40**

2.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBJETIVO ..... 50

**2.3.1 Jurisdição e processo constitucional ..... 50**

**2.3.2 O processo constitucional subjetivo e o devido processo legal ..... 59**

**2.3.3 A questão prejudicial constitucional e o controle incidental ..... 64**

**3 O INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ..... 71**

3.1 INTRO ..... 71

3.2 O INCIDENTE ..... 71

**3.2.1 Natureza jurídica ..... 71**

**3.2.2 Legitimidade ..... 74**

3.2.2.1 Desistência ..... 75

3.2.2.2 A instauração de ofício ..... 78

**3.2.3 Competência ..... 81**

3.2.3.1 A primeira face da cláusula de reserva de plenário ..... 82

3.2.3.2 A competência para concessão de tutela de urgência ..... 86

**3.2.4 Cabimento ..... 88**

3.2.4.1 O controle incidental no Supremo Tribunal Federal ..... 911

**3.2.5 Objeto do incidente ..... 97**

3.2.5.1 As diversas espécies de norma jurídica enquanto ato normativo-paradigmado ..... 102

3.2.5.2 Os fatos e o juízo de inconstitucionalidade ..... 108

3.3 O PROCESSAMENTO DO INCIDENTE ..... 114
**3.3.1 O juízo de admissibilidade ..... 114**
**3.3.2 Instrução e julgamento do incidente ..... 117**
3.3.2.1 A segunda face da cláusula de reserva de plenário ..... 121
**3.3.3 O acórdão que julga a (in)constitucionalidade ..... 121**
**4 A DECISÃO JUDICIAL NO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E SUA EFICÁCIA ..... 130**
4.1 INTRO ..... 130
4.2 A DECISÃO JUDICIAL E O PLANO DA EFICÁCIA ..... 131
4.3 A DECISÃO NO INCIDENTE E SUA EFICÁCIA ..... 136
**4.3.1 O conteúdo da tutela jurisdicional ..... 136**
**4.3.2 A eficácia do acórdão ..... 141**
4.3.2.1 Teoria da abstrativização do controle difuso ..... 143
**4.3.3 Extensão objetiva ..... 145**
**4.3.4 Extensão temporal e a modulação de efeitos ..... 146**
**4.3.5 A extensão subjetiva ..... 150**
4.3.5.1 A suspensão da execução da norma por órgão legislativo ..... 153
4.3.5.2 A decisão no incidente enquanto precedente: a eficácia vinculante e a eficácia transcendente ..... 161
*4.3.5.2.1 A eficácia vinculante e o grau de obrigatoriedade da decisão do incidente* ..... 166
*4.3.5.2.2 A doutrina do stare decisis e o efeito vinculante* ..... 170
*4.3.5.2.3 A eficácia transcendente: a ratio decidendi como limite à extensão objetiva da eficácia vinculante* ..... 173
**4.3.6 Autoridade da coisa julgada e seu regime jurídico ..... 176**
**5 CONCLUSÃO ..... 181**
**REFERÊNCIAS ..... 186**

# 1 INTRODUÇÃO

Em tempos de intensificação dos desafios democráticos na jurisdição, temas que cruzam a supremacia constitucional precisam entrar em pauta. Esta, apresenta-se carregada de valores, teoricamente pensada tal qual o simbólico príncipe idiota Míchkin, adaptável às novas realidades e, simbioticamente, incorruptível. A supremacia constitucional, por vezes órfã de cuidados, é cunhada na teoria da Constituição como um personagem salvífico que alumiaas sombras da realidade. A percepção de sua importância varia conforme o tanto que tem para oferecer ao momento constitucional e sua exaltação representa a possibilidade de existir o caminho para redenção.Põe a Constituição como verdadeira lei suprema, real e efetiva, capaz de sustentar a validez de todo ordenamento jurídico. [1] No entanto, seria ingênua e inofensiva se não fossem estabelecidas garantias jurídicas que ainstrumentalizasse. [2]

O processo constitucional é um dos meios disponibilizado para a defesa da supremacia constitucional, convolando o processo num instrumento jurisdicional de realização e de proteção da Constituição.[3] O processo constitucional subjetivo, em espécie, alberga a possibilidade de tutela da Constituição no curso de litígio cuja causa principal atende a interesses particulares dos indivíduos. Nessa espécie de processo, é possível que a questão constitucional seja apresentada como prejudicial ao mérito da demanda, consubstanciando uma oportunidade para que a supremacia da Constituição seja assinalada, confirmando a sua força normativa.

Em sede dos tribunais, essa questão prejudicial pode vir aser julgada por meio do incidente de arguição de inconstitucionalidade, que deve ser instaurado para que a questão constitucional seja devidamente levada para o plenário ou órgão especial da Corte, cumprindo a exigência do Constituinte (art. 97 da CRFB/88).

No Brasil, há diversos paradoxos metodológicos no processo em razão da recepção de culturas processuais distintas.Especificamente no processo constitucional,há institutos oriundos da tradição do *common law*, como a essência do controle difuso, os *writs* constitucionais, bem como institutos de origem da tradição romano-germânica, que vinculam

[1] "Las Constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen em el proceso político, en la vida social y económica del país, y que sustentan la validez a todo el orden jurídico". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1981, p. 33.

[2]Referência ao personagem central do livro "O idiota" do literata russo. DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **O idiota**. Trad. Paulo Bezerra. 5ª ed. São Paulo: Editora 34, 2020.

[3] BREWER-CARÍAS, Allan R. **La Justicia Constitucional como garantía de la Constitución**. 4ª ed. Caracas: Fundación de Derecho Publico Editorial Jurídica venezolana, 2016, p. 31.

a ação ao direito subjetivo.[4]Em verdade, todo o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é cunhadonesse paradoxo,sendo formado por diversos institutos importados de outros sistemas jurídicos que possuem tradição e modelos de controle distintos.

Mesmo que com passar dos anos tenham sido reduzidas asdiscrepâncias entre os dois modelos e as duas tradições, ainda há temas que nos põem numcenário conflituoso, como a eficácia da decisão.Diante da adoção de institutos do modelo de controle europeu, inclusive com incidência no controle difuso, que tem origem norte-americana, não há clareza sobre a eficácia da decisão produzida no incidente de arguição de inconstitucionalidade. No solo brasileiro, têm ganhado espaço institutos que materializam a abstrativização do controle difuso, aproximando-o do controle concentrado.Em paralelo, em que pese a nossa tradição *civil law*, o sistema de precedentes nos coloca em reaproximação com diversos institutos do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano.Embora esses institutos contribuam em alguma medida à compreensão da potência da decisão produzida no incidente, não há definição clara sobre a configuração de sua eficácia e efeitos correspondentes.

Em espécie, no que tange à extensão subjetiva da eficácia dessa decisão, o emaranhando de comandos que incidem sobre o acórdão que encerra o incidente, tais como a eficácia subjetiva da decisão que julga a questão, o instituto da suspensão da execução de lei por órgão legislativo, a eficácia vinculante da decisão enquanto precedente e a dimensão subjetiva da coisa julgada, exige que seja feito um estudo que acomode essa complexidade de maneira adequada.

Em busca de ofertar melhores respostas acerca da eficácia da decisão em sede do incidente de arguição de inconstitucionalidade, parte-se da hipótese de que as decisões no incidente e nas ações de controle concentrado possuem o mesmo conteúdo (preponderantemente declaratório), distinguindo-se apenas no plano da eficácia.

Nesse espeque, o objetivo principal deste trabalho é destrinchar como se dá a eficácia jurídica da decisão que julga o incidente.Por “eficácia jurídica” entende-se a aptidão para produzir efeitos ou sobre o conjunto de efeitos produzidos pela decisão. A eficácia jurídica da decisão não se confunde com eficácia que produz nas relações concretas. Este consubstancia um dado metajurídico, que interessa mais à sociologia jurídica que ao objeto de estudo deste trabalho.

---

[4]ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 39.

O resultado encontrado tem grande relevância para o sistema constitucional de defesa da Constituição e para os temas perpendiculares à estabilidade da decisão judicial, sendo objeto caro à dimensão do mundo prático do Direito.

Para atingir o objetivo a que se propõe, este estudo se estrutura em três capítulos. O primeiro apresenta as bases teóricas construídas pela autorizada doutrina sobre o controle difuso de constitucionalidade e o processo constitucional subjetivo. O segundo apresenta uma visão panorâmica acerca de alguns elementos processuais que caracterizam o incidente de arguição de inconstitucionalidade, bem como o seu processamento. O terceiro se dedica à consideração da eficácia da decisão judicial no incidente de arguição de inconstitucionalidade, consubstanciando o coração deste trabalho.

Diante do objeto de pesquisa indicado, faz-se necessária uma análise de teorias já construídas, especialmente porque seus elementos são eminentemente teóricos, razão pela qual a metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica e documental, haurindo recursos doutrinários que possibilitassem examinar o objeto proposto. A análise bibliográfica e documental é uma das vias possíveis para a construção de uma pesquisa cujo resultado se dará a partir da acomodação de teorias clássicas que têm passado por um processo de reformulação com a mudança da legislação, ora vigente. Também foi feita uma análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal para verificar como tem se posicionado sobre as questões em análise.

Para odesenrolarda pesquisa, foi adotado o método hipotético-dedutivo, formulando-se conjecturas possíveis a partir da bibliografia e documentação avaliadas, de modo que a conclusão encontrou seu suporte teórico nas premissas dispostas pela técnica de pesquisa adotada.

# 2 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBJETIVO

## 2.1 INTRO

Este capítulo apresenta as bases teóricas construídas pela autorizada doutrina sobre o controle difuso de constitucionalidade e o processo constitucional subjetivo. Por essa razão, o capítulo está dividido em duas partes.

A primeira, dispõe sobre as bases do controle difuso de constitucionalidade, começando pela demonstração de como se deu a influência do *judicial review* norte-americano no controle difuso de constitucionalidade e sua construção no Brasil. Em seguida, faz uma análise de como foi o processo de disposição da Constituição como parâmetro de validade, passando-se a examinar a acomodação da Constituição também como parâmetro de validade material, o que favoreceu uma mudança na função jurisdicional e, por conseguinte, no funcionalismo estatal. Demarcar a influência do *judicial review* e essa transformação da função jurisdicional, especialmente, é elementar para analisar a eficácia da decisão judicial.

A segunda parte dispõe as bases teóricas da jurisdição e processo constitucional e do processo constitucional subjetivo, enquanto espécie integrante do sistema constitucional. Afunila-se para apresentar a posição da questão constitucional no processo em que o controle de constitucionalidade é realizado de modo incidental, a partir do conceito de questão prejudicial elaborado por Barbosa Moreira, o que é de suma importância para compreender a posição do incidente de arguição de inconstitucionalidade perante o processo original, criando o *link* para o capítulo seguinte.

## 2.2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.2.1 A influência do judicial review norte-americano e o controle difuso no Brasil

O sistema de controle de constitucionalidade difuso é constituído sob a ideia de que os juízes têm o dever-poder de exarar um juízo acerca da constitucionalidade de norma. Diz-se "difuso" porque diversos juízos podem averiguar a constitucionalidade de disposição no curso de um processo de sua competência; fala-se em "dever-poder" porque seria uma defluência lógica da função jurisdicional. Trata-se de classificação (controle difuso) que utiliza como

critério o número de órgãos que têm competência para exercer controle de constitucionalidade, considerando o aspecto subjetivo ou orgânico.[5]

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil - e em muitos outros países, inclusive da Europa - foi formado sob forte influência do direito norte-americano. [6] De criação jurisprudencial, costuma-se identificar o caso *Marbury versus Madison* como paradigma, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803 sob a presidência de Marshall, havendo, no entanto, indícios de que em meados de 1780 a Corte já teria declarado um ato legislativo nulo por ser contrário à Constituição. [7] Em que pese não ter sido o caso que tornou o entendimento pacífico, sendo factível que o controle de constitucionalidade americano passou por fases de grandes tensões, [8] o referido precedente foi paradigmático para a construção do *judicial reviewoflegislation* e, por conseguinte, do controle difuso de constitucionalidade e do denominado constitucionalismo norte-americano. [9]

Há diversas depreensões acerca do julgamento do caso *Marburyvs Madison*, inclusive em consideração a entraves políticos que permearam seus deslindes,[10] fator sem grande relevância para o que se está a dissertar, que se atém aos fundamentos jurídicos apresentados na decisão. Nessas diversas depreensões há fundamentos jurídicos que se repetem, embora com justificantes cambiantes: a lei editada de maneira antagônica à Constituição deve ser rejeitada porque esta lhes é superior, consubstanciando a essência do dever da função jurisdicional deflagrar essa rejeição.[11] Essas bases teóricas assinaladas no caso *Marburyvs Madison* eram

---

[5] Comumente, o sistema de controle difuso é apresentado como antagônico ao sistema de controle concentrado, tendo como elemento distintivo o número de órgãos judiciais que possuem competência para realizar o controle. O controle concentrado é caracterizado pela existência de apenas um órgão competente para realização do controle de constitucionalidade.

[6] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1981,p. 126.

[7] MOORE, Blaine Free. **The Supreme Court and unconstitutional legislation**. New York: AMS Press, 1913, p. 13.

[8] Depois do caso Marbury vs. Madison, a Suprema Corte americana apenas voltou a declarar um ato inconstitucional em 1857. Na essência do controle de constitucionalidade, estava a excepcionalidade de sua realização. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 56.

[9] BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.36-37 e 46.

[10] Para aprofundamento, sugere-se a leitura: KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, N. 2, jul./dez. – 2003, pp. 255-275. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>. Acesso em 06 mai. 2021; MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, p. 37-44. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/172/ril_v43_n172_p37.pdf>. Acessoem 07 mai. 2021.

[11] Trechos da sentença: "So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the

perfeitamente adequadas ao *The FederalistPapers* e, por conseguinte, à Constituição americana de 1787.

Passou-se a considerar que a Constituição americana, ao enunciar em seu preâmbulo o destaque "*Wethepeople*", pretendia pôr a Constituição como norma suprema do Estado, disposta pelo povo sobre todas as funções estatais; a supremacia da Constituição estaria ancorada na soberania popular.[12]

É importante mencionar que nos Estados Unidos a concepção teórica de soberania popular não possuía a dimensão que tinha na França, aprimorada em 1789 com forte contributo de Sieyès.[13] Na América de 1787, buscava-se a concretização da independência iniciada em 1776 e o estabelecimento de uma nova forma de Estado, sendo o povo detentor do poder que poderia ser delegado para as funções estatais; na França de 1789,terra de Montesquieu e da defesa dos juízes como a *bouche de laloi,*[14]ansiava-se pela transformação das relações de poder, buscando a contenção do arbítrio do monarca peloparlamento fortalecido mediante a primazia da lei, tida como expressão racional da vontade popular. A fé no parlamento tinha um cunho ideológico liberal, não democrata. [15]

Após análise da precedência norte-americana na elaboração de uma Carta que dispunha direitos do homem (considerando o documento francês), Jellinek identifica a capacidade americana, embora recém independente, na edificação de um regime social e político próprio que representasse a conquista de direitos,vindo a servir de inspiração para o denominado Novo

---

constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature;' the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply" Disponívelem: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>Acessoem: 04 mai. 2021.

[12] Article VI: [...] This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding [...]". Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951>. Acesso em: 03 mai. 2021.

[13] A conhecida tese de Sieyès, que teoriza o Poder Constituinte como um fator metajurídico, anterior ao Direito, ganha força em 1789, tecendo a distinção entre Constituinte e poderes constituídos. Reformula a doutrina da soberania, que agora pertence à nação, que é "uncorps d'associévivantsous une loicommuneet représenté par lamême legislature". SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers-État?** Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 5. Disponível em: <http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2021.

[14] "Lesjuges de lanation ne sont que labouchequiprononceles paroles de laloi, desêtresinanimés, qui n'enpeuventmodérernila force nilarigueur". MONTESQUIEU. **De l'espritdeslois**. Paris: Flammarion, 2008.

[15] Paulo Bonavides observa que ambas as doutrinas – americana e francesa – de soberania popular seriam inspiradas pelas notas de Rousseau e seu contratualismo. No entanto, seriam doutrinas opostas, uma vez que a francesa admitia um sistema de democracia representativa, identificando a assembleia constituinte com o povo; a americana enxergava a Assembleia como um grupo de representantes, devendo o seu trabalho ser legitimado pelo povo, dotado de poderes ilimitados. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 154-157.

Mundo. [16] Nesse espeque, é plenamente possível que a construção da Constituição americana tivesse esse intento de potencializar a soberania popular engendrada à sua maneira.

Para José Acosta Sánchez, a afirmação da supremacia constitucional ambicionava mais proteger o Estado federal americano do que limitar o poder em auspício da soberania popular.[17] No século XVIII, o princípio federativo tomava novas formas, [18] instrumentalizando a separação vertical de competências entre unidades federativas, a fim de viabilizar a gestão em um país de território extenso, como os Estados Unidos. *The FederalistPapers*, pedra de toque do federalismo moderno, teve o condão de desenvolver o constitucionalismo norte-americano, pretendendo pôr fim ao comportamento tirano, mas ainda fortalecendo o poder central no intuito de manter a união política dos estados. [19] Nessa linha de raciocínio, para José Acosta Sánchez, a afirmação da supremacia constitucional, por meio da execução da Constituição contra as leis e decisões dos tribunais estaduais, federais ou do Supremo Tribunal de cada Estado, permitiria que a Corte Suprema, última instância, exercesse grande papel na manutenção do Estado federal. [20]O projeto de expansão do pensamento federalista também contava com a criação de cargos estratégicos no Judiciário.[21]

O senso de existência de normas que podem ser contrastantes, tendo como solução a consideração da superior, foi resquício da colonização pela Inglaterra. O *common*

---

[16] Jellinek observa esses cenários diferentes experenciados nos Estados Unidos e na França, demonstrando que a declaração de direitos representa essas nuances. Em que pese a reconhecida importância da declaração francesa de direitos do homem e do cidadão de 1789 para a história moderna, a exposição de rol de direitos do homem tem precedência cronológica em documento americano (declaração da Virgínia de 1776). Jellinek sustenta que o documento americano influenciou a declaração francesa, mencionando também que a estrutura política dos Estados Unidos se tornou um modelo inspirador para as demais nações do Novo Mundo.JELLINEK, George.**La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen. Contribution a l'Histoire du Droit ConstitutionnelMorderne**. Trad. Georges S Fardis. Paris: Albert Fontemoing, 1902, p. 46.

[17]É importante mencionar a conjuntura histórica desse processo. Depois da independência americana e da instituição da forma federativa, os Estados Unidos experenciaram grande disputa entre os partidos Republicano e Federalista. Em 1800, o presidente eleito, Thomas Jefferson, era do partido Republicano, tendo derrotado o candidato do partido Federalista, John Adams. Adams, que era candidato à reeleição, utilizou o resto de seu mandato para promover uma série de reformas que maximizava o poder do partido Federalista nos Estados, criando uma estrutura judicial para tanto.

[18] O pensamento federalista tem origem longeva. O *foedus*(aliança) era formado entre cidades por meio da celebração de uma espécie de tratado. Bonavides observa que essa "união federativa", familiar aos gregos, era constituída por meio de uma "aliança entre Estados cujas prerrogativas de soberania o pacto preservava". À evidência, o *fedéralismgrec* era mais semelhante ao que compreendemos por confederação. A concepção de federação, por sua vez, veio da experiência norte-americana. BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo das regiões. In: **Inf. Leg**. Brasília, ano 17, n. 65, jan/mar, 1980, p. 115-126.

[19]*Cf.* HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist.** Cambridge: HackettPublishingCompany, Inc., 2005.

[20] A Corte Suprema tinha competência para avaliar os casos de declaração de inconstitucionalidade de lei federal pelo Supremo Tribunal de qualquer Estado, os casos de aplicação de lei declarada inconstitucional pelos tribunais estaduais, bem como para anulação de lei estadual por tribunal federal, quando houvesse arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

[21] ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de laConstitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998, p. 103.

*law*experenciado no ordenamento inglês era construído de maneira hierárquica, defendendo-se a existência de princípios superiores. Os juízes, ao verberar as normas do direito comum, também examinavam a adequação de outras normas a ele. Em paralelo, o senso de contraste com a saída pela tese da hierarquia também advinha da relação de seus atos normativos enquanto colônia perante os da Coroa. Antes da independência, as colônias norte-americanas eram regidas por atos normativos da Coroa inglesa,[22] sendo permitido que elaborassem leis locais (*Charter Colonies*), desde que não contrariassem o disposto pelo Parlamento inglês. Acaso fossem contrárias ou arrazoadas, os juízes deveriam negar-lhes aplicação.[23]

Por essa razão, alguns autores afirmam que a origem da fiscalização dos atos legislativos pelo Judiciário está no direito inglês, que autorizava a revisão de atos que colidissem com o direito comum e que implementou um sistema de controle judicial dos atos legislativos nas colônias. [24]Apesar da importância de institutos ingleses para a formulação do *judicial review*, a Inglaterra até hoje não tem uma estrutura precisa de jurisdição constitucional.[25] Fato é que, com a independência norte-americana, o raciocínio inglês foi aplicado para permitir o controle de atos legislativos perante a Constituição.

Em que pese experenciar a primazia do parlamento, com grande influência de Locke,[26] na Inglaterranão existia um sentimento popular contrário ao Judiciário, que tinha um histórico

---

[22]O *common law* inglês era aplicado nos territórios submetidos à "nação civilizada", na medida em que as regras fossem apropriadas às condições de vida nas colônias. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 449-450.

[23] Alguns autores identificam que o mencionado modelo inglês teria origem na Espanha, que no século XIII tinha uma Corte (*Consistorio*) encarregada de controlar as leis do reino. Como a Inglaterra mantinha relações comerciais intensas com o Reino de Aragão, poderia ter importado essas ideias. FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Temas delordenamientoprocesal**. Madrid: Tecnos, 1969, p. 134.

[24]Nesse sentido, CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do contrôle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 48.

[25]Na raiz do desenvolvimento da jurisdição constitucional, o poder judicial geralmente aparecia investido em maior magnitude na Corte Suprema. Como na Inglaterra não existia clareza sobre qual seria essa Corte superior, defende-se que não possui uma jurisdição constitucional demarcada A *High Court*, a *Courtof Appeal*, a *HouseofLords* e o *Judicial CommitteeofthePrivyCouncil* tinham funções que por vezes não era possível distinguir com clareza se exercia função judicial. Eram subordinadas à legislatura, como defluência da supremacia do Parlamento, e seus poderes advinham da *common law*, não de uma Constituição. As Cortes têm dois grupos de funções, um destinado a administrar a justiça ordinária civil e criminal, ou outro destinado ao controle judicial das autoridades administrativas. O controle de autoridade administrativa é feito por meio de apelo dirigido à Corte judiciária, a despeito do poder legal, podendo ocorrer uma *injunction* ou declaração de ilegalidade. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: **Revista brasileira de estudos políticos,** n. 90, 2004, pp. 69-169.Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4>Acesso em 20 mai. 2021.

[26]Contextualize-se que John Locke sequer enxergava o Judiciário como ramo autônomo das funções estatais. Sua organização de poder era disposta de modo que o poder supremo seria o Legislativo, sendo os poderes Executivo e Federativo inferiores. Ao Legislativo, competia revelar e executar as leis imutáveis da natureza.A supremaciaparlamentar era um princípiobásico. "The legislature that unites the members of a commonwealth, combining them into one coherent living body. It is the soul that gives form, life, and unity to the commonwealth, bringing its various members into relationships of mutual influence, sympathy, and connection". LOCKE, John. **Second Treatise of government.**Disponívelem: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>.Acesso em: 17 mai. 2021.

papel na proteção das liberdades individuais.[27] Por essa razão, os pensamentos de *sir* Edward Coke chegaram a ter espaço na Inglaterra do século XVI – embora tenham sido substituídos pela supremacia do Parlamento com a revolução gloriosa de 1866,[28] ganhou força nas colônias americanas séculos mais tarde -. [29]É por isso também que países que utilizaram o ordenamento inglês como inspiração costumam dar alto prestígio aos juízes. Diferentemente do cenário francês, cujo povo desconfiava da magistratura por sua histórica conexão com a nobreza e conivência com o arbítrio do Executivo absolutista. Na França, a função judicante era exercida pelas altas Cortes, denominadas de *Parlaments*, estruturada por cargos hereditários que podiam ser comprados. O trabalho dos juízes tinha que ser remunerado pelos litigantes e tinham um perfil extremamente conservador, o que anos mais tarde serviu de inspiração à obra de Montesquieu e contribuiu para a revolução. [30]

A Constituição americana não previa expressamente a competência do Judiciário para deflagrar a inconformidade da lei perante a Constituição, tendo sido considerado um poder implícito. No cerne do nascimento do controle difuso estava também a afirmação de que o controle de constitucionalidade dos atos legislativos era uma questão judicial, sendo uma consequência do poder de interpretar as leis, expandindo o papel do Judiciário, em oposição à onipotência do parlamento experenciada na Europa continental. Por ser defluente do poder de interpretar as leis, seria exercida difusamente por diversos juízos, podendo ser levada até a

---

[27] Ao lado da potência que era o Parlamento inglês, grande parte do direito inglês é obra dos juízes. Estes, no entanto, não têm o poder de anular uma lei produzida pelo Parlamento. O direito judicial pode ser influenciado pelos *Acts* e é subordinado ao assentimento e controle do Parlamento.

[28] Albert VennDicey destaca que assinalar essa supremacia do parlamento significaria que ao parlamento cabe elaborar e revogar qualquer lei, não sendo dado a mais ninguém o fazer. Esse órgão seria responsável pela contenção do arbítrio da monarquia, estando submetido ao *common law*.(DICEY, Albert Venn. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 8ª ed. Londres: 1915. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021). Conforme será demonstrado no item 1.2, a crença exacerbada no parlamento experenciada por diversos países da Europa continental fez com que demorassem e a adotar o controle judicial de constitucionalidade.

[29] Em 1610, Edward Coke já defendia a noção de que caberia ao Judiciário afastar a aplicação de uma lei contrária à lei superior (*common law*), podendo a vontade do Parlamento ser submetida ao controle judicial. Em 1761, é possível visualizar esse raciocínio no conceito de Constituição implementado nos EUA. Essa teoria foi bem recepcionada nas Treze Colônias, mas perdeu força com ascensão do Parlamento experienciada após a Revolução Gloriosa. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da Justiça Constitucional. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXII, n. 4, 2004. Disponível em: <https://periodicos-des.cecom.ufmg.br>. Acesso em 04 mai. 2021). Alguns autores identificam que o caso Bonham julgado por Edward Coke seria o primeiro precedente de controle de constitucionalidade e a raiz do *judicial review*. Ao examinar o caso, Coke asseverou a importância dos direitos fundamentais, assinalou o status superior da *common law* e necessidade de que o poder seja exercido nos termos da lei superior, defendendo a supremacia do Parlamento, não soberania, e o papel do Judiciário na defesa dos direitos dos cidadãos. (MARTÍNEZ, Fernando Rey. Una relectura der Dr. Bonham's case y de laaportación de Sir Edward Coke a lacreación de la judicial review. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo ZaldivarLelo de Larrea (orgs.). **La cienciadelderechoprocesal constitucional**. Estudiosenhomenaje a Héctor Fix-Zamudio. Mexico: Marcial Pons, 2008).

[30] CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão da legitimidade da Justiça Constitucional. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 99, n. 366, p. 127- 150, mar./ abr. 2003, p. 140.

última instância, oportunidade em que, uma vez enfrentada pela Suprema Corte, a decisão deveria ser seguida por todos os demais órgãos judiciais.

O sistema de controle difuso desenvolvido nos Estados Unidos pressupunha a vigência do *staredecisis et non quieta movere*, tradicionalmente característico de países de tradição anglo-saxã, sistemas jurídicos que adotam o *common law*. O *staredecisis* é instrumento de coerência interna da função jurisdicional que impõe que a decisão de Corte superior é precedente que deve ser observado por todos os órgãos da mesma jurisdição (ver item 4.3.5.2.2).[31]

Em que pese a importância da Inglaterra nas raízes do *judicial review*, tanto na procedimentalização do controle quanto na concepção teórica da função do Judiciário, é importante mencionar que, conforme será melhor demonstrado no item 2.2.2, o *common law* norte-americano é construído de uma maneira diferente de sua colonizadora, seja pelo estilo, pela maneira como seus métodos foram estendidos para novas áreas jurídica e política, seja pelas marcas culturais que deixou ao longo de seu desenvolvimento.[32] A construção dessas diferenças se deu para potencializar a função judicante e também a fim de que a tradição do *common law* pudesse ser utilizada para interpretar uma Constituição escrita, já que a Inglaterra não possuía uma Constituição organizada, tão somente documentos esparsos, cujo marco mais significativo era a *Magna Carta Libertatum* de 1215.[33-34]Isso permitiu a formulação de um sistema de verificação de validade das normas diferente.

*The FederalistPapers*, assim como a Constituição que veio em seguida, também não dispôs expressamente a competência do Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade, tendo sido essa consideração defluente da interpretação de alguns de seus artigos, tais como aquele que enunciava que "o Judiciário, considerando a natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição; porque será

---

[31] "Stare decisis, the rule of precedent, is not a single doctrine but a cluster of doctrines, an aggregate of norms that govern, or are supposed to govern, the authority and persuasiveness of past judicial decisions for present disputed cases". JONES, Harry W. Our uncommon common law. In:**Tennessee Law Review**. Vol 42, Spring 1975, n. 3, p.443-463, p. 455.Disponível em: <https://law.hofstra.edu/currentstudents/academics/academicresources/readingassignmentsandsyllabi/2018-19/fall/firstyear/civilprocedure/sample/supplemental-readings.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2021.

[32] Com a independência, era necessário pensar num direito de transição, diante da existência de poucos textos escritos e da necessidade de adequar o direito à nova realidade local. Os Estados americanos colocaram em suas constituições ou estatutos estaduais que a lei comum da Inglaterra seria utilizada até ser alterada ou revogada por lei estadual. Os Estados que não dispuseram isso tiveram o mesmo raciocínio implementado por decisões judicias. A partir da revolução, os precedentes dos tribunais ingleses não eram autorizados como fontes do direito americano. As decisões inglesas seriam fonte na medida em que fossem adequadas às condições locais no estado americano em questão. Os tribunais estaduais americanos eram livres para construir os precedentes.

[33] JONES, op. cit., p.455.

[34] Destaque-se que, mesmo no constitucionalismo moderno, a Constituição inglesa era formada por um conjunto de documentos esparsos escritos, sendo um produto do *common law*.

menos capaz de incomodá-los ou feri-los". [35]Antes mesmo de favorecer a fixação de competência do Judiciário na realização do controle, *The FederalistPapers* teve grande papel no reconhecimento da função jurisdicional como terceira função estatal, [36] sendo inconteste que instrumentalizava a querela de contenção de abuso de poder tão presente no século XVIII.

Ateoria americana do *checksand balances*, sob a doutrina da liberdade, deixou mais nítida a separação orgânica entre as funções estatais, fazendo prevalecer um sentido de recíproco controle e equilíbrio funcional. Reconhecia que a função jurisdicional era adequada para fiscalizar todas as normas jurídicas do Estado, inclusive as administrativas, sendo as altas Cortes compostas por membros indicados pelo Presidente com aceite do Senado. Assim, defendia a existência de prerrogativas, a fim de que o Judiciário fosse fortalecido perante o Executivo e o Legislativo. A independência dos tribunais era demarcada como essencial para que o Judiciário pudesse exercer seu dever de declarar nulo todo ato contrário ao teor da Constituição, aduzindo que "sem isso, todas as reservas de direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada".[37-38]

A experiência americana foi de grande contributo para o processo de fortalecimento do Judiciário em diversos sistemas, dispondo o raciocínio de que o soberano é o povo, do qual emanam todos os poderes, harmônicos e limitados nos termos da Constituição. Os excessos violadores da Constituição poderiam ser aparados pelo Judiciário, detentor da competência para realizar o controle de constitucionalidade, sendo esse raciocínio a pedra basilar do Estado de Direito.[39]

O senso da necessidade e elaboração de uma Constituição escrita e rígida, por sua vez, foi resquício da influência do *civil law,* que ganhou muita força no século XVIII também nos

---

[35]Tradução livre do seguintetrecho: "The judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them".Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp> Acesso em: 03 mai. 2021.

[36]Nas primeiras doutrinas que pensavam a separação dos poderes estatais, o exercício da função jurisdicional não era separado da função administrativa. O poder de julgar não tinha uma estrutura autônoma. Embora não seja o pioneiro, Montesquieu foi responsável pela consagração da teoria da separação dos poderes no século XVIII, como forma de conter a arbitrariedade da monarquia absoluta, defendendo a separação orgânica entre os poderes do Estado, para que exercessem, de maneira independente e harmônica, as funções estatais precípuas, desconcentrando da mão de um só. A sua teoria, no entanto, não dava muita força à função jurisdicional, que, da maneira como foi idealizada, sequer contava com uma estrutura orgânica própria.

[37]Tradução livre para o trecho: "Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing*"*. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp>Acesso em: 03 mai. 2021.

[38] É importante mencionar o tanto que essa separação dos poderes era diferente da sugerida por Montesquieu, que ganhou muito espaço na França. No formato sugerido por Montesquieu, os juízes não deveriam ter poder político, tendo o dever de apenas aplicar a lei. Diante da supremacia da lei, a função judicante seria constituída em apartado da executiva e legislativa e, em certo sentido, nula, devendo assumir um papel subserviente aos outros poderes.

[39] FIX-ZAMUDIO, Héctor. **La garantia jurisdiccional de laConstitución Mexicana**. Ensayo de una estructuraciónprocesaldel amparo. México: UNAM, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IMDPC, 2015, p. 60.

Estados Unidos. Para ter proeminência frente às leis, era necessário reconhecer que a Constituição tem prerrogativas, tornando dificultosa, previsível e racional a sua forma de mudar. A Constituição norte-americana passou a ser a representante do arquétipo das constituições rígidas, do ponto de vista jurídico, [40] àquelas que só podem ser modificadas através de um procedimento especial, em contraponto às constituições flexíveis, que podem ser alteradas inclusive por leis ordinárias. [41] Esse cenário permitiu a defesa de que uma Constituição escrita tem como consequência natural a rigidez e a hierarquia.[42]

A influência do *judicial review* no controle de constitucionalidade brasileiro foi fortemente instrumentalizada por Rui Barbosa, jurista insigne na elaboração da primeira Constituição republicana brasileira e responsável pela importação de muitas teorias americanas, inclusive do federalismo moderno, em desagrado dos positivistas ortodoxos. Em famoso discurso de posse como Presidente do Instituto dos Advogados, reproduziu *The Federalist*, indicando que, como o Judiciário era o mais fraco dos três ramos do poder, seria o menos propenso a usurpar ou empreender contra as liberdades constitucionais, devendo o povo tomar as devidas cautelas para que os outros dois poderes não o suplantassem.[43]

A primeira Constituição brasileira a albergar o controle de constitucionalidade foi a de 1891, que regulamentava o cabimento de recurso extraordinário (art. 59, §1º).[44] Antes disso, em 1890 havia um decreto (n. 510, art. 58, §1º, b, em instrumentalização complementar do decreto n. 1 de 1889, denominado de Constituição provisória) que tornava possível que o Supremo Tribunal Federal realizasse controle, estabelecendo a competência da Corte "quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou leis".[45]

Na Constituição anterior (1824), o art. 15, VIII, estabelecia ser atribuição da Assembleia Geral, composta pela Câmara de Deputados e Senado, "fazer leis, interpretá-las,

---

[40]Saliente-se que, do ponto de vista sociológico, as Constituições costumeiras são mais rígidas, uma vez que exigem que suas normas possuam certo grau de eficácia para que sejam existentes.

[41] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 46-47.

[42] James Bryce é responsável por essa classificação. O autor indica que a Constituição americana era uma das mais difíceis de introduzir mudanças, não tendo como ser revisada, apenas reformada por emendas. BRYCE, James. **Constitucionesflexibles y constituciones rígidas**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

[43] BARBOSA, Rui. Discurso de posse de Rui Barbosa, como presidente, no Instituto dos Advogados, em 19 de novembro de 1914. **História da ordem dos Advogados do Brasil**. Vol 3. Brasília: OAB-ed., 2003, p. 219.

[44] O dispositivo previa a competência do Supremo para avaliar recurso, em última instância, contra sentença das justiças dos Estados quando questionada a validade ou aplicação de tratados e leis federais e quando se questionar a validade de lei ou de ato do governo dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão da Justiça do Estado considerasse a lei ou o ato válido. O dispositivo foi alterado pela EC 3 de 1926, suprimindo o parágrafo mencionado.

[45] Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625>Acesso em: 03 mai. 2021.

suspendê-las, e revogá-las", [46] dispositivo que indica a predisposição daquele ordenamento à defesa da supremacia do Parlamento, sob forte influência do sistema europeu.[47] O funcionalismo estatal sob a égide da Constituição de 1824 contava com o Poder Moderador, que impediria o Judiciário de exercer controle sobre o Legislativo.

Paralela à influência do modelo americano, o controle de constitucionalidade brasileiro recebeu influxos do modelo europeu - que juntos conformam os sistemas clássicos de controle - havendo uma espécie de hibridação no nosso sistema de controle e em seus institutos.[48]Na verdade, a partir da década de 30 no século XX, os sistemas de controle latino-americano como um todo passaram a ser influenciados pelo modelo europeu.[49]

Na finalidade de cada instituto é possível visualizar resquícios do pensamento tradicional de sua origem. O constitucionalismo americano tinha como característica a desconfiança no parlamento – certamente em razão de sua relação com o parlamento inglês e de seu processo de independência - e, por conseguinte, a busca por sua contenção, traço que foi espraiado para seu sistema de controle de constitucionalidade. O sistema de controle europeu tinha como raciocínio a contenção do juiz comum, em defesa do princípio da separação dos poderes à época construído sob grande influência do império da lei. [50]

No caso do Brasil, incrementando o sistema de controle difuso, para somar aos institutos norte-americanos importados, da experiência europeia veio o raciocínio para a criação da cláusula de reserva de plenário, em limitação ao controle de constitucionalidade exercido nos Tribunais, havendo algo semelhante a ela já na Constituição de 1934, que em seu

---

[46] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 04 mai. 2021.

[47] Destaque-se que a Constituição de 1824 era semirrígida, de modo que apenas algumas normas podiam ser alteradas por rito especial, outras podiam ser alteras por lei ordinária, ampliando, portanto, o poder do legislador ordinário.

[48] BELAUNDE, Domingo García. Dos cuestiones disputadas sobre elDerechoprocesal constitucional. In: **Revista Iberoamericana de DerechoProcesal Constitucion**al. México: Porrúa, 2007, p.121-156.

[49] ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los TribunalesConstitucionales de sudamérica a principiosdelsiglo XXI. In:**Ius et Praxis**, 2003, v. 9, n. 2, p. 59-131. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000200003>.Acesso em: 10 mai. 2021.

[50] Os sinais de jurisdição constitucional formalizadas na Europa só apareceram nos países que adotaram a forma federativa de Estado, a exemplo da Áustria em 1867. Apenas com a crise da legitimidade do Parlamento a lei perdeu o prestígio, cedendo lugar à Constituição. FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Lande Editora, 2004.

art. 179 estabelecia que, "Só por maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público".[51]

A mesma Carta previa a competência do Senado para suspender a execução de lei ou ato quando fosse declarada sua inconstitucionalidade pelo Judiciário (art. 91, IV), delegando ao Legislativo o poder de conferir eficácia geral às decisões judiciais. Com a emenda à Constituição de 1967 (EC n. 7/1977), introduziu-se a competência do órgão especial dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros, com atribuições semelhantes à de tribunal pleno, para reconhecer a inconstitucionalidade de lei.

O sistema de controle concentrado, por sua vez, foi introduzido no Brasil sob vigência da Constituição de 1946, por meio da EC n. 16/65. Nos anos seguintes, a influência do modelo de controle europeu foi cada vez mais crescente, tendo sido positivada a previsão de diversas ações destinadas ao controle concentrado-abstrato, atingindo o seu clímax na Constituição de 1988.

Na experiência brasileira, nunca houve dispositivo mencionando expressamente a adoção ao sistema controle difuso, mesmo na extensa Constituição da República Federativa de 1988. Atualmente, a autorização para que todos os juízes realizem controle de constitucionalidade encontra-se de maneira implícita no ordenamento, podendo ser extraída da interpretação de alguns dispositivos, como o art. 52, X, da CRFB/88, que prevê a competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.[52]

Em que pese o Brasil ter um sistema jurídico de matiz romano-germânico,[53] consequência do seu processo de colonização, há muitos elementos importados de sistemas*common law* no direito processual e na construção dos diálogos institucionais. Mencione-se que há um tempo o Brasil tem experenciado o desenvolvimento de um sistema de precedentes, com decisões que possuem eficácia vinculante e generalidade tal qual uma lei produto do Legislativo. A maximização do direito judicial tem sido uma crônica, recebendo

---

[51] A Constituição de 1934 também foi responsável pela introdução da primeira ação direta de controle, regulamentando o processo de intervenção em seu art. 12. Em 1946, a representação para fins de intervenção contra lei ou ato normativo estadual foi melhor elaborada. Em 1965 foi feita uma emenda à Constituição de 1946, em adoção da representação de inconstitucionalidade. A emenda 7, em 1977, à Constituição de 1967/1969 previa a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a representação do Procurador Geral da República, a fim de interpretar lei ou ato normativo federal ou estadual. A Constituição de 1988 foi pródiga na ênfase ao controle concentrado, ampliando a legitimidade de propositura e o número de ações.

[52] No que tange à regulamentação do controle difuso na Constituição Federal de 1988, mencione-se ainda os arts. 97, 102, III, a-d, e 105, II, a-b.

[53] Conforme será demonstrado no item 1.2.1, os países de tradição romano-germânica tenderam a adotar o sistema de controle abstrato. Com o passar dos anos, os sistemas também passaram por um processo de hibridação, em maior ou menor grau.

duras críticas. Tem sido cada vez mais objeto de estudo as diferenças na estrutura de sistemas jurídicos de famílias distintas que deflagram a dificuldade de importação e consecutiva adequação de alguns institutos.

Essa complexidade acompanhanosso sistema de controle de constitucionalidade, que é misto.Todos os órgãos judiciais possuem competência para a verificação da constitucionalidade de norma no curso de uma ação, mas o órgão de cúpula acumula a competência para julgar as ações de controle concentrado e para julgar a questão constitucional como prejudicial.

Fator surpreendente é a prognose de que, em que pese o controle difuso de constitucionalidade estar inserido no nosso sistema jurídico há tanto tempo, ainda é pouco realizado. Talvez por uma arraigada crença no mito de que a supremacia constitucional impõe uma cisão entre a legalidade e a constitucionalidade, o que pode ser avaliado a partir do processo de disposição da Constituição como parâmetro de validade, a fim de observar a nova relação desta com as normas infraconstitucionais; ou até pela reminiscência de um sentimento nos juízes de que a sua função é correlata à mera aplicação da lei, reflexo da base romano-germânica do nosso sistema jurídico que teve seu *boom* através do positivismo. Esses dois fatores serão analisadosnos dois itens que seguem (2.2.2 e 2.2.3).

### 2.2.2 A Constituição como parâmetro de validade

O Brasil passou a contar com um sistema de controle de constitucionalidade só no final do século XIX, momento em que a Constituição já tinha sua supremacia reconhecida no direito norte-americano há cerca de um século. Conforme demonstrado, o controle de constitucionalidade só é factível em sistemas jurídicos que reconhecem a supremacia da Constituição e a esta conferem a prerrogativa da rigidez. Sem isso, é possível que uma lei ordinária seja superior à Constituição no ordenamento, podendo alterar seu conteúdo.

A tese da supremacia da Constituição já chegou no Brasil numa fase mais madura. Mas é importante avaliar como se deu o processo de reconhecimento da supremacia e da disposição da Constituição como parâmetro de validade, a fim de melhor compreender como foi estabelecida a relação entre a Constituição e as normas jurídicas infraconstitucionais e, por conseguinte, o sistema de verificação de validade dos atos normativos infraconstitucionais, bem como compreender a relação legalidade-constitucionalidade.

A análise desses objetos perpassa um estudo do emaranhado de fatores que conformaram o Estado moderno e por isso as linhas que seguem exigem fôlego do leitor.

No século XVIII, houve uma mudança na concepção teórica daConstituição. [54]Passa a ser tida como ato do povo em limitação do governo, uma técnica jurídica em prol da liberdade contra o arbítrio. A Constituição é identificada como *locus* para a estruturação deontológica do poder, abrindo a perspectiva de que o Estado é moldado por ela, sendo seu fundamento. É a partir dessa concepção de Constituição que se torna possível que sejareconhecida sua supremacia, havendo alguns Estados que passam a identificá-la como lei fundamental, o que altera a relação desta com as demais leis da estrutura do ordenamento jurídico.

Dispor uma lei como fundamental significa assumir que se trata de lei básica para o ordenamento jurídico, de onde se extrai o fundamento do Estado e das outras leis, implicando também a necessidade de que seja observada, uma vez que, por ser fundamental, define como as demais devem ser.[55]

Por sua vez, embora tenha sido teoricamente melhor elaborada apenas no século XVIII, a ideia de *lexfundamentalis* já existia desde o século XVI, conectada à doutrina do direito natural, sendo disposta como lei de força superior às demais.[56] Nesse quadrante, vigorava uma concepção jusnaturalista do direito, estabelecida por meio da crença num direito

---

[54] Fala-se em "mudança na concepção teórica da Constituição" porque, neste trabalho, acredita-se que o constitucionalismo e a Constituição já existiam antesdo século XVIII. A Constituição é a normativa responsável pela limitação do poder, mesmo quando ele é estabelecido timidamente, sendo o constitucionalismo a ideologia que a impulsiona. Para aqueles que exigem um documento escrito à configuração de Constituição, esta só existe a partir do Estado moderno, como é o caso de Santi Romano (ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977). Em sentido diverso, em defesa da existência do constitucionalismo antigo, UadiLammêgoBulos descreveque tinha as seguintes características: a) Os direitos, prerrogativas e deveres não eram depositados em instrumentos constitucionais escritos; b) cada comunidade tinha costumes próprios, quase sem contato com outros grupos. Esses costumes derivavam da observância geral, formando-se por dois elementos, um material fático ou externo, que se revelava pela repetição (elemento objetivo) e outro psicológico ou interno, advindo da convicção generalizada de sua exigibilidade (elemento subjetivo); c) nos grupos sociais relativamente evoluídos, os anciãos submeteriam os membros da comunidade a certos preceitos de comportamento, que eram repetidos em intervalos mais ou menos regulares para que fossem memorizados, consubstanciando leis não escritas ao lado dos costumes; d) influência da religião; e) predomínio dos meios de constrangimento para assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade, necessários à manutenção da coesão do grupo; f) existência de precedentes judiciários. Os chefes ou anciãos firmaram a tendência de julgar litígios de acordo com as soluções dadas a conflitos semelhantes. BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

[55] A identificação da Constituição como lei fundamental é defesa que encontra conforto no século XIX. Ferdinand Lassale, em doutrina que intenta estabelecer qual a essência da Constituição, afirma que o que a diferencia de uma simples lei é o fato de que a Constituição é a lei fundamental da nação, fundamental porque é a lei básica e porque é o fundamento das outras leis. Enquanto fundamento traz implicitamente a noção de necessidade: a Constituição é a lei fundamental, apontando como algo deve ser. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stonner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 6-9.

[56] A concepção de lei fundamental vai unida, de um modo especial, à antiga ideia de contrato constitucional entre o rei e o país, especialmente na Inglaterra, onde a concepção medieval das relações contratuais entre *rex y regnum* tem permanecido muito viva à causa das inumeráveis confirmações dos direitos e liberdades pela coroa. Mediante a transmissão da doutrina calvinista das comunidades eclesiásticas ao Estado e da aplicação da doutrina bíblica da aliança entre Deus e seu povo, nasce entre os puritanos independentes a concepção de que a comunidade cristã, assim como o Estado, descansa sobre sua*convenant*, sobre seu contrato social que necessita ser levado a cabo com unanimidade por todos os membros da comunidade. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de Los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 458-459.

natural composto por normas superiores às elaboradas pelo Estado, preexistentes aos homens, razão pela qual o Estado não poderia alterá-las. Essas normas seriam embasadas em valores que não foram voluntariamente criados pelos homens, tidos como resultado do conhecimento da natureza humana. [57] Nesse momento, o fundamento desse conjunto de normas era a vontade de Deus.[58]

Nos países de tradição anglo-saxã, a ideia de lei fundamental era identificada pelo *common law*.[59] De origem inglesa, o *common law* representa um direito de matiz consuetudinária.[60] As sentenças dos tribunais reais (*CourtsofWestminster*), por meio do método indutivo, expunham o direito a partir do caso concreto, implementando-se por meio

[57]Observando os diversos tons do jusnaturalismo, é possível identificar a repetição de que o direito natural significa um conjunto de normas ou princípios, embasados em valores, que não foram voluntariamente criados pelos homens, tidos como um resultado do conhecimento da natureza humana e seus valores, e é tido como verdadeiro, objetivamente justo e, portanto, vinculante para todos, universalmente válido. GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ed. QuartierLatin do Brasil, 2005, p. 115 e 349-350.

[58] Mencione-se a doutrina de São Tomás de Aquino, para quem o direito positivo teria o papel apenas de particularizar o direito natural. A percepção desse direito viria da racionalidade dos seres concedida por Deus no ato de criação. A revelação dos mandamentos de Deus seria um mecanismo para fazer conhecer os preceitos da lei natural para os homens. VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. Trad. Ivone Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

[59] O *common law* surgiu na Inglaterra na Idade Média, em meados do século XI. É denominado de direito inglês, não sendo adequado falar em direito britânico, uma vez que abrange apenas alguns Estados da Grã-Bretanha (Inglaterra, País de Gales e em toda Commonwealth). Com o passar dos anos, passou a ser utilizado na Irlanda e em países colonizados pela Inglaterra. O *common law* surgiu no intento de unificar o direito e conferir segurança jurídica. Depois da conquista normanda (1066), a fim de centralizar o governo, seria necessário organizar a convivência dos costumes locais.

[60]O *common law*era construído a partir das sentenças dos tribunais reais (*CourtsofWestminster*), em oposição aos direitos locais, por meio de processos rígidos que eram orais, sendo cogente em todo o reino – por isso é denominado de direito comum. Esses tribunais eram subordinados diretamente ao rei. Do século XV ao XVI, desenvolveu-se o *Equity*, criado para corrigir o mau funcionamento ou as lacunas do *common law*. Funcionava como um recurso, um caminho para os casos cuja solução dada não fosse justa, permitindo um recurso direto para o rei, tido como a fonte de justiça. Diante do aumento do número de casos, o julgamento passou a ser feito por um Chanceler, funcionário da Coroa, estabelecendo um Tribunal de Chancelaria (*CourtsofChancery*). O julgamento consideraria regras de equidade (*rulesofequity*), preceitos morais, ao alvedrio dos princípios jurídicos. No século XIX, houve uma fusão procedimental dos sistemas. As *CourtsofChancery* foram extintas e a competência de aplicação do *Equity* passou a ser também dos tribunais comuns, assim como o *common law*. Os institutos se distinguem pelas matérias que abrigam. Isso, por conseguinte, não implica na existência de uma dualidade de jurisdição. Na Inglaterra só existe uma jurisdição, a ordinária, de modo que qualquer litígio deve ser resolvido por ela, independente do conteúdo ou das partes envolvidas. Inclusive o controle da Administração é feito pelos tribunais do direito comum. (CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. In: **Revista Inf. Legislativa**, Brasília, 25, n. 99, jul/set, 1988, p. 69-90. Visualizado em:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181860/000439755.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 mai. 2021). René David defende que seria possível identificar cinco períodos na história do direito inglês. Antes da conquista normanda de 1066; depois da conquista, de 1066 até a dinastia dos Tudors (1485), momento em que se formou o *common law*; o desenvolvimento de um sistema complementar, entre 1495 e 1832, fundado em regras de equidade; aperfeiçoamento de disposições normativas, focando na disciplina processual, de 1832 até agora. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002). Nos anos que seguiram a sua criação, o *common law* na Inglaterra intentava desenvolver ações processuais, em sentido contrário ao que acontecia na Europa continental que desenvolvia regras de direito material. O direito procedimental era mais importante que o substantivo. (SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado. O que é a "common law", em particular, a dos EUA. In: **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, Universidade de São Paulo, 92, 1997, p. 163-198. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/>. Acesso em 21 mai. 2021).

da doutrina do precedente, fazendo do direito um sistema aberto a ser composto pelo caso concreto. [61]

Para complementar o *common law*, direito feito pelo juiz (*judge-madelaw*), eram elaboradas leis escritas (*statutorylaw*), sendo este o direito criado pelo legislador.[62] As leis escritas compreendiam os tratados internacionais, a Constituição Federal, as constituições estaduais, as leis ordinárias federais e estaduais, os regulamentos administrativos. [63] Embora inexistisse um procedimento para verificar a validade formal, o *case law* era tido como fonte superior, existindo já uma ideia de hierarquia em que as leis contrárias ao *common law*, inclusive a Constituição, eram inválidas. Havia, portanto, o predomínio do *common law* perante as leis escritas. Garcia de Enterría observa que a técnica de predomínio era denominada de *controlofthe common law over statutes*, consubstanciando um princípio interpretativo pouco desenvolvido, uma vez que o *common law*, em essência, era um direito pouco legislado, [64-65]cenário que foi modificado com o advento do Estado moderno.

A experiência da Inglaterra, em razão de sua tradição, implicava que a lei fundamental (*Law oftheland*) era o *common law*. Não seria relevante a Constituição estabelecer organização entre poderes e implantar instituições políticas. A Constituição, de modelo historicista, formada por regras de origem jurisprudencial e legislativa, como não era escrita ou sistematizada, não impedia que o parlamento editasse as leis que bem entendesse.A supremacia do parlamento, experiência comum naquela altura na Europa continental, também impôs que não houvesse uma função dotada do poder de controlar os atos legislativos com maior proeminência, a fim de averiguar de maneira mais ordenada se as leis escritas estavam

---

[61] A doutrina do precedente, que é fonte primária do direito, é ordenada de modo que o *case law* é informado pelo *staredecisis et non quieta movere,* impondo que uma decisão vincula soluções futuras, determinando como se dará a atividade jurisdicional em casos similares (*precisely similar*), podendo ser afastado pela distinção ou pela demonstração da necessidade de superação. Essa a estrutura do direito judicial (*judge-madelaw*). Se inexistir precedente judicial, a Corte deve solucionar o caso à luz de princípios gerais, analogia, razoabilidade e interesse comum. As normas estabelecidas pelo legislador (*staturylaw*) só são invocadas de maneira subsidiária.

[62] No sistema jurídico em comento, o legislador poderia ser um órgão do Judiciário, do Legislativo ou do Executivo; seria aquele que cria o direito escrito.

[63]SOARES, op. cit.

[64]GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 123-124.

[65] É com base nessa construção que, no século XVII, foi possível que *sir* Edward Coke defendesse o controle de validade das leis, invalidandoas que estivessem em desconformidade com a lei fundamental (*common law*). O juiz defendeu que o *common law* regula e controla os atos do Parlamento e, em certas ocasiões, julga-os todos nulos e sem eficácia, uma vez que, quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comum, o *common law* fará seu controle e julgá-lo-á nulo e sem eficácia. Coke destaca a existência de um direito superior à lei do Parlamento e que estaria contido na própria historicidade, dado que uma lei pode até ter validade formal quando deriva do Parlamento, mas só adquire validade substancial quando é racional e o controle de seu conteúdo corresponde aos juízes do *common law.* MATTEUCCI, Nicola.**Organizacióndel poder y libertad. Históriadel constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998.

em conformidade com o *common law*, tornando factível a possibilidade de vivência da superioridade do direito ordinário.

Nos países de tradição romano-germânica, por sua vez, a ideia lei fundamental tinha forte conexão com o*iuscommune*, tido como conjunto de elementos que compõem uma ciência, orientando os juristas por meio de modelos, vocabulário e métodos, ao qual os *iurapropria*estavam subordinados. Inicialmente, essa tradição tinha um matiz consuetudinário. [66]

O *civil law* toma forma científica no renascimento, sob forte influência do direito romano e do direito canônico.Expressava-se por meio de uma ordem jurídica fundada na razão e erudição, a partir do estudo das compilações do Justiniano, que ofertavam a noção do direito enquanto sistema, sendo composto por normas costumeiras, normas escritas, decisões jurisprudenciais e pela doutrina.[67] O *civil law* é aplicado a partir do método dedutivo, tendo um intuito puramente persuasivo. Nos primórdios, foi organizado com uma forte cisão entre o direito público e o direito privado, recebendo este a atenção dos juristas.[68]

A partir do século XV, o *iuscommune* entra em decadência. O renascimento dá lugar ao humanismo, que depois cede lugar ao individualismo do Estado moderno. O mesmo século assiste ao absolutismo dos príncipes, desencadeando o aumento da atividade legislativa; esse processo denota uma progressiva absorção do direito pelo Estado que se convolou num monismo estatal, ao alvedrio do pluralismo da Idade Média.

O maior desenvolvimento do *civil law* se dá nos séculos XVII e XVIII com a Escola do direito natural que, para além de racionalizar também o direito público, demarca a passagem do jusnaturalismo transcendental para o racional, ofertando o caminho perfeito para a era do direito escrito e da (nova forma de) codificação, marcas identificadoras do *civil law*.Destaque-se que o século XVIII foi cenário de grandes transformações. Eis o século do movimento iluminista e das bases liberalistas de Locke que ganharam tanto espaço no Europa. O liberalismo é utilizado como arma contra o absolutismo estatal, impulsionando o reconhecimento de direitos civis e políticos que veiculam o valor da liberdade.

---

[66] Cada unidade do império romano possuía seu próprio sistema jurídico (*iurapropria*).

[67] A família romano-germânica toma forma científica com o renascimento, nos séculos XII-XIII, sob forte influência do direito romano e do direito canônico. O direito romano representado pelas compilações de Justiniano, que abrangem Código, Digesto, e diversos institutos. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.35-45.

[68]As universidades exerceram grande influência na construção do direito, fomentando classificações, conceitos e modos de argumentação, a partir do estudo da compilação do Justiniano. A escola dos glosadores e depois dos pós-glosadores têm grande influência na expansão do sistema romano-germânico pela Europa continental. Os pós-glosadores, especificamente, no século XIV desenvolvem uma nova forma de pensar o direito. O direito romano é expurgado e passa-se a desenvolver ramos novos.

Nesse quadrante, ganhou força uma concepção racionalista do jusnaturalismo que centralizava os valores humanistas e a crença no poder e na razão.[69] A natureza humana segue sendo a fonte do direito natural e de sua universalidade, mas o direito passa a ser um dado ditado pela razão, [70] ocorrendo um processo de laicização do Estado.[71] A racionalidade seria o caminho para definição dos valores superiores para o homem e, [72] por conseguinte, o direito positivo só possuiria validade se estivesse em conformidade com as normas de direito natural. É com base nesse jusnaturalismo que as teorias contratualistas são elaboradas, em justificação do surgimento do Estado moderno.

A lei seria um produto da razão e essacrença (ingênua) leva a uma concepção de que o direito equivale à lei, que submete todo o funcionalismo estatal. Esse seria, inclusive, um dos fatores que caracteriza o Estado de Direito, consubstanciando uma antítese ao absolutismo. A soberania, como dado fundamental da concepção de Estado moderno, tem como um de seus elementos a legalidade, requisito que exige a capacidade de ser soberano. [73] Demarcado pelo individualismo, pela pretensa fragmentação do exercício do poder e pela segurança jurídica, o Estado de Direito impõe que o governo é regulado e submetido às leis, tal qual os particulares,[74] sendo a legalidade um instrumento de previsibilidade do direito e de contenção do arbítrio estatal.

---

[69] Norberto Bobbio avalia que essa cultura de direitos naturais está marcada por alguns critérios: antítese entre a universalidade/particularidade, contrapondo o direito natura, que vale em toda parte, com o direito positivo, que vale em alguns lugares; antítese entre imutabilidade/mutabilidade, o direito natural é imutável, enquanto o direito positivo muda; antítese *natura-potestaspopulus*, referindo-se à fonte de direito; antítese *ratio-voluntas*, considerando o modo como o direito é conhecido, de modo que o direito natural é conhecido através da razão; o direito natural estabelece aquilo que é bom, enquanto o direito positivo estabelece aquilo que é útil. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 20-22.

[70] O racionalismo do Estado moderno é envaidecido pela crença de que a lei jurídica é uma proposição análoga às verdades matemáticas. A concentração da produção do direito no nível legislativo intenta realizar a ideia de que o direito pode ser certeiro, sem que a interpretação da lei torne o direito controverso, reduzindo o campo de atuação dos juízes. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[71] Em que pese a passagem da fundamentação do jusnaturalismo transcendental para o racional, é possível visualizar diversos resquícios da antiga disposição de Deus no topo da pirâmide. A Constituição americana, cria desse cenário, aindamenciona a vontade de Deus; a Constituição brasileira vigente, redigida no século XX, também menciona a vontade de Deus em seu preâmbulo.

[72] No jusnaturalismo racional há uma oposição clara às forças que explicavam o direito a partir da vontade revelada por Deus. Essa doutrina jusnaturalista pode ser identificada a partir de diversos nomes, como Locke e a defesa do individualismo, da propriedade privada, da sociedade civil como salvaguarda de uma vida pacífica; como Rousseau e seu contratualismo, pensando os direitos civis como extensão dos direitos naturais; como Hobbes, pensando o Estado soberano e a sociedade civil como prevenção ao extermínio de todos contra todos. BITTAR, Eduardo. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos. In: **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2010, p. 342-362.

[73] BITTAR, op. cit., p. 342-362.

[74]RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Clarendon Press, 1979, p. 211-212.

O Judiciário, de igual forma, também está atido à lei, de uma maneira que sua função se restringe a aplicá-la contenciosamente, sendo um braço apolítico do Estado.Ovídio Baptista observa que, nessa conjuntura, se a lei é o produto da razão, absorta da natureza humana racionalizada, o magistrado é servo da lei, que é a própria identidade do direito e sua fonte primária.[75] O juiz, a boca que pronuncia a lei, diz o direito para o caso concreto como gesto de aplicação do discurso genérico racionalizado pelo legislador, a partir de um processo lógico.[76]

É nessa conjuntura que o Direito é formulado como um sistema,passando a serpensado como ciência. [77] Nesse momento, a cientificação do Direito pretendia implementar um processo de "purificação" do particularismo até então experenciado, motivo pela qual a ciência do Direito é apresentada, embora não acriticamente, como um plano muito próximo do direito positivo.[78]

O Direito da família romano-germânica se perfaz numa estrutura de ramos e conceitos que compõe uma unidade. As fontes do direito nessa tradição são apresentadas por meio de uma escala hierárquica, diferindo do *common law* por ter uma tessitura racional e geométrica. A Constituição é escrita, posta no vértice e goza de prestígio especial.[79] Com variações particulares, esse esquema piramidal seria seguido pelos tratados, códigos e leis comuns, regulamentos e decretos e circulares administrativas. Alguns países inserem o costume também como fonte de direito.[80]

A regra do direito deixa de ser apenas uma regra para assegurar a solução de um caso e passa a ser uma regra de conduta, descrita de maneira abstrata e geral, em sendo essa generalidade um elemento permanente da norma jurídica.René David observa que esse perfil era contraditório com a origem da tradição romano-germânica que também era consuetudinária e, por isso, foi necessário modificar a própria forma de criar o direito para

---

[75] BAPTISTA DA SILVA, op. cit.

[76] "Essa antropologia iluminista parte de uma visão silogística: todo juiz ética e tecnicamente preparado decidirá da mesma maneira. Só haverá discrepância entre os juízes por erro e ignorância sobre a lei ou sobre o fato ou por desonestidade, má-fé". ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes?ADEODATO, João Maurício. In: **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008.

[77] "O jusracionalismo realizou o pressuposto para uma compatibilização da ciência jurídica com a nova filosofia europeia: a libertação da política do direito em relação ao direito romano". WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 309.

[78] Alguns anos depois, Hans Kelsen elabora melhor essa separação entre ciência do direito e direito positivo, advertindo que "as manifestações por meio das quais a Ciência Jurídica descreve o direito, não devem ser confundidas com as normas criadas pelas autoridades legislativas, dado que estas são prescritivas, enquanto aquelas são descritivas". A linguística seria o ponto de maior distanciamento entre os termos, que se encontravam em planos distintos de linguagem. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

[79]Destaque-se que nem todos os países dessa tradição adotam um procedimento específico de alteração e nessa hipótese, conforme já demonstrado, a Constituição possui autoridade de lei ordinária.

[80] DAVID, op. cit., p. 119-130.

que ele pudesse ser identificado com a lei.[81] O direito escrito é contraposto ao direito consuetudinário, alterando também a construção argumentativa do direito, indo da glosa judicial à glosa erudita.[82]

No final do século XVIII para o século XIX, as escolas positivistas, como a *École d'Exégèse*, ganham espaço como ciência da legislação positiva, conduzindo à concentração da produção jurídica na instância legislativa. O direito positivo passa a ser tido como superior ao direito natural, apresentando-se como o conjunto de leis que se funda na vontade declarada do legislador, vindo a ser conhecido através da declaração, leia-se a partir do texto legal escrito. [83] A atividade jurídica seria um serviço à lei de busca pela vontade do legislador. [84]Inaugura-se a era do codicismo fortalecida pela crença na completude do direito e na potência da razão humana na elaboração dos textos legais.[85]

Essas últimas linhas já ultrapassam o momento histórico do reconhecimento da supremacia constitucional pelo ordenamento norte-americano, mas seu conteúdo precisava ser mencionado em demonstração da potência dos elementos que o antecedeu.

Essa complexidade que demarca o Estado moderno levou a uma multiplicação de atos legislativos e, embora não de maneira uniforme, atingiu países de tradição *common law* e *civil*

---

[81] DAVID, op. cit., p. 114.

[82] Antes do século XIII, a Europa como um todo tinha um direito de caráter consuetudinário. Com o passar dos anos, a ideia de um direito consuetudinário passa a conflitar com o sistema romano-germânico, de modo que a glosa judiciária (direito judicial) dá lugar à glosa erudita (doutrina), o que também permitiu que as leis tivessem mais importância que os costumes. SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano.** São Paulo: Ed. Landy, 2001.

[83] Norberto Bobbio, após análise do pensamento jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII, elabora critérios de distinção entre direito natural e direito positivo. O primeiro critério seria a antítese universalidade/particularidade, de modo que o direito natural vale em toda parte e o positivo apenas em alguns lugares; o segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade, sendo o direito natural imutável no tempo; o terceiro seria referente à fonte do direito, fundado na antítese natura-potestaspopulus; o quarto seria referente ao modo pelo qual o direito é conhecido. O direito natural é conhecido através da razão, enquanto o direito positivo é conhecido a partir da declaração de vontade do legislador; o quinto critério diz respeito ao objeto, de modo que o direito natural dispõe comportamentos como bons ou maus em si mesmo, enquanto os comportamento regulados pelo direito positivo são indiferentes e assumem a qualificação disciplinada pelo direito positivo; o sexto critério se refere à valoração das ações, de modo que o direito estabelece o que é bom e o direito positivo estabelece o que é útil. BOBBIO, op. cit., p. 22-23.

[84] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p.33.

[85] É nesse quadrante que as compilações do Justiniano dão lugar ao Código Napoleônico de 1804, marco da era da codificação.

*law*. O Estado moderno, nas duas tradições, é marcado pela expansão do direito legislativo, passando a lei a adentrar em domínios que antes eram ignorados.[86]

Os atos legislativos dessas tradições diferem em diversos fatores, tais como a ideologia que os impulsiona e a estrutura das disposições. Mas o contexto em que estavam inseridos permitiu que levassem a uma consequência semelhante. A inflação legislativa de atos normativos com alto nível de abstração, paradoxalmente, leva a um cenário de incremento da função judicante.Afinal, a falta de elementos para aplicação de um direito elaborado absorto do caso concreto aumenta a zona de atividade criativa do juiz.

A construção até aqui feita, em demonstração da compreensão de lei fundamental nas duas tradições e mencionando, de maneira resumida, diversos elementos que compuseram o caminho até a solidificação do Estado moderno, intenta levar para a arrematante participação do direito norte-americano nesse cenário, que anos mais tarde tanto influenciou o Brasil.

Nos Estados Unidos independente, cujo direito foi precursor do sistema de controle de constitucionalidade e exerceu grande influência no Brasil (item 1.2), o *common law* foi adotado junto com o direito escrito, [87] fazendo conviver o *case law* e o *staturaylaw*exponencializado. Em que pese o intuito de construir uma nova história, a independência não impediu que as marcas do *common law* permanecessem.

Por isso defende-se que o direito norte-americano é um direito da família da *common law* misto, pertencendo a essa família, mas sintonizando com elementos do *civil law*. No direito norte-americano, o *case law* é também a fonte primordial do direito, mas ele pode ser modificado pela lei escrita. O *statutelaw* é muito mais vinculante que na Inglaterra. [88]É nesse

---

[86] No século XIX, esse processo atinge o seu auge. O século XIX foi marcado pelo constitucionalismo liberal, implementado no sentido de demarcar poder e conferir direitos e garantias. Foi marcado como a era das codificações e do pensamento positivista, identificado pela crença na completude e autossuficiência do direito como ciência, a partir de umjuízo de compatibilidade lógico entre as leis ordinárias e as normas constitucionais. Ao avaliar a codificação no contexto da consolidação do Estado moderno, Isaac Beltrán demonstra que há uma relação entre o surgimento do Estado moderno e a demanda pela codificação e que a demanda pela codificação se relaciona com o fortalecimento da economia de mercado. O autor conclui que a necessidade de codificação vem acompanhada do fortalecimento do aparato burocrático judicial, que deve satisfazer requisitos de funcionamento em prol de uma maior segurança jurídica que sirva de garantia para as transações. BELTRÁN, Isaac. La codificaciónenel contexto de laconsolidacióndel Estado moderno. In: **Revista de Derecho Privado**, n. 8, 2005, p. 17-27.

[87] Destaque-se que o território de New Orleans, que passou a ser Louisiana, sequer adotou o *common law*.

[88] Embora o *Statute Law* tenha um poder de criar o direito mais potente no sistema jurídico norte-americano que na Inglaterra, em razão da Constituição escrita e rígida que é parâmetro de validade para todas as normas escritas, o *Statute Law* se apresenta de maneira diferente do direito de tradição romano-germânico. O *Statute Law* é redigido através de *sections* (artigos) que, num único período, descreve a regra, a exceção, a interpretação particular, se existir. Um período contém diversas orações separadas por vírgula. No direito de tradição romano-germânica, o direito é escrito a partir de artigos que se dividem em incisos, alíneas, parágrafos. (SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado. O que é a "common law", em particular, a dos EUA. In: **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, Universidade de São Paulo, 92, p. 163-198, 1997, p. 186. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

contexto que a primazia da Constituição, uma lei escrita e rígida, é assinalada frente a qualquer outra norma escrita, colocando-a no ápice de numa organização jurídica piramidal, como na família *civil law*.É nesse espeque que o Estado moderno sedia a mudança de concepção teórica de Constituição. [89]

O reconhecimento da supremacia constitucional trouxe a inclusão de um sentido formal de Constituição, materializado pela elaboração de um documento escrito para instrumentalizar a rigidez procedimental.[90] A supremacia jurídica de uma Constituição só é possível se existir a prerrogativa da rigidez, estabelecendo-se um sistema especial e reforçado para alteração e, por conseguinte, se for estabelecido um sistema de controle de constitucionalidade da lei e dos atos de poder.[91-92]

O processo de evolução do direito apresentado, junto com o cenário de independência, possibilitou que a Constituição americana fosse escrita. [93] Essa Constituição, que sobrevive até hoje,é composta por dispositivos que dispõem princípios jurídicos (*clauses*), tais como a*supremacyclause*, que estabelece a superioridade da Constituição frente a todas as leis

[89]Nicola Matteucci, ao avaliar as experiências francesa, inglesa e americana, observa que, nesse período, a construção jurídica se destinava a controlar o Executivo, impedindo o poder arbitrário, a fim de garantir direitos aos cidadãos, demarcando o fundamento histórico da democracia representativa. O autor destaca que os debates constitucionais giravam em torno de três grandes princípios: equilíbrio de funções a partir do *checksand balances*, soberania das leis e separação dos poderes. MATTEUCCI, op. cit., p. 23-27.

[90]Uma Constituição escrita e rígida, marco do constitucionalismo moderno, foi também um passo decisivo para a positivação do direito natural, demarcando a passagem da postura medieva para a moderna. No campo filosófico, predominava uma visão jusnaturalista do direito. Na experiência norte-americana, havia uma preocupação em traçar uma linha demarcatória entre o indivíduo e o Estado. Os direitos dos indivíduos seriam oriundos da natureza e a Constituição de uma sociedade politicamente organizada se daria para garantir segurança e prosperidade, não para abdicar desses direitos inatos (JELLINEK, George. **La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen. Contribution a l'Histoire du Droit ConstitutionnelModerne**. Trad. Georges S Fardis. Paris: Albert Fontemoing, 1902, p. 63). A positivação desses direitos implicava na aposição de princípios naturais e de direitos inatos como direito constitucional positivo, oferecendo-lhes uma garantia efetiva da aplicação desses princípios e da tutela desses direitos: a garantia de que as leis que contrastassem com o direito constitucional não seriam aplicadas (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 51-56).

[91]A Constituição possui uma força jurídica interna que a torna diferente dos demais diplomas normativos. Essa força revela três aspectos notáveis no constitucionalismo moderno: a supremacia da Constituição, que estabelece que todo e qualquer ato se sujeita à hegemonia do Poder Constituinte originário; o princípio da efetividade plena das normas constitucionais, indicando que os preceitos constitucionais existem para condicionar a realidade concreta de seu tempo, ainda que dependam de providência normativa ulterior; e a função promocional das Constituições modernas, indicando que as Constituições promovem mecanismos de controle de constitucionalidade e a direção social, política, econômica e cultural do Estado. BULOS, op. cit., p. 75-76.

[92]Esse é o sentido da supralegalidade que, nas palavras de Ivo Dantas, consubstancia "obrigação inarredável de que todas as normas e atos do sistema devem estar, onticamente, de acordo com os ditames-preceitos inseridos na Constituição", uma vez que, na prática, nem sempre isso aconteceria de maneira espontânea, sendo necessário estabelecer órgãos e procedimentos que garantam a adequação da lei à Constituição.DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo. Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p.251

[93]Com a independência, as ex-colônias formaram uma confederação. Cada federação tinha uma estrutura muito autônoma, inclusive com moeda própria, criando um sistema muito frágil. Para sanar esse problema, foi feita uma convenção constitucional que culminou na elaboração da Constituição dos Estados Unidos.

escritas e da legislação federal frente às constituições e legislações dos Estados (art. VI). [94]O direito escrito é disposto numa escala hierárquica em que a Constituição está no topo, seguida dos tratados internacionais e dos *ExecutiveAgreements*, dos atos normativos federais (*Federal Statutes*) e dos atos normativos estaduais (*StateStatutes*), que abrangem inclusive as constituições estaduais.[95] Essa ordenação, com a primazia da Constituição inclusive, é inteiramente desconhecida pelo *common law* inglês.[96]

É discutível se nessa conjuntura, para além de lei suprema, a Constituição seria também a lei fundamental norte-americana, usurpando o papel do *common law*. Essa questão pode ficar sem resposta aqui porque, na tessitura apresentada, a supremacia da Constituição pode conviver com outro instrumento disposto como lei fundamental. A cláusula impõe a vinculação de todas as funções estataisà Constituição, inclusive do parlamento, poder constituído, submisso a ela, em sentido diverso do que ocorre no *common law* inglês, em que só há vinculabilidade ao direito comum. Mesmo que o *common law* siga sendo a lei fundamental norte-americana, a concepção de Constituição que foi construída dispõe que todas as funções estatais e a validade das leis escritas devem tê-la como parâmetro, já que é suprema frente a todo ordenamento, podendo apenas ser controlada perante o *common law*.

A autoridade de suprema converte a Constituição em parâmetro de validade de todo o ordenamento. Para que um ato normativo seja estabilizado no ordenamento, para além de existir, ele precisa ser válido.[97] Dispor a Constituição como suprema impõe considerá-la ao avaliar a validade de qualquer ato jurídico, de modo que "não basta que uma regra jurídica se

---

[94]SOARES, op. cit.

[95] SOARES, op. cit., p. 189.

[96]O formato americano introduziu uma nova forma de pensar o direito judicial e o *common law*. Uma vertente contemporânea do *common lawconstitutionalism* introduz a concepção de que o direito comum é aquele aceito pelo povo como base de sua governança, abrangendo, portanto, as leis feitas pelo Parlamento, a alteração ou interpretação dada a elas pelos juízes, juntamente com as prerrogativas do representante do Executivo e os costumes que se tornam regras quanto ao uso do poder. Todos esses fatores fariam parte do *common law*, sendo a governança sua fonte de autoridade. KELLY, Margaret R.L.L. Common Law Constitutionalism – a different view. In: Australian Society of Legal Philosophy Conference. Auckland: Macquarie University, 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1147423>. Acesso em: 03 set. 2021.

[97]A estabilização de um ato normativo exige existência, validade e eficácia. Não foi feita menção à "vigência" porque é a faceta temporal da validade. É importante mencionar que o ato normativo, enquanto espécie de ato jurídico, pode ser avaliado a partir dos planos da existência, validade e eficácia. Neste trabalho, não é adotado o conceito de validade proposto por Hans Kelsen, para quem a validade se confunde com a existência. Em sua teoria pura, o autor sugere que a validade de uma norma está na sua existência específica que é demarcada pela previsão de uma sanção. A sanção é um dos elementos estruturais da norma, sendo a coerção parte da estrutura da norma. Uma norma inválida é, portanto, também inexistente (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1999). "A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas ex nunc; não tinha força retroativa". KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

estruture, pois é indispensável que ela satisfaça a requisitos de validade, para que seja obrigatória".[98]

2.2.2.1 O esquema deverificação de validadee a norma fundamental de conteúdo neutro

O termo "validade" possui um sentido polissêmico, que muda de acordo com as concepções deDireito adotada no sistema jurídico correspondente. A concepção de validade tem estrita conexão com o próprio conceito de Direito, uma vez que este se perfaz como uma organização complexa que precisa ser disposto numa unidade sistêmica. Tal qual observa Bobbio, essa organização complexa é produto de um ordenamento jurídico. Por ser composto por diversas normas jurídicas, a ordenação exige elos que confiram unidade, coerência e completude.[99]E é para manter essa ordenação que se verifica a validade das normas em sentido dinâmico, em consideração à sua inserção no ordenamento. [100]

A validade pode ser conceituada a partir de uma perspectiva sociológica, ética ou jurídica. Como é o conceito jurídico de validade que interessa a este trabalho, passa-se então observar o objeto nessa perspectiva. O estudo utiliza como marco a doutrina de Robert Alexy, por ser autor cuja contemporaneidade da obra o permite olhar para traz com a sobriedade de quem sugere algo novo porque julgou o pretérito insatisfatório.

O conceito jurídico de validade tem por objeto a validade jurídica, que em sua constituição considera elementos dos outros conceitos de validade, tais como o sociológico e o ético, não sendo um dado puro.

Nesse sentido, o conceito jurídico de validade varia de sistema para sistema, podendo ofertar uma concepção positivista ou não, a depender do grau de influência desses outros conceitos. A relação entre os elementos dar-se-á como um pêndulo: quando o conceito jurídico de validade pressupõe apenas o elemento de validade social, que corresponde à eficácia social, partindo da ideia de que uma norma só é socialmente válida quando é observada ou quando sua não observância é punida, como resultado tem-se um conceito positivista de validade jurídica.Se, por sua vez, o conceito jurídico de validade abrange elementos de validade moral, que corresponde à correção material, de modo que uma norma

[98] REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.
[99] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 22.
[100] É importante mencionar que Kelsen avalia a teoria do direito a partir de duas perspectivas. A nomostática, considerando os problemas relativos à norma jurídica, e a nomodinâmica, considerando os problemas relativos ao ordenamento jurídico. Ao avaliar o fundamento de validade de uma ordem normativa, Kelsen dispõe a avaliação da teoria do direito a partir da dinâmica jurídica.

moralmente válida é uma norma moralmente justificada, tem-se um conceito não positivista de validade jurídica.[101]

Essa conjuntura não impede que seja ofertadoum conceito de validade jurídica em sentido estrito,desconsiderando seu ponto de encontro com as concepções de validade social (eficácia social) e validade ética (correção material). Em sentido estrito, consubstancia a qualidade de norma promulgada por órgão competente segundo a forma prevista e que não infringe direito superior, perspectiva que corresponde a uma abordagem dogmática do problema.Diz-se dogmática porque pretende definir quando e como uma norma é válida, não propriamente o que consubstancia validade.

Em suma, a norma que tem validade jurídica em sentido estrito é aquela que foi estabelecida conforme o ordenamento. Nessa tessitura, o conceito de validade jurídica enfrenta um problema interno (já que estão de fora os problemas externos da eficácia social e de validade ética), diante do fato de que a definição de validade jurídica vem do próprio sistema, devendo ele indicar o órgão competente para elaborar e a forma adequada.Essa problemática nos levaà tese da norma fundamental.[102]

Há, portanto, uma circularidade na definição de validade jurídica a partir de uma disposição relacional. Ao considerar as normas que dizem como uma norma deve ser elaborada, é preciso pressupor que essas meta-normas são superiores e válidas. A concepção da norma fundamental é o meio para desfazer essa circularidade no conceito estrito de validade jurídica e conceder unidade ao ordenamento, sendo o ápice da escala.

Diante mão, é necessário mencionar o óbvio: a concepção teórica de validade que foi desenvolvida no Brasil tem forte influência do positivismo jurídico.[103] Isso desemboca no fato de que nossa percepção sobre o conceito de validade jurídica tem como zona limítrofe a conexão com o conceito de eficácia social, de modo que a legitimação da norma se dá a partir de sua observância ou da punição de sua inobservância, distanciando da correção material. [104]

---

[101]ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito.** Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009,p. 104-105.

[102] ALEXY, op. cit., p. 105.

[103] Para maior aprofundamento sobre a experiência do positivismo no Brasil: VAREJÃO, Marcela. A ordem pública brasileira: entre positivismos e liberalismos, atualidade da Escola do Recife e de Sílvio Romero. In: **Prima Facie**, v. 3, n. 5, p. 173–193, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4496/3386>. Acesso em: 06 jun. 2021.

[104] Considerando um conflito entre validade jurídica e social, tem-se que um sistema normativo desenvolvido só é juridicamente válido quando as normas que o integram são socialmente válidas, eficazes, em termos globais. A invalidade jurídica de uma norma não invalida o sistema, o sistema deixa de ser válido quando as normas integrantes deixam de ser observadas ou a não observância deixa de ser punida em termos globais. A norma individual, por sua vez, não depende da eficácia social global para ter validade jurídica.A validade jurídica de um sistema depende mais da validade social que da moral, uma vez que um sistema jurídico que não seja socialmente eficaz em termos globais entra em colapso. Mas se um sistema não seja moralmente justificado em

A nossa concepção ocidental da validade jurídica só veio se aproximar da validade ética no pós-Segunda Guerra e, falando da experiência brasileira, está longe da maturidade.

A norma fundamental, enquanto fundamento de validade jurídica de todo o sistema, já foi elaborada, pelo menos, de três formas na doutrina. Como norma fundamental analítica, por Kelsen, como normativa, por Kant, e como empírica, por Hart. [105]No nosso ordenamento jurídico, e em muitos outros, a construção de norma fundamental tem forte influência da doutrina de Kelsen e, por isso, passa-se a analisá-la, embora o conceito de validade construído pelo autor, frente aos planos da existência e eficácia, seja diferente do adotado neste trabalho.[106]

Para Hans Kelsen, o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma tida como superior.[107] A norma fundamental (*Grundnorm*) é a que fundamenta a validade de todas as normas de um sistema jurídico, a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes à mesma ordem normativa, inclusive da Constituição. As leis encontram sua validade na Constituição; a Constituição encontra sua validade jurídica no fato de ser efetivamente estabelecida e socialmente eficaz em termos globais, vinculando-se a essa resposta a ideia de que o ponto extremo foi atingido. É com base nesse raciocínio que se defende que os comportamentos devem estar em conformidade com a Constituição.

A Constituição é a norma que determina como devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade; a norma fundamental é norma pressuposta que surge quando o costume ou o ato constituinte são interpretados como fatos produtores de normas. Quando se trata de Constituição oriunda de ato constituinte, o indivíduo ou a assembleia que a institui é tida como autoridade legislativa. A norma fundamental seria a instauração do fato fundamental de criação jurídica, [108] podendo ser definida como Constituição no sentido lógico-jurídico, ao lado da Constituição em sentido jurídico-positivo.[109]Dessa forma, a norma fundamental vem como premissa suplementar, para criar a

---

termos globais ele pode seguir existindo, entrado em colapso apenas quando a extrema injustiça fizer a validade jurídica de muitas normas ser questionada, em quantidade suficiente para a reserva mínima de normas necessária inexistir. ALEXY, op. cit., p. 105, 109-110.

[105]ALEXY, op. cit., p. 114.

[106] Considerar nota de rodapé 97.

[107] O que torna uma norma fundamento de validade da outra é o fato de uma autoridade competente tê-la estabelecido. Essa competência é o poder de fixar normas. A norma que estabelece esse poder vincula a autoridade dotada de poder legislativo e os indivíduos. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 136.

[108] Para Kelsen, a necessidade dessa norma fundamental pode ser visualizada no fato de que, para que os integrantes de um sistema jurídico aceitem a Constituição e a pratiquem, pressupõe-se que eles interpretem determinados fatos como fatos que criam a Constituição – uma assembleia constituinte votou a Constituição e ela foi aceita e é praticada -.

[109] KELSEN, op. cit., p. 139.

conexão entre a eficácia social da Constituição, em termos globais, e o dever de conformidade a ela.[110] Tem, portanto, o condão de transformar algo estabelecido e eficaz em algo juridicamente válido.

Como fundamenta a validade de todo o direito positivo, não pode ser norma positiva. Alexy observa que, na doutrina de Kelsen, a norma fundamental é determinada por quatro características: (i) é necessariamente pressuposta, consubstanciando um pressuposto lógico-transcendental; (ii) a norma fundamental, enquanto necessariamente pressuposta, impõe que, acaso se pretenda interpretar o direito como ordenamento de dever, essa interpretação deve ser apenas uma interpretação possível. Isso quer dizer que a norma fundamental é um pressuposto meramente hipotético, mas que, uma vez aceito, impõe a transformação do ordenamento da categoria do "ser" para a do "dever"; (iii) a norma fundamental deve ser uma norma pensada; (iv) a norma fundamental não é suscetível à fundamentação, não sendo possível questionar seu fundamento de validade. Se tivesse que ser fundamentada, seria necessária outra norma máxima. [111]

Essa quarta característica traz fator de absoluta relevância: o conteúdo dessa norma fundamental é neutro, para evitar que se insira num caleidoscópio de justificantes metafísicos. Acaso fosse suscetível de fundamentação, outra norma teria que ser pressuposta, deslocando o ápice da escala normativa para si e, por conseguinte, alterando a logística do esquema de validade.Afirmar que essa norma fundamental tem conteúdo neutro, significa indicar que não é relevante pensar se o direito é justo ou injusto,[112] não tendo como pressuposto um valor transcendente. [113] Em suma, uma norma fundamental com essa configuração se limita a instituir um fato produtor de normas, de atribuição de poder à autoridade legisladora ou uma regra que indica como as normas devem ser criadas.

Nesse sentido, de acordo com a doutrina apresentada, que tem grande força nos países de tradição romano-germânica, o conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente de sua norma fundamental. E, em prova da afirmação que iniciou este item, no

---

[110] ALEXY, op. cit., p. 114-117.
[111] ALEXY, op. cit., p. 129-138.
[112] "Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta". KELSEN, op. cit., p. 139.
[113] Isso se dá porque o princípio que opera o fundamento de validade das normas é o princípio dinâmico. Para Kelsen, um sistema regido por um princípio estático, em consideração ao fundamento e teor de validade, só é possível quando o conteúdo da norma fundamental for imediatamente evidente, como nos sistemas morais. Num sistema jurídico, uma norma é fundada na razão e no conhecer, sendo o seu estabelecimento um ato de vontade. Para que uma norma tivesse seu conteúdo imediatamente evidente, seria necessário defender que essa norma é posta pela vontade de Deus ou de outro agente supra-humano, o que não é dado num sistema positivo fundado na razão. Assim, a norma fundamental não pode fornecer o conteúdo de validade. KELSEN, *ibid*., p. 137.

sentido de que a concepção de validade tem estrita conexão com o próprio conceito de Direito, um conceito de norma fundamental materialmente neutro coloca o Direito longe da valoração, para focar nos fenômenos que intenta descrever.[114]A norma pode até ser injusta, mas não perderá seu caráter jurídico por isso. Logo, não é possível recusar a validade de uma norma em razão de seu conteúdo.

Esse fato é alvo de duras críticas pela doutrina, especialmente na segunda metade do século XX. Para Gustav Radbruch, essa concepção de lei e de validade deixou o povo e os juristas sem defesa contra as leis mais arbitrárias, cruéis e criminosas, fazendo o Direito equivalente à coação por meio da força. Para o autor, quando uma lei nega direitos naturais da pessoa humana, essa lei carece de validade, de modo que o povo não lhes deve obediência e os juristas devem lhes recusar o caráter jurídico. Os fundamentos do Direito transcendem qualquer preceito jurídico positivo, havendo, inclusive, preceitos que são mais fortes que qualquer preceito positivo.[115]

É nessa tessitura que o século XX sedia a revalorização do direito (ver item 2.2.3). Mas, antes de adentrar nesse momento de absoluta relevância para a função jurisdicional, é necessário deixar claro que a relação legalidade-constitucionalidade é um dado cambiante.A disposição da Constituição como fundamento último de validade de todo o ordenamento operou uma transformação na relaçãoentre as normas legais e a Constituição. Quando, noutro momento, a concepção de validade mudou, essa relação foi novamente alterada. A configuração da relação legalidade-constitucionalidade precisa ser estudada porque ela altera os contornos e limites da atuação da função jurisdicional.

### 2.2.2.2 A crise do Estado de Direito e areconfiguração da relação legalidade-constitucionalidade

[114] Norbert Hoerster indica que a tese da neutralidade é aceita por todos os autores positivistas. Ela seria o centro do positivismo jurídico, indicando que o conceito de direito desmerece o conteúdo, possibilitando que uma mesma sociedade, que convive com diversas instâncias normativas – religiosa, moral, social -, seja regida pelo direito, independentemente de sua vontade. O conceito de direito deve ser estabelecido sem indicar seu conteúdo porque isso faria com que cada sociedade considerasse apenas o seu direito como verdadeiro. HOERSTER, Norbert. **En defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000, p.10-16 e 20.

[115]"Quem, contrariamente ao sentimento da diferença entre direito e força, acredita poder justificar as normas sem considerar seu elemento de persuasão, e que acredita (justamente com Jhering) poder caracterizar o direito como a "política da força", reconhece automaticamente, com essa denominação, aquilo que quisera refutar; pois no que mais consistiria essa "política", a não ser no fato de a força, sabiamente, colocar-se a si mesma os limites dentro dos quais possa ser reconhecida como justificada?". (RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 10). Radbruch defende a retomada de valores que transcendam ao Estado, a partir da universalidade dos direitos humanos. O autor sugere a reconstrução de um direito natural racional de cunho normativo, defendendo que a justiça deve ser o valor central do Direito.

Já foi mencionado que, no Estado moderno, a legalidade passou a estar imbricada à concepção de soberania, submetendo o funcionalismo estatalà lei e, por conseguinte, potencializando o seu produtor – o Legislativo.O mesmo período assistiu à identificação do direito com a lei, engendrando a multiplicação dos atos legislativos, inclusive naqueles países ancorados na tradição *common law*.

Em paralelo, a concepção de constitucionalidade que ganha força também no Estado modernopermite a verificação da validade do produto legislativo pela função jurisdicional, submetendo o legislador à Constituição. A construção do direito legislado é remediada pela defesa de que a Constituição é superior e obrigatória inclusive para o legislador, condicionando toda a produção do Direito.

Nessa perspectiva, a legalidade é apresentada num sentido dicotômico com a constitucionalidade.[116]Pode, inclusive, ser oposta como matéria de defesa contra o juízo de constitucionalidade, apresentando-se como uma limitaçãoà atividade jurisdicional.[117] A matéria disposta na leié objeto de uma decisão política do legislador, sede de sua discricionariedade, uma vez que a Constituição (em sentido lógico-jurídico) se apresenta como limite substancialmente neutro. A relação entre a Constituição e a lei se dá num modelo legalista ou democrático, em que a lei é tida como expressão de direitos políticos democráticos possuindo uma razão autônoma e um âmbito próprio no qual o juízo de constitucionalidade não pode incidir. [118]

Uma concepção avaloralivada norma jurídica,[119] como a estabelecida pelo positivismo normativista de Kelsen, em que a regra de reconhecimento traz exigências de validade apenas formal, acaba cedendo espaço para o autoritarismo.[120-121]O excesso de atos legislativos,

---

[116] Ao avaliar o constitucionalismo francês, LenioStreck identifica no juízo de cassação a sede do controle de constitucionalidade. O controle era exercido pela Corte de Cassação, órgão supremo do Judiciário que controlava os erros de direito cometidos pelos juízes hierarquicamente inferiores. A Corte de cassação funcionava como reguladora da interpretação jurisprudencial, realizando o controle de legalidade. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 57-58.

[117] THAYER, James Bradley. The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. In: **Harvard Law Review,** Oct. 25, 1893, Vol. 7, No. 3 (Oct. 25, 1893), pp. 129-156. Disponívelem: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1322284.pdf?refreqid=excelsior%3A18382ba7c89f4cd3349db62afb04802f>. Acesso em: 10 mai. 2021.

[118]ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. Tradução de Eduardo Ribeiro Moreira. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, vol.9, jan/mar 2009, p.71-95.

[119] Destaque-se que o autor parte de uma cisão entre norma jurídica e proposição normativa. A proposição normativa permite um olhar científico que, por sua vez, admite que o Direito detém conteúdo axiológico e valorativo. A norma jurídica restringe o campo do intérprete ao Direito, como ciência pura.

[120]BOBBIO, op. cit., p. 135.

[121] Hans Kelsen, por sua vez, atrela a potência desse autoritarismo ao fato de que, na experiência austríaca, a Corte Constitucional deixou de ter seus membros eleitos pelo Parlamento, passando a serem indicados pelo Executivo. Isso implicou numa nova formatação da Corte, cujos membros eram quase todos correligionários do Executivo. Esse fator seria o início da evolução política para o fascismo. KELSEN, Hans. O controle judicial da

especialmente num cenário como esse, gera a sensação de anomia ou de assincronia do direito com a realidade. Essa conjuntura culminou, na segunda metade do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, na crise do Estado de Direito e do direito excessivamente legislado.

Essa crise afeta o princípio da legalidade, norma de reconhecimento própria do Estado legislativo de Direito, tendo como fatores geradores principais a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal. [122]Cappelletti destaca algo que já foi mencionado algumas vezes neste texto, ainda que *en passant*, no sentido de que uma consequência interessante da crise do Estado de Direito é que a inflação legislativa, de maneira antagônica, acabou abrindo um campo para a discricionariedade dos juízes. O aumento do direito legislado também gera o aumento do direito judicial, diante da necessidade de suprir as deficiências do superestimado direito escrito.[123]

É nessa conjuntura que Ferrajoli observa a decadênciada lei como mecanismo de regulação social, reconhecendo também que a possibilidade de abuso legislativo cresceu enormemente com o*boom* legiferante do Estado moderno. [124]Fez-se, portanto, premente repensar a relação legalidade-constitucionalidade.

Com a constitucionalização do Direito, num sentido substancial,que será melhor estudada no item seguinte, diferente de uma cisão, há um incremento; a legalidade passa estar qualificada pela constitucionalidade, de modo que toda lei – toda norma, na verdade - deve ser lida a partir de Constituição.

Isso impõe que, numa relação simbiótica, a ilegalidade também viola a Constituição de maneira reflexa.Os vícios de legalidade e inconstitucionalidade não divergem na natureza, mas pela qualidade dos preceitos violados; numa os preceitos dispostos em lei ou nela fundados, noutra os preceitos constitucionais. [125] O fato de serem distintos em natureza, no entanto, não indica que são inconciliáveis. O controle de constitucionalidade se destina à

---

constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 306-307.

[122] "Lasleyes, en todos losordenamientosavanzados, se cuentanahoraya por decenas de miles y están formuladas enunlenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos". FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: **Neoconstitucionalismo**.2ª ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 20.

[123] CAPPELLETTI, Mauro. **Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle.** Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1981_num_33_2_3285> Acesso em: 08 jun. 2021.

[124]FERRAJOLI, op. cit., p. 20.

[125] MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da constitucionalidade.** Coimbra: Almedina, 2017, p. 26; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 2. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 276.

averiguação da validade de norma infraconstitucional frente à Constituição, diretamente.[126] O controle de legalidade se destina a aferir a validade de norma infralegal em face da legislação, ferindo a Constituição apenas de maneira reflexiva ou indireta. [127-128]

Resta inconteste que o reconhecimento da supremacia da Constituição e sua consecutiva disposição como parâmetro de validade inclusive da atividade legislativa, num primeiro momento, permitiu uma cisão entre a legalidade e a constitucionalidade. Num segundo momento, com a vivência de um modelo constitucional de Estado, a Constituição tem reconhecido seu caráter plenamente normativo, reelaborando a relação existente entre a Constituição e os atos normativos infraconstitucionais.

Tem-se valorizado o papel da Constituição que, para além de disciplinar as formas de produção legislativa, impõe obrigações de conteúdo.[129] Acima da lei e também por meio dela, há uma Constituição democrática que determina limites jurídicos em garantia de liberdades e direitos dos indivíduos, razão pela qual a Constituição tem um caráter normativo, sendo mais que um pedaço de papel ou mero documento político ou um conjunto de diretrizes dirigidas ao legislador.

O Estado Constitucional revitaliza a supremacia da Constituição de modo que, num Estado Constitucional de Direito, junto – sem espaço, desafiando a lei da impenetrabilidade - ao princípio da legalidade está o princípio da constitucionalidade e, [130]diante dessacomposição, emerge a importância de verificar a validade material dos atos normativos, inclusive dos legislativos, perante a Constituição.

### 2.2.3 O Estado Democrático de Direito, a verificação da validade material e a mudança na função jurisdicional

A crise do Estado de Direito deflagrou a queda do dualismo jusnaturalismo-positivismo jurídico, impondo o reconhecimento da interconexão do Direito e da

---

[126] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 43-44.

[127] Com linha de raciocínio semelhante, Marcelo Neves conclui que a inconstitucionalidade indireta ou mediata é antes uma questão de ilegalidade, ou mesmo de invalidade por infração de dispositivo infralegal. Do contrário, todas as questões de invalidade normativa seriam questões constitucionais. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 71-73.

[128] É importante destacar que há uma diferença muito importante no reconhecimento da ilegalidade e da inconstitucionalidade. A ilegalidade não pode ser reconhecida de ofício, salvo quando envolver matéria de ordem pública e, mesmo assim, sem surpreender as partes. A inconstitucionalidade, por sua vez, pode e deve ser observada de ofício.

[129] FERRAJOLI, op. cit., p. 18.

[130] PELAYO, Manuel García. **Estado legal y Estado constitucional de Derecho.** Madrid: CEC, 1991, p. 3037.

racionalidade prática com a moral. Há uma dimensão axiológica no Direito, enquanto proposição normativa e enquanto norma jurídica, que instrumentaliza a sua conexão com a realidade social, dispondo princípios jurídicos como valores positivados de maneira explícita e implícita.

A virada para um Estado Democrático de Direito impõe que a Constituição sedie a percepção dessa dimensão axiológica do Direito, [131] dispondo direitos fundamentais, para além da liberdade, que exigem uma atuação positiva do Estado para que sejam concretizados.[132] A Constituição precisa ter uma dimensão substantiva, incorporando compromissos ético-comunitários. Inclusive porque o esgotamento do modo de produção de

[131] É importante destacar que o Estado Democrático de Direito está além do que se entende por Estado Social. O Estado Social surge numa perspectiva reformista do Estado liberal. O Estado Democrático de Direito se ancora "em um modelo em que a resultante social que se estabelece a partir da noção de cidadania advém de uma intersubjetividade, em que a relação sujeito-sujeito supera a serôdia relação sujeito-objeto, ultrapassando o monadismo típico do paradigma da autoconsciência". "O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrada uma nova legitimidade no campo do direito constitucional e da ciência política, no interior da qual o Direito assume a tarefa de transformação, até mesmo em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais. Daí que se altera a configuração do processo de legitimação: ao contrário das constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade, agora, advém da própria Constituição (Villalón), que exsurge de um processo de re-fundação da sociedade".[...] "Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais". STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p.257-301, mai/ago. 2003, p. 265-267.

[132]Konrad Hesse desenvolve como se dá essecondicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. A realidade constitui a força ativa que determina as leis e as instituições da sociedade e, por isso, uma Constituição que ignora os fatores reais de poder- espiritual, social, político e econômico de seu tempo - fica sem força vital imprescindível, restando incapaz de realizar o Estado por ela disposto. Uma Constituição adquire força normativa na proporção em que realiza a sua pretensão de eficácia. Essa força normativa tem o condão de se adaptar a uma determinada realidade e também de converter a Constituição em força ativa, através da imposição de tarefas efetivamente realizadas. Quanto mais o conteúdo da Constituição corresponder à realidade presente, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa. Assim, a normatividade se intensifica na medida em que as normas constitucionais se aproximam da realidade social. O autor ainda destaca não devem ser constitucionalizadas querelas momentâneas, especialmente porque a frequência de reformas debilita a força normativa da Constituição. A estabilidade é uma condição fundamental de eficácia da Constituição. Ao analisar os limites da força normativa, Konrad Hesse também encontra que a sua intensidade é uma questão de vontade normativa de vontade de Constituição, de modo que, se essa vontade for incoerente com o presente, consubstancia o limite à força normativa. O autor arremata que não é possível prever o desfecho de eventual embate entre a ordem constitucional e a realidade, pois os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição estarão incompletos. Nesse diapasão, faz-se premente preservar e fortalecer essa força normativa e o seu pressuposto fundamental: a vontade de Constituição, que consubstancia uma missão dada para todos nós. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Direito de cunho liberal-individualista-normativista e a complexidade social reclamam uma nova postura dos operadores. [133]

Em sendo a Constituição elementar na própria concepção de Direito,consubstanciando inclusive o marco inicial do ordenamento jurídico, é nessa conjuntura que há uma modificação nas condições de validade das normas jurídicas. Uma norma não é válida se seu conteúdo for incoerente com os preceitos constitucionais. Ao lado da validade formal, que significa ausência de vícios formais, conformidade com as meta-normas de produção do direito, deve ser considerada a validade material, que significa ausência de vícios materiais diante da compatibilidade com o conteúdodas normas superiores na hierarquia de fontes. Para além de elaboradas de acordo com as regras do sistema dogmático, complexo de determinações sobre competências, atribuições e ritos, o conteúdo ético das normas precisa estar de acordo com as diretrizes das normas superiores.[134]Num conflito entre a validade formal e material, prevalece a validade material.[135]

Especifique-se. Diante de um vício formal, a invalidade da norma se dá por não ter sido produzida em consideração aos procedimentos previstos na Constituição. Esse vício é avaliado a partir de meta-normas de competência e de processo, considerando o sujeito competente para produzir a norma e o procedimento estabelecido.[136] Isso pressupõe

---

[133] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8,n. 2, p.257-301, maio/ago. 2003, p. 259.

[134] ADEODATO, João Maurício. Norma Jurídica como expressão simbólica. In: **RJLB**, ano 3, 2017, p. 257-288, n. 2, p. 270.

[135] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ed. QuartierLatin do Brasil, 2005, pp. 288-290.

[136] GUASTINI, op. ct., p. 273-280. É importante destacar que alguns autores divergem sobre se o vício de competência é um vício formal ou material. Marcelo Neves defende que a inconstitucionalidade defluente de incompetência converte-se em inconstitucionalidade material, quando a Constituição não prevê outro órgão legislativo competente para a emissão do ato; neste caso, surge lei de conteúdo incompatível com a Constituição, sendo irrelevante o órgão legiferante. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 114-115. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem precedentes que permitem inferir que o vício de incompetência é vício de inconstitucionalidade formal. Exemplifique-se:AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 12.034/2010 DO ESTADO DA BAHIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. VEDAÇÃO À COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AFRONTA AOS ARTS. 1º, 21, XI, 22, IV, E 175 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. 1. Ao vedar a cobrança de tarifa de assinatura básica de telefonia fixa e móvel, pelas concessionárias do serviço, a Lei nº 12.034/2010 do Estado da Bahia, a pretexto de tutelar interesses consumeristas, altera, no tocante à estrutura de remuneração, o conteúdo dos contratos administrativos firmados no âmbito federal para a prestação do serviço público, perturbando o seu equilíbrio econômico-financeiro. 2. Segundo a jurisprudência reiterada desta Suprema Corte, revela-se inconstitucional, por invadir a competência privativa da União para definir o regime tarifário da exploração do serviço público de telefonia – espécie do gênero telecomunicação –, a lei estadual cujos efeitos não se esgotam na relação entre o consumidor-usuário e o fornecedor-prestador, interferindo na relação jurídica existente entre esses dois atores e o Poder Concedente, titular do serviço (arts. 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição da República). Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF. ADI 4.477/BA. Rel. Min. Rosa Weber. DJe de 31.5.2017).

interpretar as disposições constitucionais que regem o processo de formação de lei e verificar se os procedimentos estabelecidos foram realmente seguidos.[137]

Diante de vício material, a norma tem um conteúdo normativo oposto às normas substanciais da Constituição. As normas explícitas têm sua validade verificada a partir de seu significado, que não pode ser incompatível com a norma superior; as normas implícitas têm sua validade considerada a partir da possibilidade de que sejam extraídas de uma norma explícita ou do conjunto delas, por meio de uma argumentação apropriada. Essa norma extraída não pode ser incompatível com norma de hierarquia superior.[138]

Em todo caso, para que a invalidade receba o qualificativo de inconstitucionalidade, é necessário que o vício seja por violação direta das normas da Constituição; a violação indireta, pela transgressão de regulamento parlamentar ou de lei ordinária, por exemplo, é uma invalidade diversa, não podendo ser objeto de controle de constitucionalidade. [139]

A identificação do vício pressupõe a interpretação da Constituição e da lei em questão, a fim de identificar seus conteúdos normativos. [140]Até mesmo o juízo sobre a constitucionalidade formal de norma pressupõe uma determinação do conteúdo e alcance de normas procedimentais da Constituição para, em seguida, verificar se a ritualística estabelecida foi considerada. Outrossim, a definição do conteúdo de normas substanciais perpassa um exercício interpretativo ainda mais complexo.

A partir do sentido da validade material aqui apresentado, ocorre uma mudança na estrutura do Direito, o que, por conseguinte, impõe uma nova forma de aplicá-lo.A validade num *sense* substancial não é um atributo da lei, mas de seus significantes, suas formas de expressão.[141]Maximiza-se a diferença entre vigência e validade, porque até mesmo o conteúdo da norma deve ser lido a partir da compreensão da Constituição.[142]

---

[136] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 295.
[137] GUASTINI, op. cit., p. 288-290.
[138]GUASTINI, op. cit., p. 273-280.
[139] Se a Constituição estabelece, como condição de validade, a compatibilidade com a Constituição e com outras normas que não são de ordem constitucional, o ato será praticado segundo o ato infralegal. Só há controle de constitucionalidade se a violação for direta à Constituição.
[140]GUASTINI, op. cit., p. 291-292.
[141]ADEODATO, João Maurício. Norma Jurídica como expressão simbólica. In: **RJLB**, ano 3, 2017, p. 257-288, n. 2, p. 270.
[142] "O próprio sentido da validade de um texto jurídico tem um caráter ontológico (no sentido da diferença ontológica de que fala Heidegger). Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, ontologicamente esse sentido exsurgirá da antecipação do sentido proporcionado pelo movimento da circularidade, onde o ser somente é ser-em, isto é, o ser é sempre o ser de um ente (ou, em palavras mais simples, a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto). Enfim, numa palavra: nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um "ser sem o ente", ou uma categoria ou uma hipótese". STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p.257-301, maio/ago. 2003, p. 288.

Resta fragilizada a crença de que interpretar o Direito é repeti-lo, reproduzi-lo, trazendo ao caso concreto algo que já foi pré-dito. A norma não pode ser separada da interpretação, de modo que só diante do caso individual a norma é criada. Nesse espeque, LenioStreck destaca o papel da hermenêutica nesse rompimento paradigmático. “O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador”. A norma é um produto da interpretação do texto que, por essa razão, poderá dar vazão a várias normas.[143]

A lei já não é sinônimode norma jurídica. Como defluência, o controle de constitucionalidade não pode ter por objeto apenas os dispositivos legais. A defesa de que só a disposição legal pode ser objeto de controle é uma consequência da crença positivista na identificação da norma enquanto disposição textual legal. Conforme será melhor demonstrado no capítulo seguinte, de maneira incidental, qualquer ato normativo pode ter sua validade verificada à luz da Constituição (ver item 3.2.5). Para além das normas legais (aparato dos atos administrativos também), as normas negociais e jurisdicionais também podem ser objeto de controle, inclusive a interpretação dada a um dispositivo, desde que haja suspeita de que ferem a Constituição diretamente.

Esse cenário também permite a fragilização da separação de que um sujeito cria o Direito para outro aplicar. [144]Há uma dimensão de criação na aplicação, de modo que não há norma sem trabalho interpretativo.[145] As decisões judiciais também são fontes criadora do

---

[143] STRECK, op. cit., p. 286-287.

[144]O esquema preponderante até então, era no sentido de que, considerando as funções clássicas do Estado, a atividade legislativa se liga à formação do direito, enquanto as atividades administrativas e judicantes se ligam à sua realização. A função judicial era tida como uma função executiva. Percepção de que era uma função diferente, com regras próprias. Órgãos próprios. Na monarquia absoluta, existia uma distinção entre o nível da Constituição e o da lei apenas na teoria. Na prática, a Constituição se limitava ao preceito de que qualquer manifestação de vontade do monarca é uma norma jurídica compulsória. O enfrentamento da (in)constitucionalidade das leis não tinha sentido. Na monarquia constitucional, a Constituição se dedica a estabelecer como fazer as leis, sendo um texto que não pode ser tão facilmente alterado como as leis ordinárias, possuindo uma forma especial e mais difícil de ser alterada. Em teoria, esse cenário tinha tudo para dar importância ao problema da constitucionalidade das leis. Mas, na prática, para conter a ameaça ao poder do monarca, defendia-se este como fator único ou ao menos como fator verdadeiro da legiferação, sendo a lei a expressão de sua vontade e a atuação do Parlamento, secundária e não essencial, uma mera adesão à sua vontade, mais ou menos necessária. O monarca era quem sancionava e promulgava as leis. Ao sancionar a lei aprovada pelo Parlamento, estaria atestando sua constitucionalidade. Kelsen reconhece essa necessidade de quebrar a oposição absoluta entre criação e aplicação do Direito. As funções estatais de criação e execução seriam ato de criação e de aplicação, ao mesmo tempo. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Tradução por Jean François Cleaver. In: **Direito Público**, Doutrina Estrangeira, n. 1, jul-ago-set/2003, p. 90-130. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br › article>. Acesso em 10 mai. 2021. Acesso em 23 set. 2021.

[145] “Toda norma jurídica é aplicação, em vista das normas que lhe são superiores no sistema, e é criação, em relação às normas inferiores. Toda aplicação do direito pressupõe interpretação, [...]”. ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes? In: **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008.

Direito, uma vez que o poder de decidir conflitos impõe um poder de criação da norma para o caso concreto, já quea decisão judicial é o momento de descoberta do direito.[146]

Essa perspectiva é importante porque no desenvolvimento da função jurisdicional sempre permeou a defesa de que se prestava à mera aplicação do Direito. Se antes o monopólio da produção jurídica pelo Estado era experenciado pela função legislativa, o reconhecimento da dimensão axiológica do Direito e a consecutiva virada hermenêutica exigem que a jurisdição também tenha um papel na criação do Direito.

Opera-se uma mudança na relação do juiz com a lei, de modo que as decisões servem também para indicar como a lei escrita deve ser lida, servindo ao cidadão interessado e à coletividade como um todo. Cappelletti, fazendo menção à expressão *judiciarylaw*, cunhada por Jeremy Bentham para criticar o ordenamento inglês, concluiu pela incapacidade da codificação para eliminar o direito judiciário, demonstrando que, antagonicamente, a expansão do direito legislado havia sido responsável também pela necessidade de expansão do direito judicial. Fez-se premente a desconstituição da crença na oposição entre interpretação e criação. [147] O próprio Kelsen perfilha que há uma dimensão criativa na decisão judicial, reconhecimento que demonstra a fragilidade da concepção positivista de que a norma se identifica com a disposição textual.[148]

Em suma, se a forma de criar e aplicar o Direito muda, também muda o papel da função jurisdicional.Se o Direito passa a sediar valores materiais positivados já na Constituição, devendo o Estado dignar-se à sua concretização, a função jurisdicional passa a ter inegável papel na densificação de direitos.Essas transformações sugerem uma redefinição do funcionalismo estatal, convocando a jurisdição para participar de debates que antes se limitavam ao campo exclusivamente político.Nesse cenário, encontra-se o cerne do debate entre as doutrinas substancialistas e procedimentalistas,discutindo-se como lidar como ponto

---

[146]"É mérito da doutrina, sobretudo depois da Segunda Guerra, ter mostrado que as relações entre a jurisprudência e as fontes do direito são infinitamente mais complexas do que poderia parecer a um primeiro exame". PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146.

[147]CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 17-23.

[148] Kelsen desenvolve que uma decisão judicial não tem um simples caráter declaratório. O juiz não tem que simplesmente descobrir e declarar um direito que já estava firme e acabado pelo legislador. A função de um tribunal não é descobrir o direito ou dizê-lo, declará-lo. Sua função consiste em determinar a norma geral que se aplica ao caso concreto e esta determinação não tem caráter meramente declarativo, mas também constitutivo. "O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue". KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

de intersecção entre oDireito e a política.[149]Ambas as doutrinas convergem, no entanto, no reconhecimento da mudança do papel da jurisdição.

É importante destacar, no entanto, que com essa narrativa não se pretende equiparar as atividades legiferante e jurisdicional. O processo legislativo é diferente do processo normativo desenvolvido numa decisão judicial, pois neste o agente se posiciona de maneira passiva até que seja impulsionado. Os limites e garantias processuais previstos na Constituição diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza política. [150]

Olhando os mesmos eventos de outra ótica, é possível afirmar que o Estado Constitucional deflagra uma espécie de supremacia judicial, uma vez atribuída à jurisdição a guarda da Constituição também em sentido material. Há uma inegável ascensão institucional do Judiciário.

Evidentemente, por implicar uma reformulação na dinâmica das funções estatais, não poderia ser experenciado de maneira acrítica. Mesmo a doutrina do *judicial review* norte-americana, que se desenvolveu em solo de recente independência e favorável ao fortalecimento da função jurisdicional, já no século XVIII, assistiu à ascensão de doutrinas, como a de Tocqueville,[151] que sugeriam a sua contenção,[152] o que também foi implementado por meio de sua jurisprudência, num gesto de *self-restraint* (autolimitação). [153]

---

[149] As doutrinas procedimentalistas intentam tecer uma crítica à interpenetração entre política e direito, indicando a politização do judiciário no pós-guerra e o autoritarismo das decisões de tribunais constitucionais sob o auspício de realizar valores materiais. Habermas, grande representante dessa linha de entendimento, defende que o tribunal constitucional deve se limitar à compreensão procedimental da Constituição, protegendo o processo de criação democrática do Direito, não sendo adequado para guardar a ordem de valores constitucionais. (HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997). As doutrinas substancialistas partem da defesa de que a jurisdição deve assumir um comportamento intervencionista, a fim de dar cumprimento aos preceitos constitucionais (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993, p. 9-10).

[150] "[...] o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *exofficio*pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio*constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional". (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 75-76).

[151] O autor, que é um dos maiores críticos da potência da função jurisdicional já no século XVIII, questionava como um Estado poderia subsistir se suas leis fundamentais fossem aplicadas por tantos juízos ao mesmo tempo. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 159.

[152] Christopher Wolfe observa que o *judicial review* teve três fases. A primeira (*traditional era*), de instituição, foi experenciada até o fim do século XIX, fase em que a defesa do controle judicial era justificada pela possibilidade de a função jurisdicional expressar a vontade fundamental popular, sem se sobrepor à vontade legislativa. Nesse momento, o controle só era utilizado de maneira excepcional, quando a lei fosse claramente incompatível com a Constituição. Havia um repúdio à aplicação de vontade dos julgadores, defendia-se a vontade do constituinte. A segunda fase (*modern era*) é marcada pela característica fundamental de invasão de elementos metajurídicos no processo interpretativo. A Corte encontrou uma forma de limitar a intervenção legislativa do Estado na economia. As discussões sobre o ativismo judicial ganham espaço, pois opções legislativas estavam sendo derrubadas pelo Judiciário sob a justificativa de tomar por base uma interpretação da Constituição. Nesse cenário, discutem-se os limites e diferenças entre interpretação e criação judicial do direito e a legitimidade democrática da jurisdição, acusando uma invasão da subjetividade dos julgadores que encontra espaço na atribuição de um caráter aberto ao texto constitucional. O constituinte não podia antever tudo,

Sem querer aprofundar o debate – obviamente, por questão de limitação de objeto e não por irrelevância - e com o mero intuito de apresentar seu panorama, ao longo dos anos, o controle judicial de atos legislativos recebeu diversas objeções. Muitas doutrinas se opuseram à discricionariedade permitida ao juiz, aduzindo se convolar numa atuação política – o que foi maximizado com o incremento das Constituições materiais cheias de conceitos abertos -, e questionaram o fundamento de sua legitimidade, o que Alexander Bickel denomina de "dificuldade contra-majoritária".O autor, inclusive, defende que essa atividade do Judiciário enfraquece a democracia.[154]

Ainda que não seja a pretensão deste trabalho, uma vez que o enfrentamento do problemademanda espaço de objeto de pesquisa autônomo, é importante delimitar como se enxerga a objeção à discricionariedade e à legitimidade democrática, já que se está a defender que houve uma mudança sólida na prestação da função jurisdicional.

O campo de discricionariedade é uma preocupação reincidente da crítica à função jurisdicional. Cappelletti adverte que o cerne do debate sobre o *judicial law* não é a (im)possibilidade de a jurisdição criar, mas o grau de criatividade, os modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por órgão judiciais. [155] Um dos fatores da crise do Estado de Direito foi a disfunção da linguagem legal, impondo que os juízes a sanasse, ampliando seu campo de discricionariedade. Com o Estado Constitucional de Direito e a valoração do ordenamento jurídico, os enunciados das normas jurídicas são dotados de uma trama aberta, cuja amplitude gera uma zona de penumbra. Essa zona seria o campo da discricionariedade que se abre frente ao juiz.

Com base nas doutrinas de Carrió e Dworkin, que propõem uma interpretação construtivista do Direito,Guastini sugereque há controvérsias cuja solução é óbvia e automática, entrando no campo de aplicação da norma ou, não estando nesse campo,

---

delegação aos intérpretes o poder de conferir significado que atendesse às necessidades de cada época. WOLFE, Christopher. **Judicial Activism. Bulwark of Freedom or precarious security?**Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf>Acesso em: 10 jul. 2021.

[153]THAYER, James Bradley. The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. In: **Harvard Law Review**, Oct. 25, 1893, Vol. 7, No. 3 (Oct. 25, 1893), pp. 129-156. Disponívelem: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1322284.pdf?refreqid=excelsior%3A18382ba7c89f4cd3349db62afb04802f>. Acesso em: 10 mai. 2021.

[154] A crítica de Bickel perpassa a consideração de que houve uma forçada escolha da função judicial como legítima ao controle, justificada por uma necessidade, nas democracias, de uma instituição empoderada para endorsar ou rejeitar medidas das funções representativas compatíveis ou não com os princípios democráticos, legitimando ou condenando uma ação governamental, produzindo uma decisão com base em princípios que a política, por si só, não pode oferecer. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.

[155]CAPPELLETTI, Mauro. **Juízeslegisladores?**Tradução Carlos de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 17-23.

afastando a aplicação da norma. De outro lado, há casos difíceis, dispondo controvérsias cuja solução não é óbvia porque ficam na zona de penumbra. A discricionariedade só seria exercida nos casos de penumbra e, portanto, seu problema teria campo reduzido.[156]

No que tange à crítica de ilegitimidade democrática, tal qual defendido por Rawls, todas as funções estatais são democráticas porque procedem do mesmo ato de soberania popular, oriundo de um Poder Constituinte democrático que inaugura uma ordem constitucional, razão pela qual possuem natural e forçosa legitimidade democrática. [157] André Ramos Tavares destaca uma importante questão: a legitimidade democrática não deve ser reduzida à legitimidade para derrubar leis de um parlamento eleito ou da formação da Corte não eleita, estando adstrita a uma perspectiva formal da democracia. Deve-se atentar para o aspecto material da democracia, [158]o que impõe considerar a atuação da jurisdição constitucional e seus limites, não denegar sua legitimidade. [159-160]

Em verdade, em que pese os entraves que experencia, é inconteste a conexão do desenvolvimento da função jurisdicional com o processo democrático.[161] No século XX, a doutrina do *judicial review* foi fortemente expandida e modificada, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Francisco Fernández Segado, houve uma espécie

---

[156]GUASTINI, op. cit., p. 147-148.

[157] Rawls defende que poder fundamental, numa ordem constitucional, é detido pelas três funções estatais, sendo cada um responsável perante o povo. Quando uma Corte profere uma decisão racional e razoável que declara uma lei inconstitucional, ela não é contramajoritária. Na verdade, ela está agindo com a autoridade superior do povo. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Columbia University Press, 1993.

[158] A democracia, em sua dimensão material, é o que dá "alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos", incluindo minorias e grupos de menor expressão, embora não minoritários.BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

[159]TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 492.

[160] Jorge Miranda destaca que o povo é representado pelo Tribunal Constitucional num sentido puramente argumentativo, diferente do Parlamento que representa o povo de maneira volitiva e argumentativa. A representação argumentativa exige a existência de argumentos válidos ou corretos e a existência de pessoas racionais que sejam capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 84-85.

[161] Georges Abboud, ao fazer uma análise da posição do Judiciário nas democracias não consolidadas, como é o caso do Brasil, apresenta a democracia não consolidada pode ser visualizada como a democracia delegativa de Guilhermo O'Donnell e como a democracia frágil de Samuel Issacharoff. A democracia delegativa seria uma espécie em que a dimensão democrática está adstrita à eleição, sem que as instituições tenham consolidado os parâmetros genuinamente democráticos. Essa seria a experiência da América Latina, após a transição dos regimes democráticos para os governos democraticamente eleitos. A democracia frágil seria caracterizada pelo clientelismo, coleguismo e corrupção, carecendo de instituições com um compromisso crível com políticas de bem-estar geral. O regime não teria partidos políticos desenvolvidos com suficiência nem apresentariam uma sociedade civil organizada ou organismos não governamentais que permitam políticas sociais para a coletividade. Nesses cenários, o Judiciário tem um grande papel para fomentar uma estrutura constitucional que permita uma governança democrática, contendo os excessos do Executivo e assegurando a separação dos poderes e o cumprimento do desenho de competências previsto na Constituição. ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 830-832.

de universalização, fazendo com que o *judicial review* fosse elementar para os ordenamentos constitucionais contemporâneos.[162] Essa universalização permitiu também um progressivo aprimoramento dos modelos clássicos de controle de constitucionalidade que, com o passar do tempo, foram contando com institutos em convergência, distanciando-se de seus modelos originais.

Nas palavras de Baracho, a "democratização leva à proteção jurisdicional dos interesses individuais, sociais, difusos e públicos em geral".[163]Esse cenário é acompanhado pela revisão do paradigma positivista, sendo inadmissível uma lei (e a consecutiva aplicação) indiferente aos valores morais, bem como da inserção de novas matérias nas Constituições, transpondo-as de sintéticas à analíticas. É importante destacar a expansão do número de normas processuais inseridas na Constituição, inaugurando o modelo constitucional de processo, havendo inclusive ações que têm previsão direta no texto constitucional.[164]

A verificação da validade material dos atos normativos, adotada uma concepção substancialista ou procedimentalista da Constituição, por si só, pressupõe uma postura mais ativa dos juízes, não sendo adequado que o juiz aja imbuído do sentimento de que a sua função é correlata à mera aplicação da lei. Resta ainda mais fortalecida a ideia de que todo juiz é competente para deixar de aplicar norma vigente aduzindo que ela é incompatível com a Constituição, sendo seu dever confrontar a validade da legislação infraconstitucional sempre que for aplicá-la.

Em suma,o pós-Segunda Guerra maximizou a crença na força normativa da Constituição, que passou a ter uma tendência analítica e substancialista, o que, junto à crise do direito legislado e à crescente desconfiança no legislador, permitiu a construção de uma crença no Judiciário para a efetivação de direitos e para a realização e defesa do conteúdo da Constituição.[165] A expansão do papel do Judiciário – seja na realização da legislação

---

[162] SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional ante elsiglo XXI**: laprogresivaconvergencia de lossistemas americano y europeo-kelseniano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 7.

[163] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/jose_baracho.pdf>. Acesso em 13 mai. 2021.

[164] Héctor Fix-Zamúdio observa a importância da percepção do processo como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, estreitando a relação entre a Constituição e o Processo. FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución y processo civil em Latinoamérica**. México: UNAM, 1974. No mesmo sentido, mencione-se as seguintes doutrinas: COUTURE, Eduardo. **Lasgarantíasconstitucionalesdelproceso civil. Estudios de derechoproccsal civil**. T. 1. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 17-95; TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 63-75; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1996; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

[165] Mauro Cappelletti observa que houve uma espécie de revolução constitucional, que aconteceu depois do doloroso entendimento de que a Constituição e os direitos fundamentais constitucionais precisam de uma máquina judiciária para se tornarem efetivos. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão da legitimidade da Justiça Constitucional. Tradução Fernando Sá. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 99, n.

existente, seja na declaração de sua invalidade - representa uma reformulação do funcionalismo estatal paralela à ampliação de "ramos políticos" do Estado moderno. [166] Essa conjuntura permitiu a exponencialização da judicialização de questões que têm relevância política e social, conduzindo a um cenário permissivo ao ativismo judicial. [167]

É nessa tessitura que a jurisdição constitucional é experenciada, não existindo Estado Constitucional de Direito onde não houver uma jurisdição constitucional bem desenvolvida, sendo o processo constitucional o *locus* de garantia de que essa prestação será adequada.

## 2.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL[168] E O PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBJETIVO

### 2.3.1 Jurisdição e processo constitucional

A consagração da supremacia normativa da Constituição tornou necessária a construção de uma jurisdição constitucional robusta, feita para proteger a ordem suprema.[169]

---

366, p. 127-150, mar./ abr. 2003. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892/40768>. Acesso em: 17 mai. 2021.

[166] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 19.

[167] Destaque-se a diferença entre judicialização e ativismo judicial elaborada por Luis Roberto Barroso. O autor destaca que "A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas". A judicialização se daria como consequência do modelo constitucional adotado, não do exercício deliberado da vontade pública; o ativismo, por sua vez, seria uma atitude, uma escolha de um modo e proativo de interpretar a Constituição, instaurando-se em cenários de retração do Legislativo. Assim, o ativismo estaria associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de normas constitucionais, com maior interferência nas outras duas funções estatais. "A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas". BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 13 mai. 2021.

[168] Neste trabalho, "jurisdição constitucional" e "Justiça Constitucional" são aplicadas como termos sinônimos. A expressão Justiça Constitucional recebeu grande alento depois de Hans Kelsen e a formulação de uma Corte Constitucional, como órgão específico para a realização do controle de constitucionalidade. A Justiça Constitucional é denominada de garantia jurisdicional da Constituição, como é possível visualizar em: KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Tradução por Jean François Cleaver. In: **Direito Público**, Doutrina Estrangeira, n. 1, jul-ago-set/2003, p. 90-130. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br › article>. Acesso em 10 mai. 2021. O modelo sugerido por Kelsen não é adotado inteiramente em nenhum Estado, não havendo mais razão para fazer distinção entre os termos.

[169] Para Fix-Zamudio, o conceito de defesa da Constituição se desdobra em duas categorias fundamentais: a proteção da Constituição e as garantias constitucionais. A proteção da constituição é composta por todos os fatores políticos, econômicos, sociais e a técnica jurídica incorporada pelos textos fundamentais com a finalidade de limitar o poder e contribuir para o funcionamento equilibrados dos poderes públicos. As garantias constitucionais seriam os instrumentos, predominantemente processuais, estabelecidos no próprio texto fundamental, tendo como finalidade a reintegração da ordem constitucional quando violada por órgãos de poder.

A disposição da Constituição como instrumento de contenção do poder para a concretização de direitos impõe que esteja à disposição da jurisdição constitucional um conjunto de garantias. Estas devem ser capazesde assegurar o exercício legítimo do desenho institucional dado pela Constituição às funções estatais. [170]

Em que pese a doutrina do *judicial review* norte-americana ser anterior, tendo sido o primeiro modelo de jurisdição constitucional experenciado de maneira mais madura, por diversos fatores seu processamento não foi objeto de forte teorização. Essa teorização passou a ganhar espaço junto com a ascensão da Justiça Constitucional, no século XX, com grande contributo de Hans Kelsen, que elaborou a doutrina do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade, tendo sido a partir de seu trabalho que se passou a pensar, de maneira científica, o que compreendemos por processo e jurisdição constitucional. [171] É por isso, inclusive, que a jurisdição é reincidentemente identificada com a concepção de Corte Constitucional elabora por Kelsen.[172] Anos mais tarde, a América Latina passou a ter um papel fundamental na consolidação dos estudos sobre a jurisdição constitucional.

Na raiz dos sistemas de defesa da supremacia da Constituição está o controle judicial de constitucionalidade (ver item 2.2). Na Europa, por sua vez, o desenvolvimento da jurisdição constitucional teve como forte barreira a mora na consagração da supremacia da Constituição e a crônica desconfiança no Judiciário. Enquanto nos Estados Unidos, já no século XVIII, se reconhecia a supremacia da Constituição, no século XIX, na Europa, mesmo sediando a tese de que essa supremacia advinha da soberania da nação através do Poder Constituinte, [173] ainda era possível que uma doutrina como a de Ferdinand Lassale ganhasse

---

O estudo sistemático das garantias constitucionais é a matéria de estudo do direito processual constitucional. FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Introducción al estudio de la defensa de laConstituciónenelordenamiento mexicano**. 2ª ed. México: UNAM, 1998.

[170] Mauro Cappellettti estabelece que está implícito na Justiça Constitucional um novo tipo de normas constitucionais, destinas a supervisionar suas reais aplicações. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão da legitimidade da Justiça Constitucional. Tradução Fernando Sá. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 99, n. 366, p. 127-150, mar./ abr. 2003. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892/40768>. Acesso em: 17 mai. 2021.

[171] Há divergência na doutrina acerca de quem seria o precursor do direito processual constitucional. Sem deixar de considerar o grande contributo de Kelsen e de outros autores, deve-se a Héctor Fix-Zamudio a consolidação dessa matéria, como disciplina jurídica, em sua sistematização científica e organização de conteúdo e conceitos.

[172] Hans Kelsen utilizava de maneira indistinta os termos "Justiça" e "Jurisdição" constitucional, o que foi reproduzido em muitos países europeus no século XX.

[173]A doutrina de Sieyès encara a França e suas crises no século XVIII. O Estado tinha uma composição demarcada por um clero e uma nobreza dotados de privilégios mantidos pelos burgueses. Diante da crise, era necessário redefinir quem tributar: se o clero, a nobreza, ou mais ainda os burgueses. Em Assembleia estabelecida para definir, defendeu-se o voto por classe, não por indivíduo, fazendo com que os burgueses tivessem menos força. Nesse sentido, Sieyès desenvolve a defesa do Terceiro Estado como nação completa, indicando que até então ele tem sido nada, mas que ele pede para ser alguma coisa, exigindo que a lei deve estabelecer que os votos sejam por cabeça, não por classe, e que seus deputados sejam em número idêntico ao da nobreza e do clero. Sieyès defende que as propostas de governo intentavam proteger os privilegiados, quando

espaço, dispondo a Constituição jurídica (escrita) como mera folha de papel, quando disposta ao lado da Constituição real.[174]

A desconfiança no Judiciário, por sua vez, era permeada por uma forte tensão com o Legislativo, [175] de modo que, até mesmo quando se desenvolveu o denominado controle de constitucionalidade europeu, pensou-se num órgão que exercesse uma atividade identificada como legislativa (legislador negativo) e que se encontrasse fora do Judiciário.

Em 1920, a Áustria adotou em sua Constituição o modelo kelseniano de controle concentrado: [176]o controle de constitucionalidade seria de competência de apenas um órgão, a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), órgão técnico e separado do aparato jurisdicional, *ad hoc*,especializado no controle de atos do poder público que produziria decisões com efeito *erga omnes*. [177]

O órgão seria aparelhado em forma de Tribunal, mas não exerceria uma função verdadeiramente jurisdicional, isso porque seria problemático um órgão que não é legislativo anular ato desta natureza. Kelsen estabelecia que a função legislativa cria normas gerais, enquanto a função jurisdicional cria normas individuais. A anulação de uma lei com caráter de generalidade seria o mesmo que elaboração de lei (geral) com sinal negativo e, portanto, tratar-se-ia de atividade legislativa que também se assemelha à atividade jurisdicional, uma vez que o órgão, ao anular uma lei, age em aplicação da Constituição. [178]

---

deveriam identificar princípios e executá-los. Desenvolve ainda que a Assembleia Nacional tem como objetivo defender os interesses comuns, não os interesses particulares dos cidadãos. É esse o pensamento a ser seguido no exercício do poder constituinte originário, pertencente à nação. Essa defesa resvalou na revolução francesa, que teve como uma de suas primeiras conquistas a distinção entre poder constituinte e poder constituído. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa** *(Qu'est-ce que leTiersÉtat?).* Trad. Norma Azevedo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

[174]Lassalle defende que uma Constituição jurídica consubstancia a disposição dos fatores reais do poder numa folha de papel, adquirindo expressão escrita e, por conseguinte, forma de instituição jurídica. Numa cisão entre os fatores reais do poder e o texto escrito, a Constituição jurídica se convola em mera folha de papel. LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stonner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 17-18 e 35-38.

[175]Exemplifique-se com o Alemanha.A Constituição de Weimar (1919) trazia um catálogo de direitos, mas limitava o poder do Tribunal, cujas decisões não tinham caráter vinculante, tendo um papel mais importante na solução de conflitos entre Estados federados e entre eles e o *Reich.* Competia ao Presidente salvaguardar a Constituição e as leis, existindo uma grande tensão entre os juízes e legisladores, sendo este um cenário padrão na Europa dos anos vinte.

[176] Louis Favoreu aponta que o modelo de Corte Constitucional austríaco tem como predecessor o Tribunal do Império, criado em 1867. FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Lande Editora, 2004.

[177]KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153 e ss.

[178]Para o autor, "a opinião de que somente a legislação seria política – mas não a "verdadeira" jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter "político" que possui – ainda que em maior medida que a legislação.

Da forma como foi incialmente pensado, apenas era admitido o controle abstrato dos atos normativos e por meio de ações específicas. Por causa disso, o sistema de controle concentrado é comumente reduzido ao controle abstrato de normas. No entanto, nos anos que seguiram, ainda em 1929, a Constituição austríaca passou a prever uma via para impulsionar o controle concreto perante a Corte Constitucional. Acaso necessário julgar a questão constitucional no curso de uma demanda, suspender-se-ia o processo, remetendo-se o incidente para a Corte competente. [179]

A criação de uma Corte Constitucional, como único órgão competente para averiguar a constitucionalidade de normas, tinha o condão de resolver a ausência de adoção à cláusula do *staredecisis*, que comumente não era adotada em países de tradição *civil law*. Nessa conjuntura, permitir que todo e qualquer órgão judicial realizasse controle de constitucionalidade, tornaria latente a falta de uniformidade e a presença de decisões conflitantes.[180]

A idealização de uma Corte Constitucional representava a tentativa de conciliar a garantia da Constituição com a liberdade política do parlamento frente ao Judiciário e, de maneira simbiótica, de recuperar o ideal de aplicação racional do direito. Kelsen defendia que a função judicial tinha importante papel na proteção da minoria, evitando a ditadura da maioria. Paralelo a isso, pretendia elaborar um sistema de controle que não comprometesse a liberdade política do parlamento e que se aproximasse da razão e da lógica. [181]

Em análise acerca dos sistemas que adotaram a Corte Constitucional na Europa, Perez Royo afirma que se tratava de órgão artificial inventado pelo constituinte democrático do século XX, no intuito de completar a divisão tripartida de poderes, haja vista a ineficiência da clássica teoria da separação dos poderes para controlar o exercício do poder do Estado e evitar sua desnaturalização.[182]

Na Europa, a desconfiança no Judiciário era tamanha, que, ainda nos anos 20, Carl Schmitt sustentou que o chefe do *Reich*, eleito pelo povo, deveria ser o defensor da Constituição, tese que tinha muita potência na Alemanha. A criação de uma Corte Constitucional teria o condão de transferir poderes da função legislativa para um órgão judicial, desajustando o equilíbrio das funções. Na decisão sobre a constitucionalidade,

---

Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa". KELSEN, op. cit., p. 251.

[179] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 106 e 108-109.

[180] CAPPELLETTI, op. cit., p. 76-78.

[181] ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. Tradução de Eduardo Ribeiro Moreira. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, vol.9, jan/mar 2009, p.71-95.

[182] ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 639-640.

haveria um elemento discricionário - ao lado do normativo –acarretando uma subordinação da vida pública a um tribunal, que viveria uma judicialidade fictícia, ocasionando uma politização da Justiça. Por essa razão, seria melhor que o controle fosse exercido por uma instância reconhecidamente política, que não poderia ser o Legislativo porque era composto por diversas forças políticas, não sendo capaz de fornecer unidade constitucional. Schmitt ainda destacava que era possível que a experiência americana se fundasse no controle judicial porque, por se tratar de sistema anglo-saxão, inexistia um direito administrativo, diversamente da Europa.[183]

A tese de Schmitt foi duramente retrucada por Kelsen, que seguiu sustentando a garantia jurisdicional da Constituição por um Tribunal específico que funcionasse como um legislador negativo ao declarar a inconstitucionalidade, permitindo o adequado funcionamento da função legislativa, consubstanciando, assim, uma afirmação da teoria da separação dos poderes.[184] A tentativa de Schmitt de negar a natureza jurisdicional da atividade do Tribunal é rechaçada por Kelsen mediante a afirmação de que essa seria uma acusação que utiliza como método o conhecimento sociológico. [185]Em verdade, comportar a política e a sua concepção de norma jurídica parece ser uma das grandes dificuldades da doutrina de Kelsen.

A elaboração teórica de que a Corte Constitucional teria natureza híbrida intenta camuflar a problemática acomodação da natureza da atividade exercida pela Corte, se política ou jurisdicional, dado o seu poder de, em abstrato, expurgar ato do ordenamento jurídico elaborado no exercício de função cujos representantes são democraticamente eleitos. Mesmo na França, país conhecido por adotar um sistema de controle exercido por um órgão de natureza política (*Conseil Constitutionnel*), denominado por alguns autores de "quase

---

[183] SCHMITT, Carl. **La defensa de laConstitución.** Tradução Manuel Sanchez Sarto. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

[184] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: **Jurisdição constitucional.** Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

[185] "Mas de todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto de fato insignificante: o de se tal órgão seria um tribunal e sua função verdadeiramente jurisdicional. [...] Deduzir, a partir de um conceito qualquer de jurisdição, que a instituição aqui referida como tribunal constitucional seria impossível ou inconveniente, seria um caso típico daquela jurisprudência conceitual, que já pode ser considerada como superada hoje em dia". KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Tradução por Jean François Cleaver. In: **Direito Público**, Doutrina Estrangeira, n. 1, jul-ago-set/2003, p. 90-130. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br › article>.Acesso em: 14 mai. 2021.

judicial", [186] há grandes discussões acerca da natureza da atividade, se não seria jurisdicional pela estrutura de imparcialidade que possui e por se tratar de uma função judicante.[187-188]

A verdade é que o desenvolvimento da jurisdição constitucional achincalha a fronteira entre a política e a função jurisdicional. A defesa de que um órgão judicante exerce atividade de uma natureza política, por sua vez, não contamina a autonomia da ordem jurídica nem contrasta com o fato de se tratar de uma função judicante. Apresenta-se como um fator insofismável à ordem jurídica que garante que, ao decidir um conflito que envolva a Constituição, o órgão judicante decida de acordo com os ditames constitucionais sem escapar do político, haja vista que a dimensão política, em razão do fato de ser Constituição, é indelével. A Constituição, em última análise, é a racionalização jurídica do político.

Na Europa, a jurisdição constitucional só se estabelece verdadeiramente com o pós-Segunda Guerra Mundial, na segunda metade do século XX. A sua expansão se deu com a intenção de reconstruir a democracia (ver item 2.2.3).Perez Royo destaca a importância de uma jurisdição constitucional para corrigir anomalias nos processos de transição à democracia, de modo que só se faz necessária quando a Constituição é desrespeitada.[189] Nessa tessitura, a jurisdição constitucional ganha força com os alavanques dos processos democráticos. [190]

A jurisdição constitucional tem reconhecido papel, para além de limitador de poder ("legislador negativo"), na concretização de direitos fundamentais, inclusive diante da violação perpetrada pelo Legislativo, e na proteção das minorias, exercendo uma importante funçãocontramajoritária. A fiscalização da constitucionalidade, mesmo quando realizada em

---

[186]CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão da legitimidade da Justiça Constitucional. Tradução Fernando Sá. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 99, n. 366, p. 127-150, mar./ abr. 2003. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892/40768>. Acesso em: 17 mai. 2021.

[187] Ao tecer uma análise sobre o modelo francês de controle, Ivo Dantas detalha essa discussão. DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo. Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p.275-276.

[188] Na França, o desenvolvimento da jurisdição constitucional foi muito mais moroso, especialmente dada à histórica crença no Parlamento como meio de incorporação democrática da vontade popular, tornando o seu produto imune ao controle judicial. A França, até sediou, no século XIX, o desenvolvimento da *Justice Administrative*, estabelecendo a revisão judicial de atos administrativos, modelo importado para outros tantos ordenamentos, como Alemanha e França. O estabelecimento do controle judicial dos atos legislativos, por sua vez, demorou bastante.CAPPELLETTI, op. cit.

[189]Um Tribunal Constitucional só é necessário aonde a Constituição é desrespeitada. ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 635-636 e 939.

[190] "A instauração das democracias, com a queda dos regimes ditatoriais, em sucessivas ondas de democratização, na Europa, foi sempre acompanhada pela institucionalização de mecanismos fortes de controlo de constitucionalidade, a cargo de tribunais constitucionais. Inversamente, estes órgãos estão invariavelmente entre os primeiros alvos de políticas desvirtuadoras do Estado de direito. A fiscalização judicial da constitucionalidade é, quase universalmente, uma dimensão constitutiva de um Estado constitucional democrático, que não se confunda com um simples Estado de legalidade. Só nele ganha sentido e expressão autêntica". RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A justiça constitucional em sociedade democrática. In: **Julgar**, n. 34, 2018, Almedina, p. 101-109. Disponívelem <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/01/JULGAR-34-05-JSR.pdf>. Acesso em 10 mai. de 2021.

abstrato, deve salvaguardar valores de liberdade e igualdade, servindo à defesa do projeto constituinte.

O que caracteriza a jurisdição constitucional é a função de proteger a supremacia da Constituição. E, em sendo esta provida de grande carga axiológica a ser definida em sua vivência, passa a ser a função de todo órgão jurisdicional, no curso de qualquer processo de sua competência, realizar esse especial fim. Em espécie, nos países em que há um esquema de precedentes, não há espaço para a defesa de que a verificação de constitucionalidade só pode ser realizada por um tribunal específico e que atue em abstrato.

Nesse quadrante do século XX, a adoção de sistemas de controle de constitucionalidade se tornou uma crescente na Europa. [191] A experiência de jurisdição constitucional por meio da elaboração de sistemas de controle com modelos extremos deu lugar a uma espécie de hibridação.[192-193]Nesse espeque, a jurisdição constitucional pode ser exercida em monopólio, como é o caso dos sistemas que adotam a Corte Constitucional como órgão autônomo e especializado, ou de maneira compartilhada, incluindo ou não em sua estrutura um órgão especializado. Em todo caso, deve ser dotada de independência e autonomia institucional, a fim de que possa exercer sua função adequadamente.

Em sendo a Constituiçãoo centro gravitacional do Estado Constitucional, toda função estatal aplica a Constituição,[194] inexistindo uma cisão entre o plano de constitucionalidade e o

---

[191] Após a segunda guerra mundial ele foi adotado por várias Constituições da Europa e de outros Estados: República Federal da Alemanha em 1949; Itália em 1948; França em 1958; Chipre em 1960; Turquia em 1961; Portugal em 1976; Espanha em 1978; Bélgica em 1984; a Iugoslávia em 1963, Hungria em 1984 e Polônia em 1985. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional.** Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/jose_baracho.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

[192]Favoreu analisa a organização da Justiça Constitucional na experiência europeia de controle concentrado, indicando como características a dualidade de jurisdições (contencioso ordinário e contencioso administrativo); o contencioso constitucional por um órgão autônomo específico, fora da estrutura padrão do Judiciário, monopolizador da Jurisdição Constitucional; a indicação política de membros desses tribunais; a concentração de competência para realização do controle de constitucionalidade, proferindo decisões com eficácia erga omnes, seja por via principal ou incidental. FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Lande Editora, 2004.

[193] Mencione-se a Alemanha, que em 1949 teve promulgada a Lei Fundamental da República da Alemanha (Lei de Bonn), adotando a Corte Constitucional, prevendo um novo sistema de controle de constitucionalidade (*Verfassungsgerichtshof*). Em 1969, a Alemanha dispôs em sua Constituição um instrumento jurídico (*Verfassungsbeschwerde*) disposto ao cidadão para impulsionar a Corte Constitucional contra qualquer ato do Estado, legislativo, administrativo ou judicial, que violasse direito constitucionalmente protegido. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão da legitimidade da Justiça Constitucional. Tradução Fernando Sá. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 99, n. 366, p. 127-150, mar./ abr. 2003. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892/40768>. Acesso em: 17 mai. 2021.

[194] É a partir dessa tessitura que se fala em tutela constitucional do processo, por meio do reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. O processo é uma garantia constitucional, ratio consagrada nas Constituições do século XX, que passaram a consolidar. princípios de direito processual como garantias a serem efetivadas. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos delDerechoProcesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1977.

plano da legalidade (ver item 2.2.2.2). O ordenamento é uno e a jurisdição também. Assim, não há relevância na distinção entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária.[195]

Oprocesso constitucional é o instrumento para impulsionar a jurisdição constitucional a agir em defesa da supremacia constitucional.[196-197] Por ser processo, deve se perfazer atravésde um procedimento, como "conjunto de atos organizados tendentes a produção de um ato final", que defina também "as diversas posições jurídicas de que os diversos sujeitos do procedimento serão titulares".[198]Realiza-se por uma sequência de atos encadeados, norteados por princípios e regras que estão dispostos também na própria Constituição.

É importante destacar que o século XX também sediou uma mudança de muita relevância para a ciência processual: a passagem da fase metodológica do procedimentalismo

---

[195] Parcela da doutrina ainda defende a existência de diferença entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional. Com supedâneo em Peter Haberle, Georges Abboud indica que a jurisdição constitucional tem como caractere o fato de produzir decisões que possuem mais impacto e alcance político que as das demais jurisdições, uma vez que intenta a limitação, racionalização e controle do poder, a proteção de minorias e reparação de novos perigos para a dignidade humana. ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 360-362. Em sentido semelhante, está a doutrina de Joaquim José Gomes Canotilho. O autor desenvolve que um órgão judicial exerce jurisdição constitucional quando decide questões constitucionais, razão pela qual o órgão que tem competência para julgar a inconstitucionalidade de ato normativo aplicável ao fato submetido a julgamento exerce jurisdição constitucional. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Externalização ou internalização da "Justiça" Constitucional. Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional. In:**Comunicação ao 3º Encontro Nacional de Direito Constitucional**, São Paulo, set/1994.

[196] O conceito utiliza um critério material para definir o processo constitucional, considerando a matéria que fará com que seja um processo constitucional, não uma perspectiva formal, como a consideração do órgão em que tramita. O conceito apontado é de García Belaunde e José Afonso da Silva. BELAUNDE, Domingo García. **DerechoProcesal Constitucional**. Bogotá: Temis, 2001, p.2-5; DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

[197] É importante mencionar que na doutrina há divergência acerca da natureza do processo constitucional e sua autonomia. Há autor que defende a inclusão do processo constitucional como ramo vinculado à teoria geral do processo, tal como o processo penal, processo civil, processo do trabalho, processo administrativo (GÓMEZ, Cipriano. La teoria general delproceso y elderechoprocesal constitucional. In:**DerechoProcesal Constitucional**. Tomo I. México: Ed. Porruá, 2006, p. 363). No mesmo sentido, Dinamarco defende que o processo objetivo inaugura uma ampliação do conceito de processo, alterando a concepção teórica de interesse de agir (DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998). Para alguns autores, o processo em que se realiza controle de constitucionalidade é uma espécie de procedimento civil, sendo o controle concentrado de constitucionalidade uma espécie de procedimento especial obrigatório (DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. Salvador, JusPodivm, 2018). Para Osvaldo Alfredo Gozaíni, há diferenças significativas que distanciam o processo constitucional de uma modalidade especial de procedimento, considerando a base da teoria geral do processo, especificamente a conceção teórica de jurisdição, ação e processo (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Introducción al derechoprocesal constitucional**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2006, p.14).

[198] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 282-283.

científico para a fase instrumentalista.[199]Na fase instrumentalista, supera-se o prisma puramente jurídico do processo. O surgimento dos direitos sociais como temática estatal exige um novo enfoque da processualística, fazendo surgir uma nova concepção do processo consubstanciado no acesso à justiça.[200]

O modelo de processo passa a ser o modelo constitucional do processo, incrementado pelos princípios e garantias constitucionais, devendo possuir um perfil democrático.[201]O processo passa a ser tido como um elemento de consolidação da democracia, sendo instrumento para a racionalização do poder preconizada pelo constitucionalismo e, por conseguinte, para assegurar a normatividade constitucional.[202] Especialmente quando se presta à tutela da supremacia constitucional, o processo constitucional é mais do que um direito instrumental. Em verdade, concretiza uma metodologia própria de garantia da Constituição. [203]

O processo constitucional é um verdadeiro marco do processo democrático e manifestação da concepção garantista da Constituição e do processo,[204] estando configurado num conjunto de atos regulados pela lei, em determinação de como e quais as condições em

---

[199] No sec. XIX, os conceitos caros ao processo civil passaram por um processo de sofisticação. Vivia-se a fase metodológica do procedimentalismo científico, fase em que o processo surge como ciência autônoma, impulsionada por uma filosofia liberal individualista. Estabelece-se que o processo é uma relação jurídica autônoma, complexa e pública, porque o Estado está presente por meio do exercício da jurisdição (BÜLOW, Oskar Von. **La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: EJEA, 1964). Nesse contexto são cunhados diversos conceitos, inclusive o de jurisdição. A jurisdição nasce como oportunidade para que o juiz diga o direito, aplicando a lei ao caso concreto. Nas palavras de Chiovenda, "a jurisdição é função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos". Separa-se a política da função jurisdicional, indicando que a jurisdição é atuação do juiz para realizar direito objetivo (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tomo II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 12). Diversos fatores contribuíram para a mudança metodológica do processo, tais como "a intensificação da conflituosidade social, a morosidade da justiça, as altas custas judiciais e outras questões sociais relativas ao acesso à justiça" (ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação ao Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22).

[200] Na introdução de obra elementar para a fase instrumentalista do processo, é possível extrair que a expressão "acesso à Justiça" serve para determinar "duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos". CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio AntonioFrabris Editor, 1988, p. 8.

[201] MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[202] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 15.

[203] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. In: **Revista Eletrônica TRT3**, n. 55-56, p. 56-68. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf>. Acesso em 04 abr. 2021.

[204] LANDA, César. Autonomíaprocesaldel Tribunal Constitucional. In: **Aspectos delderechoprocesal constitucional**. Lima: IDEMSA, 2009, p. 437.

que a jurisdição constitucional se manifesta. [205] Em suma, cuida da reafirmação da normativa constitucional perante as disposições e os atos infraconstitucionais, apresentando-se como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle das normas ordinárias perante a Constituição.

### 2.3.2 O processo constitucional subjetivoe o devido processo legal

O processo constitucional em que se tutela a supremacia da Constituição pode ser tipificado, em consideração ao tipo de pretensão deduzida, como processos de índole objetiva e subjetiva, espécies que conformam o sistema constitucional brasileiro.

Diante da proteção da ordem jurídico-constitucional objetivamente considerada, estar-se-ia fazendo alusão ao processo objetivo; [206] aquele especialmente destinado a potencializar a vigência das normas constitucionais, protegendo o ordenamento,[207]munidodas ações dirigidas ao controle abstrato de constitucionalidade, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de omissão inconstitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. [208]

O fenômeno jurídico que lhes interessa tem como elemento a validade da norma jurídica abstratamente considerada, desmerecendo a sua incidência em suportes fáticos e a consequente norma individualizada (relação jurídica), [209] o que justifica a fixação de um rol

---

[205] DANTAS, Ivo. **Constituição e processo: Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 333.

[206] "É tradicional a distinção entre processo constitucional objetivo e processo constitucional subjetivo, consoante o tipo de pretensões deduzidas em juízo: (1) interesses juridicamente protegidos do cidadão (sobretudo direitos fundamentais), caso em que se fala de processo subjetivo (ex.: controle concreto da inconstitucionalidade); (2) proteção da ordem jurídico-constitucional, objetivamente considerada, caso em que se alude a processo objetivo (ex.: controle principal, abstrato, da constitucionalidade de atos normativos)." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1032-1033.

[207] Consigne-se que, neste trabalho, o termo "processo objetivo" é empregado como sinônimo de "processo objetivo especial" para os estudiosos do Processo Coletivo. Vide em: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 6º ed., São Paulo: RT, 2002, p. 1396.

[208] DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 64.

[209] É importante mencionar que, em que pese esse caractere de retirada de interesses particularizados do processo objeto em análise, o controle abstrato tem passado por um processo de democratização, a fim promover maior efetividade ao controle, à luz da realidade política. O*amicus curiae* e a possibilidade de realizar audiências públicas são exemplos desse intuito de democratizar o processo. Sem pretender dar cabo no assunto, mencione-se ainda o art. 9º e 20 da Lei n. 9.868/99, que estabelece a possibilidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de sanar insuficiência de informações nos autos no curso de ação direta de controle, inclusive em sede de cautelar. Essa possibilidade permite que o juiz designe perito ou comissão de perito para emissão de parecer, demonstrando que é possível que haja questão de fato a ser enfrentada. É importante mencionar também que, apesar de ter sido elaborado um rol restrito de legitimados ativos, no intuito de reduzir a ingerência de interesses particulares na demanda, na legitimidade institucional, abalizada para preservar o sistema jurídico, há elementos subjetivistas que impulsionam os legitimados à propositura da ação.

restrito de legitimados para impulsionar o Judiciário e acaba por distinguir essa atuação da função jurisdicional comumente exercida pelo Judiciário. [210]

O processo constitucional subjetivo, por sua vez, desenvolve-se quando a demanda tem porpedido um objeto que se volta para a tutela de interesses do cidadão (sobretudo direitos fundamentais), seguindo o regramento processual determinado para a proteção desses interesses. [211]

Nesse espeque, o processo constitucional subjetivo pode ser visualizado sob a perspectiva das ações constitucionais que constituem a ordem constitucional subjetiva, tais como o *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de segurança, a ação popular, o mandado de injunção e a ação civil pública, em materialização da jurisdição constitucional das liberdades,[212]também denominados de remédios constitucionais e até de processo constitucional em sentido amplo por Ivo Dantas. [213]Nessas ações, caracterizadas pela especialidade de seus ritos, também é realizada uma espécie de fiscalização da constitucionalidade de maneira incidental. O objeto que cada ação mencionada acastela acaba por indicar a proteção de um direito de matiz constitucional ao alvedrio de uma situação violadora desse direito.

O processo constitucional subjetivotambém pode ser vislumbrado mediante a fiscalização de constitucionalidade em qualquer ação e de qualquer procedimento. Aqui, a constitucionalidade se apresenta, de maneira incidental, como questão prejudicial, por meio da impugnação de um ato normativo que embasa a situação jurídica levada a juízo, sendo

---

[210] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001, p. 42-43.

[211] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1032-1033.Na mesma toada é a linha de precedentes do Supremo Tribunal Federal. O Min. Celso Antonio Bandeira de Mello, em voto paradigmático, estabeleceu que as ações de controle são vocacionadas exclusivamente à defesa da harmonia do sistema constitucional, conclui que, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, "a tutela jurisdicional de situações individuais há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade".No caso vergastado, a Corte deixou evidente a conclusão de que, mesmo diante de hipótese de processo constitucional, a depender do mérito da ação, regras processuais distintas deveriam ser aplicadas. Portanto, tratando-se de ação cujo mérito é conflito subjetivo, a questão constitucional incidental seria resolvida por meio de regras do processo subjetivo; por sua vez, tratando-se de ação cujo mérito é o controle de constitucionalidade, a questão constitucional como pedido implicaria na adoção de regras do processo objetivo. Tal *ratio* passou a servir de paradigma para inúmeras decisões. STF. ADI 1.434–SP. Rel. Min. Celso de Mello. Plenário. DJU 22.11.1996.

[212] Trata-se de expressão cunhada por Cappelletti, em estudo dos instrumentos consagrados pela Constituição para tutelar direitos humanos estabelecidos na Constituição ou nos tratados internacionais. CAPPELLETTTI, Mauro. **La jurisdicción constitucional de lalibertad**. Tradução por Héctor Fix-Zamudio. México, UNAM, 1961.

[213] DANTAS, Ivo. **Constituição e processo: Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 306.

estaespécie que interessa a este trabalho, especificamente a prejudicial levantada em processo de cariz individual. Nessa hipótese, qualquer ação pode sediar o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade realizado em um processo subjetivo tem o condão prioritário de garantir direitos, sendo um fim de absoluta importância para a jurisdição constitucional, que tem como um de seus fundamentos "a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais". [214]Por meio de um processo subjetivo, a jurisdição é impulsionada a defender duplamente a supremacia da Constituição:garantir o direito de ação do jurisdicionado e, eventualmente, o direito em questão na relação jurídica e manter a integridade da ordem constitucional, que também é um direito fundamental de todo cidadão.

O processo constitucional subjetivo é um importante instrumento para materializar o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, que determina que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Permite que qualquer jurisdicionado, no uso de seu direito fundamental de ação, impulsione a jurisdição que está autorizada a, a partir de um caso concreto, defender e aplicar a Constituição, declarando a inconstitucionalidade de normativa que lhes seja antagônica.

Se não fosse possível fazer isso, não teria a concretização plena do direito de acesso à justiça, estando o controle de constitucionalidade adstrito a um rol estrito de legitimados para impulsioná-lo apenas de maneira abstrata. É nessa tessitura que Georges Abboud defende que o *judicial review* é um direito fundamental.[215]Assim, também materializa o direito à ampla defesa, permitindo que os cidadãos disponham a tutela da Constituição como matéria de defesa, levantando a questão prejudicial de inconstitucionalidade do ato normativo que embasa a relação jurídica em conflito.

Destaque-se que o devido processo nessa modalidade processual tem sua importância maximizada.Em breve *intro*, rememore-se que o mencionado princípio, que está previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88, informando todo o sistema jurídico, é a fonte de todos as demaisnormas processuais, fator que ressalta sua primazia no Estado Democrático de Direito.

---

[214] BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.
[215] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 843.

[216]O devido processo legal pode ser avaliado sob uma perspectiva formal e substancial, que são dimensões complementares.

O devido processo substancial (*substantivedueprocess*), uma das dimensões do mencionado princípio, também denominado substantivo, impõe que o processo devido é aquele que, além de atender às exigências formais, "gera decisões jurídicas substancialmente devidas". [217] O sentido substancial diz respeito "ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas", pondo freio na "atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma intepretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas". [218] Para Alexandre Câmara, trata-se do próprio princípio da razoabilidade das leis. [219] Essa dimensão do devido processo é justamente a quese intenta materializar por meio do processo constitucional.

O devido processo legal formal (*procedural dueprocess*), por sua vez, também denominado de procedimental ou de devido processo legal, tem conteúdo formado pelas garantias processuais. [220] Seria a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, isso porque "a garantia do devido processo legal surgiu como instituto de índole exclusivamente processual". [221]No caso do processo constitucional em análise, essa dimensão pode ser exemplificada com a exigência de atenção à regra especial de competência, estudada

---

[216]NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.92.

[217]DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 67-68.

[218]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 174.

[219]CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 43. A ideia de devido processo legal substancial ganhou força na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, como possibilidade de o Poder Judiciário revisar ato de governo ou da lei, a fim de adequá-lo à Constituição. Para Luís Roberto Barroso, o devido processo em sentido material "é o princípio por meio do qual se controla o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público", ou seja, "é por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral" (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214). Particularmente, duas distinções precisam ser feitas: uma, diversamente do que se depreende dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e de uma doutrina minoritária, proporcionalidade e razoabilidade se distinguem por dois aspectos fundamentais: origem e estrutura. A razoabilidade surgiu na doutrina americana em sede do devido processo legal substantivo; enquanto a proporcionalidade tem origem alemã. A razoabilidade não é estruturada por subdivisões; a proporcionalidade divide-se nas regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23.50, 2002, p. 29-36.). Duas, em verdade, é mais adequada a percepção da razoabilidade e proporcionalidade como espécies de postulados, normas de segundo grau, que auxiliam na aplicação das normas jurídicas, consubstanciando espécie autônoma dos princípios (ÁVILA, Humberto**. Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2005). A razoabilidade e proporcionalidade não decorrem do devido processo legal substancial. São instrumentos de materialização do devido processo, mas não derivam dele.

[220]DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 67.

[221]CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 43.

melhor no próximo capítulo, tendo sido estabelecida a competência exclusiva e absoluta do plenário ou do órgão especial para julgar a questão prejudicial constitucional em sede de tribunal, operacionalizando uma cisão horizontal de competência. Dito de outra forma, a violação dessas exigências consubstancia também violação ao devido processo legal.

A observância do princípio do devido processo legal assume importância ímpar no processo constitucional subjetivo porque será perfeito em demanda que, para além do especial fim de resolver contenda de interesse particular, sedia o enfrentamento da constitucionalidade de normativa.

O processo constitucional subjetivo em análise é a genuína instrumentalização do processo enquanto matéria constitucionalizada. A busca pela tutela de direito subjetivo,[222] sediado diretamente ou não na Constituição,[223] dar-se-á em demanda que também realizará a tutela da supremacia constitucional. Considerando que todo juiz deve realizar a defesa da supremacia da Constituição nas demandas de sua competência, todo processo deve ser também constitucional. Pressupõe-se que o juízo enfrenta a constitucionalidade de normativa em todas as demandas, de modo que, naquelas em que a constitucionalidade não foi objeto de debate, é porque a presunção de constitucionalidade foi implicitamente asseverada.

Essa defesa é perfeitamente adequada à relação estabelecida entre a Constituição e o processo desde a segunda metade do século XX, atingindo seu ápice normativo no Brasil com a Constituição de 1988 e com oCPC/15, que já no seu art. 1º nos lembra do óbvio, determinando que "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil , observando-se as disposições deste Código".

Como se perfaz no exercício do direito de ação dos cidadãos, que abrange o "direito de provocar a atividade jurisdicional" e o "direito à escolha do procedimento", nos casos em que

---

[222] O direito subjetivo é uma situação de vantagem conferida a um sujeito diante de um outro sujeito por uma norma jurídica, impondo um dever correspondente (GUASTINI, op. cit., p. 251). É importante mencionar que, para alguns autores, a concepção teórica de direito subjetivo está conectada com a ideia de que a mera posição de favorecido pelo cumprimento de uma obrigação não consubstanciaria direito subjetivo. Só se fala em direito subjetivo no caso de situação que possa ser protegida mediante ação judicial. Assim, o direito subjetivo teria como caractere a existência de interesse do sujeito favorecido na aplicação da sanção; "uma pretensão a ser sustentada num ato jurídico apenas existente quando o não-cumprimento do dever se possa valer através de uma situação judicial". Característico do direito privado, o direito subjetivo residiria no poder jurídico de, por meio de uma ação, fazer valer o não cumprimento de dever, estando conectado à vontade e ao acesso ao Judiciário. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 143-156

[223] O direito subjetivo pode ter diversas fontes, contratual, legal e constitucional. Nos países que possuem uma Constituição rígida, um direito subjetivo constitucional não pode ser limitado, modificado ou suprimido por leis ordinárias. Inclusive, pode suprimir um direito legal. Os direitos subjetivos que têm sede na Constituição são direitos subjetivos públicos, consubstanciando direitos conferidos aos cidadãos contra o Estado. GUASTINI, op. cit., p. 251-253.

há faculdade, [224] a questão constitucional será enfrentada no procedimento eleito pelo autor após ajuizamento da demanda, sendo premente compreender sua posição no processo.

### 2.3.3 A questão prejudicial constitucional e o controle incidental

De maneira preliminar, estabeleça-se que "questões" são as "dúvidas postas pelas partes ou argumentos que o próprio juiz pode trazer ao processo". Sobre elas incidirá a cognição do magistrado. [225]Seria o "ponto duvidoso, de fato ou de direito que será analisado pelo juiz" e, uma vez enfrentado, passaa integrar os fundamentos da sentença, [226] conforme art. 489, II, do CPC/15.

Nessa perspectiva, a "questão" não constitui o objeto litigioso do processo, o mérito propriamente dito, o que, acaso adotada uma acepção ampla do termo, poderia ser qualificado como questão/causa principal, aquela que o juiz tem que resolver, tendo sido objeto de pedido das partes, devendovir a integrar o dispositivo de eventual sentença, conforme art. 489, III, do CPC/15. Assim, o vocábulopode ter duas acepções, uma estrita e uma ampla, respectivamente. A "questão", em sentido amplo ou estrito, difere do "ponto" pela incontrovérsia.[227] O "ponto" é um argumento levantado que não é objeto de resistência, convolando-se em incontroverso, razão pela qual não precisa ser decidido e pode ser ignorado.[228]

É a "questão" em sentido estrito ou questão incidental que interessa a este trabalho, uma vez que a questão constitucional disposta numa demanda se apresenta como controvérsia que será objeto de cognição prévia do juiz, antes do enfrentamento do mérito da demanda, no*locus* para a elaboração de seus argumentos: a fundamentação de sua decisão.

As questões prévias são aquelas que antecedem a principal, dispondo-se como algo que deve ser apreciado antes da análise do pedido. Podem ser classificadas em preliminares e prejudiciais. Para definir se uma questão é preliminar ou prejudicial é necessário avaliar o teor de influência que a questão vinculante terá sobre a vinculada. Para Barbosa Moreira, as questões prévias se distinguem pela influência que a questão vinculante terá sobre a vinculada, não pela natureza da questão vinculada. Nesse sentido, é mais um dado de ordem

---

[224] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 283.
[225]BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
[226]BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
[227]CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
[228] ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Ed. RT, 1977, p. 27-28.

lógica que cronológica. As questões preliminares podem impedir ou postergar a análise da subordinada, quando, respectivamente, peremptórias ou dilatórias, condicionando sua existência; a questão prejudicial, por sua vez, influi no conteúdo da questão subordinada, não na sua existência.[229]

A questão prejudicialé a questão de cuja solução do mérito depende do teor de seu enfrentamento. [230]A segunda questão – a prejudicada - depende da primeira – a prejudicial -no seu modo de ser, não no seu ser. Não impede o julgamento do mérito, mas altera como ele será feito, consubstanciando uma premissa lógico-obrigatória ou etapa necessária para a solução do conflito.[231]

Em que pese essa seja a concepção comumente adotada, há doutrinas divergentes. [232]Em todo caso, há unanimidade no sentido de que a questão prejudicial deve ser enfrentada antes da decisão do mérito (da causa principal) e é por isso que seu enfrentamento se dá de maneira incidental.

Numa demanda em que a constitucionalidade é apresentada como fundamento do pedido, a jurisdição constitucional é invocada por via de exceção/defesa dentro de um litígio, para checar a compatibilidade de normativa - que embasa o direito que se busca tutela - perante a Constituição, sendo essa resposta elementar para adentrar no mérito da demanda.[233] Diz-se "exceção" num sentido amplo, como fato impeditivo ou extintivo, que abrange defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, podendo ser apresentada pelo polo passivo

---

[229]"À melhor doutrina, porém, não escapou a compreensão de que o fenômeno constituía mero corolário da existência de uma relação de subordinação ou dependência: as questões prévias são tais por causa da influência que a sua solução exerce sobre a de outras questões". "Pouco importa que ambas as questões – a subordinada e a subordinante, ou, como agora já se pode dizer com melhor técnica, a prejudicial e a principal ou a prejudicada – sejam regidas pelo direito substantivo ou pelo direito processual, ou que a primeira o seja por aquele e a segunda por este, ou vice versa. Na perspectiva adotada, que nos parece a única satisfatória, o elemento decisivo é a configuração de particular modo de influência a que se aludiu". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 11 e 24.

[230]Dirley da Cunha Junior elucida que a palavra prejudicial pode ser fracionada da seguinte maneira: pré= antes; judicial = de julgar. A questão prejudicial, portanto, seria decidida pelo juiz ou pelo tribunal antes de julgar a própria controvérsia. CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 99.

[231] Barbosa Moreira conceitua que a questão prejudicial é aquela de cuja solução dependa o teor ou o conteúdo da solução de outras (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 29-30). O auto ainda desenvolve que se trata de questão "cuja existência ou inexistência logicamente depende a da relação jurídica deduzida em juízo pelo autor, por meio da demanda que deu origem ao processo". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 92.

[232]Marinoni, além de sinalizar a inexistência de um conceito universal sobre questão prejudicial, defende que depende da lógica do sistema processual. O autor sugere que, na experiência brasileira, na dimensão da coisa julgada, a questão prejudicial é aquela que "necessariamente deve ser decidida para se julgar o pedido ou é a questão de que 'depende o julgamento do mérito'". MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 233-234.

[233] SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 162.

ou ativo da relação processual, inclusive pelo Ministério Público e até de ofício pelos magistrados.Como conta com ampla legitimidade ativa, costuma-se indicar que se trata de elemento que subjetiviza o sistema de controle, materializando a ampla defesa.[234]

A questão constitucional se apresenta como "antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica" disposta como mérito da demanda – a questão prejudicada -.[235] Por essa razão, consubstancia fundamento para a solução da causa principal, uma questão prévia-prejudicial que deve ser enfrentada anteriormente à questão principal que envolve o direito subjetivo em tutela, norteando o seu sentido.

Nessa acepção, a questão constitucional é resolvida de maneira incidental. O controle de constitucionalidade difuso, da forma inicialmente pensadano sistema norte-americano, seria realizado no curso de um processo de maneira incidente. Assim, extrai-se que a inconstitucionalidade pode ser uma questão incidente numa demanda, arguindo-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum* a um caso concreto, por ocasião de um "*case orcontroversy*". Implica que o controle de constitucionalidade pode ser realizado num processo de conhecimento, de execução ou cautelare sob a égide de qualquer procedimento. [236]

É importante destacar que a denominação "sistema de controle difuso" não se confunde com a qualificadora "incidental". A denominação "difuso" diz respeito ao número de órgãos competentes para realizar o controle de constitucionalidade, enquanto que a caracterização como "incidental" diz respeito ao aspecto procedimental, considerando a posição que a matéria constitucional ocupa no processo. É factível, inclusive, que nem todo controle incidental é realizado de maneira difusa. [237] Dentre outros exemplos que poderiam ser citados, há precedentes que autorizam a realização do controle incidental em sede da ação direta de inconstitucionalidade (ver item 3.2.4.1). Mencione-se ainda a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que é conhecida via para o controle concentrado incidental.

---

[234] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 100.

[235]BUZAID, Alfredo. "Juicio de Amparo" e Mandado de Segurança (contrastes e confrontos). In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 56, p. 172-231. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66387. Acesso em 24 set. 2021.

[236] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91.

[237] Há matérias que, mesmo em controle incidental, só podem ter a constitucionalidade avaliada por um órgão, de maneira concentrada, como é o caso do controle preventivo impulsionado pelo parlamentar, mediante impetração de mandado de segurança, para ver respeitado o devido processo legislativo. Seria uma hipótese de controle concentrado incidental.

Outrossim, no modelo norte-americano, tradicionalmente,[238] o enfrentamento da questão constitucional só seria possível se apresentada como fundamento do direito levado a juízo. [239]Por isso é também denominado de controle concreto, uma vez que é realizado na medida em que o ato normativo, cuja constitucionalidade se discute, seja relevante para a decisão do caso concreto.[240] Era necessárioque uma das partes sustentasse"que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal seus interesses, porque a lei é inconstitucional". Exigia-se que a questão coincidisse com os interesses dos particulares, fator que era objeto de crítica de Kelsen, que defendia que a constitucionalidade ou não das leis é matéria de interesse público.[241]

*A priori*, indicar que a questão prejudicial constitucional consubstancia causa de pedir da demanda pode trazer um reflexo privatístico ao incidente, uma vez que, da forma como foi pensada para o processo individual, é elemento objetivo que é composto pelos fatos e pela relação jurídica aduzida. Afirmar que a questão constitucional se apresentará como causa de pedir, pode implicar a equivocada percepção de que as partes estabelecerão a medida em que a constitucionalidade será averiguada.

Ocorre que a higidez constitucional das normas, tal qual destacado por Kelsen, é matéria de interesse público, consubstanciando dever da função jurisdicional mantê-la, razão pela qual os contornos do controle de constitucionalidade, mesmo em processo subjetivo, não são inteiramente definidos pelas partes, fator que também permite a defesa de que o controle seja suscitado de ofício (ver item 3.2.2.2). Por essa razão também pode ser realizada a qualquer momento, haja vista que a questão constitucional não está sujeita à preclusão. [242] Destaque-se: a questão constitucional não está sujeita à preclusão, mas a pretensão defluente

---

[238] Fala-se "tradicionalmente" porque o próprio sistema americano passou a flexibilizar os critérios para ajuizamento de ação. Carlos Alberto Lúcio Bittencourt observa que, diante da exigência de que os jurisdicionados levassem uma controvérsia para oportunizar a Corte a verificar a constitucionalidade, os advogados passaram a forjar demandas fictícias. Em 1934, a Corte passou a permitir o ajuizamento de ação declaratória como instrumento para obter a pronúncia de inconstitucionalidade. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, p. 24-25.

[239] "O direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e delicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a outra [...]." BITTENCOURT, op. cit., p. 23.

[240] Como resquício da natureza privatística, é importante mencionar que o Decreto n. 848/1890 estabelecia que "na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte". A Lei de Organização da Justiça Federal, por sua vez, já previa que "os juízes e tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais". MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 726.

[241] KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade – Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. In: **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 311 e ss.

[242] Embora, na hipótese em que for ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, deva ser prequestionada.

da causa principal pode estar e, nessa hipótese, para que o enfrentamento da questão constitucional seja possível, o interessado tem que ter legitimidade para impulsionar seu enfrentamento como causa principal, o que quer dizer "de maneira abstrata", conjuntura em que independerá da preclusão da pretensão sobre o direito subjetivo.

Uma questão prejudicial pode ser enfrentada como simples incidente processual ou por meio de ação incidental, o que definirá a integração ou não aos limites objetivos da coisa julgada. A doutrina costuma diferenciar incidentes processuais de ações incidentais utilizando como elemento distintivo a (in)existência de formação de uma nova relação processual, de modo que só as ações incidentais formam uma nova relação. A ação incidental tem o condão de permitir que a questão prejudicial, que só era conhecida pelo juiz, possa integrar o objeto litigioso do processo, apresentando a questão como pedido, integrando o mérito da causa, permitindo que seja atingida pela autoridade da coisa julgada no regime comum. Seria o mecanismo para que a questão, que seria examinada *incidenter tantum*, seja examinada como *principaliter*. Essa ação era prevista nos arts. 5º e 325 do CPC/73, não encontrando previsão expressa no CPC/15, havendo grandes discussões acerca de sua sobrevivência.

A questão prejudicial constitucional, por sua vez, só pode ser enfrentada por via de incidente processual, uma vez que por via de ação incidental exigiria a formação de uma nova relação jurídica processual, o que só é dado em uma ação de controle abstrato, hipótese que conta com cabimento, competência e legitimidade restritíssimas.

Enquanto incidente processual, é possível que a questão prejudicial constitucional seja analisada por meio de um procedimento autônomo ou não, a depender de onde a causa está em trâmite. Isso porque, no nosso sistema de controle difuso, a questão prejudicial constitucional pode ser enfrentada por um juízo monocrático ou por um tribunal, diferindo quanto ao grau de cognição que estarão autorizados a realizar.

Em todo caso, em sua relação com a causa principal, o problema da inconstitucionalidade surge incidentalmente, fazendo com que a questão prejudicial constitucional integre o objeto do processo, [243] mas esteja fora do objeto litigioso. Será apresentada como causa de pedir da demanda e,[244] como não consubstancia pedido, será

[243] O objeto do processo tem grande relação com os elementos objetivos da ação, a causa de pedir e o pedido. Não há uma definição unânime acerca da dimensão do objeto do processo. Neste trabalho, parte-se do pressuposto de que o objeto do processo abrange tudo o que for objeto de cognição do juiz, compreendendo o objeto litigioso - o mérito propriamente dito demarcado pelo pedido, a causa principal sobre a qual se realizará o julgamento, e as questões que lhes são incidentais que integrarão a fundamentação do julgamento.

[244] A causa de pedir abrange a narrativa de fatos e os fundamentos jurídicos, tendo sido adotada a teoria da substanciação no Brasil, conforme se depreende do art. 319, III, do CPC/15. Abrange, portanto, os fatos jurídicos narrados e a relação jurídica consequente, sendo dispostos através da narrativa de fatos e da construção do fundamento dos pedidos. O juiz estará adstrito aos fatos jurídicos e aos pedidos apresentados, de modo que não

disposta na fundamentação da decisão.[245] No entanto, a depender de onde se enfrentará a questão incidental, o grau de cognição na análise incidental será diferente, exigindo a implementação de um procedimento diverso.

Acaso experenciada incidentalmente, sem a existência de um procedimento autônomo, a questão prejudicial constitucional é meramente conhecida, analisada, porém não julgada. A questão prejudicial constitucional é apresentada como causa de pedir da demanda e assim será enfrentada pelo juízo no ato da decisão, integrando a sua fundamentação. Isso acontece quando a questão for enfrentada pelo juiz singular. Ao deparar-se com a questão prejudicial constitucional, seu juízo limitar-se-á a assinalar a aplicação ou não da norma, utilizando como fundamento a sua adequação ou não à Constituição, uma vez que a aplicação desta é seu dever. O juiz fará análise da constitucionalidade da norma impugnada, mas sem proferir julgamento. Trata-se de hipótese em que o incidente seguirá o padrão das regras de competência, devendo ser conhecida pelo mesmo juízo que julgará a causa principal.

É importante mencionar que o órgão de composição monocrática é o que tem mais liberdade na análise da questão prejudicial constitucional, estando atido à hermenêutica jurídica, mas sem muitas regras procedimentais específicas. Não há necessidade de instaurar um incidente de arguição de inconstitucionalidade porque não há declaração de inconstitucionalidade; apenas o pleno ou o órgão especial de um Tribunal poderia fazê-lo, como será delineado no próximo capítulo. Já houve defesa, inclusive, no sentido de que o juiz singular não pode examinar a constitucionalidade de norma, devendo recorrer *exofficio* para o tribunal imediatamente superior.[246] Defesa que não encontra respaldo, uma vez que o controle de constitucionalidade é atividade inerente à toda função jurisdicional.

Acaso experenciado como incidente autônomo, hipótese que integra o objeto deste trabalho, já que tem como objeto o incidente de arguição de inconstitucionalidade, a questão prejudicial constitucional se convola no objeto litigioso do incidente, que operacionaliza uma

---

pode partir de fato que não está no processo nem ofertar decisão extra, ultra ou citra petita. Mas não está adstrito à fundamentação, podendo decidir o caso com supedâneo em normativa diversa da apresentada como fundamento jurídico.

[245] É importante mencionar que, hodiernamente, há grandes discussões acerca da ampliação do objeto litigioso do processo, defendendo a abrangência, para além do pedido, da causa de pedir. Essa defesa permite que a autoridade da coisa julgada seja deslocada do pedido para o debate, permitindo que a imutabilidade e indiscutibilidade abranja certos pontos da *causa petendi*, indo além dos pedidos elaborados. A maioria da doutrina, por sua vez, ainda identifica o objeto litigioso com o pedido. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 671; CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.103.

[246] BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis. In: **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 87-101.

cisão cognitiva entre o julgamento da causa principal e o julgamento da questão prejudicial, de modo que a constitucionalidade da norma é efetivamente julgada. Não apenas a tem como objeto de cognição sobre o qual apenas se conhece, nada se declara. A decisão proferida pelo plenário ou órgão especialdeverá ser considerada pelo órgão julgador da causa principal, indicando o modo como deverá julgar a causa principal. Essa decisão integrará a fundamentação da decisão sobre o mérito da demanda, não sendo possível que o órgão originário faça juízo acerca da decisão de (in)constitucionalidade.

Analisando as espécies apresentadas de outra forma, resta evidente que nem todo controle incidental de constitucionalidade é realizado por via de incidente autônomo.O incidente de arguição de inconstitucionalidadesó tem lugar nos tribunais e nas hipóteses em que o juízo competente para a causa principal não for também competente para enfrentar a questão prejudicial (plenário ou órgão especial). O capítulo seguinte se dedica à análisedo incidente de arguição de inconstitucionalidade e seu processamento.

# 3 O INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

## 3.1 INTRO

Este capítulo apresenta uma visão panorâmica acerca de alguns elementos processuais que caracterizam o incidente de arguição de inconstitucionalidade, bem como o seu processamento. Para tanto, o capítulo foi dividido em duas partes.

A primeira, apresenta elementos processuais, tais como a natureza jurídica do incidente, a legitimidade ativa, a competência, oportunidade em que se analisa também a primeira face da cláusula de reserva de plenário, o cabimento, ocasião em que são pinceladas algumas das particularidades do incidente no Supremo Tribunal Federal, e o objeto do incidente de arguição, apontando a amplitude do *locus*do ato normativo-paradigmado. O estudo desses elementos tem o condão de mostrar as peculiaridades do incidente, enquanto via processual para que o controle incidental seja realizado em sede de tribunal. Diante da escassez de doutrina que trate desses elementos especificamente para o incidente de arguição de inconstitucionalidade - com exceção da cláusula de reserva de plenário - foi utilizada doutrina processual autorizada, adaptando-a às peculiaridades do "ser" incidente.

A segunda parte do capítulo indica como se dá o processamento do incidente de arguição. Em consideração aos dispositivos da Constituição, do Código de Processo Civil e do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, o processamento do incidente começa a ser destrinchado a partir do juízo de admissibilidade legalmente previsto. Em seguida, passou-se a demonstrar a espécie de instrução que existe no incidente para que seja produzido o acórdão que julga a (in)constitucionalidade, oportunidade em que se analisa também a segunda face da cláusula de reserva de plenário, criando o *link* para o capítulo 4, que se dedica à decisão do incidente de arguição de inconstitucionalidade e sua eficácia.

## 3.2 O INCIDENTE

### 3.2.1 Natureza jurídica

O incidente de arguição de inconstitucionalidade foi tratado nos arts. 948 a 950 do CPC/15, inserido no título "Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais". Isso implica que deve atender às disposições gerais do título, como a que dispõe o dever de uniformizar a jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente (art.

926), bem como a que estabelece o dever de os juízes e tribunais observarem a orientação do plenário e do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927, V) e de dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida (§5º do art. 927).

O Código de Processo Civil que primeiro tratou do controle incidental de constitucionalidade foi o de 1973, trazendo breve disciplina sobre o tema quando experenciado em sede dos tribunais, não muito diferente do que fez o CPC/15. A regulamentação estabelecida no código processual se aplica à tramitação do incidente em todos os tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, devendo ser considerado também o respectivo regimento interno.

O incidente, que é técnica à proteção da supremacia constitucional, tem quatro pilares fundamentais – para além dos pilares comuns ao sistema de controle de constitucionalidade e aos processos de competência dos tribunais -, quais sejam (i) o acesso à justiça, permitindo que os particulares impulsionem a jurisdição para defender e aplicar a Constituição no ato de proteção de seu direito; (ii) a ampla defesa, autorizando que os particulares apresentem a defesa da Constituição por via de exceção, dentro de um litígio, impugnando o ato normativo que embasa a relação jurídica em conflito; (iii) a prejudicialidade da questão constitucional para a causa principal, averiguada a partir da existência de relevância para decidir o caso concreto; e, por fim, (iv) a colegialidade qualificada, exigindo-se um colegiado para discutir a constitucionalidadee quórum especial para, eventualmente, elidir a presunção de constitucionalidade da normativa impugnada.

Em síntese, o incidente de arguição de inconstitucionalidade é uma técnica disposta para que a questão prejudicial constitucional, diante da dúvida sobre a constitucionalidade de normativa que embasa o direito subjetivo que se pretende proteger, seja levada para o órgão competente em sede do tribunal para avaliar a constitucionalidade.

Por óbvio, o incidente não comporta o julgamento da causa principal, tão somente a definição de se o ato normativo que embasa o direito que se busca tutela é constitucional. O incidente implementa uma cisão cognitiva, ainda que essa cisão seja fictícia, uma vez que geralmente os tribunais fixam que o incidente de inconstitucionalidade não altera numeração nem forma auto apartado. A questão prejudicial é enfrentada por acórdão que efetivamente julga a constitucionalidade da normativa. Esse acórdão será enviado para o órgão da causa principal, que deverá considerar a definição da questão prejudicial constitucional ao encarar o mérito da demanda. Do contrário, haverá usurpação de competência.

Esses elementos, que serão melhor demonstrados ao longo deste capítulo, permitem a conclusão de que o incidente de arguição de inconstitucionalidade consubstancia um procedimento incidental autônomo.

A defesa dessa natureza de incidente autônomo se encontra embasada em alguns elementos. O legislador cuidou de denominar o instituto com a nomenclatura "incidente", indicando que não se trata do julgamento do pedido elaborado na ação. Por meio de sua instauração, cria-se um espaço para o enfrentamento incidental da questão prejudicial constitucional. Essa limitação de objeto, de igual modo, aponta que não há espaço para análise dos fatos controversos narrados no processo de onde se origina o incidente. Os interesses subjetivos só serão apreciados pelo juízo competente para a causa principal, depois de enfrentada essa questão prejudicial.[247]

A "autonomia" pode ser visualizada através da cisão cognitiva que implementa, sendo espaço para um julgamento objetivo da constitucionalidade da norma que embasa o direito que se busca tutela. Ao verificar a higidez da normativa com a ordem jurídica em sentido objetivo, o órgão profere decisão sem amarração com o litígio, longe dos interesses subjetivos envolvidos na causa. Diferentemente do que costuma acontecer no enfrentamento das questões prejudiciais, o órgão realmente julga a questão, não se limitando a apenas conhecê-la. A autorização para esse grau de cognição advém da Constituição Federal, que afirma que o tribunal declara a inconstitucionalidade ao realizar controle difuso (art. 97). A própria Constituição autoriza esse grau de cognição, mesmo que se trate de questão prejudicial, cabendo aos demais atos normativos regulamentarem como se processará.

Enquanto procedimento autônomo não se confunde com ação incidental. Não é estabelecida uma relação jurídica nova, o que consubstanciaria uma ação de controle abstrato, que conta com hipóteses de cabimento, competência e legitimidade restritíssimas. Paralelo a isso, a ação incidental, de subsistência duvidosa em nosso ordenamento, tem como exigência que, para além de a questão conformar pressuposto necessário para a resolução da causa, que o juízo da causa principal seja também competente para decidir a questão prejudicial. No caso, o incidente só tem lugar porque o juízo da causa não é competente para julgar a questão prejudicial, sendo necessário levá-la para o plenário ou para o órgão especial por meio dele.

Em suma, o incidente autônomo possui natureza própria, de modo que a análise da inconstitucionalidade é feita de maneira objetiva, devendo promover verdadeira discussão

[247] Conforme demonstrado no item 2.3.3, a questão prejudicial constitucional só poderá ser enfrentada por via de incidente processual, não por meio de ação incidental. Quando essa questão é levantada em sede de tribunal, esse incidente pode assumir forma de procedimento autônomo.

acerca da constitucionalidade de norma. Uma questão de extrema importância, objeto deste capítulo, é como se dará a formação do procedimento incidental, uma vez que objetiviza parte do objeto de cognição do processo, precisamente um elemento disposto como causa pedir no processo original, cuja solução encontrada tem potencialidade para alterar o modo de decidir a causa principal e, especialmente, consubstanciaprecedente a ser seguido pelos juízes e órgãos vinculados ao tribunal.

### 3.2.2 Legitimidade

A doutrina reiteradas vezes menciona o benefícioda amplitude da legitimidade ativa para impulsionar o controle difuso de constitucionalidade. Isso porque, conforme demonstrado no capítulo anterior, esse sistema de controle é caracterizado pela possibilidade de o jurisdicionado apresentar a inconstitucionalidade como matéria de defesa, seja autor ou réu, no bojo de uma ação judicial. Por causa disso, também é denominado de controle concreto. No entanto, para instaurar o incidente de arguição de inconstitucionalidade a legitimidade é um pouco mais estrita.

Para postular em juízo é necessário ter legitimidade (art. 17 do CPC/15).[248] O conceito tradicional de legitimidade, previsto para individualidade, é disposto como uma qualidade que decorre de uma situação jurídica do sujeito em face de um objeto. Essa concepção perpassa a consideração de que deve haver um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada.[249] A legitimidade seria a coincidência entre a posição ocupada pela parte, no processo, com a respectiva situação legitimadora, decorrente de previsão legal, relativamente à pessoa e perante o atinente objeto litigioso.[250]Assim, tradicionalmente, a legitimidade é aferida diante do objeto litigioso, considerando a relação jurídica substancial, razão pela qual sofre forte influência das regras de direito material, embora não se confunda com o direito posto na causa.

O incidente de arguição de inconstitucionalidade, que só tem lugar nos tribunais, tem como legítimos ativos as partes do processo, a considerar a relação jurídica processual disposta em demanda de sua competência originária ou recursal. Os terceiros intervenientes

[248]Destaque-se que, com o CPC/15, ganhou força a tese do binômio de pressupostos processuais-mérito, em razão da retirada do termo "condições da ação" do texto. Os elementos tidos como condicionantes da ação, passaram a ser tratados como verdadeiros pressupostos processuais de validade ou como mérito, a depender da situação concreta. Neste trabalho, adota-se a tese de superação do termo "condições da ação" pela categoria dos pressupostos processuais. A legitimidade consubstancia pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.
[249]ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.
[250]ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro.** Parte Geral: institutos fundamentais. Volume II. Tomo 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

também podem requerer a instauração do incidente, uma vez que a decisão produzida no incidente pode vir a lhes afetar. Acaso a questão prejudicial esteja sendo levada ao tribunal como causa de pedir de recurso, faz-se premente considerar as regras estabelecidas para a legitimidade recursal.

Paralela à legitimidade estabelecida a partir da relação com a situação subjetiva disposta na demanda original, é necessário mencionar a possibilidade de que outros sujeitos requeiram a instauração do incidente a partir da legitimidade institucional. Nesse espeque, a instauração do incidente pode ser solicitada pelo Ministério Público, ainda que atue apenas como fiscal da lei no processo original, oportunidade em que maximizará sua atuação como*custos constitutionis*.

Em sede de legitimidade, ainda é importante mencionar que muito já se discutiu na doutrina sobre a possibilidade de adotar instrumento processual que permita levar diretamente para o Supremo a questão constitucional que está sendo objeto de incidente em sede de tribunal, à semelhança do que acontece na Alemanha. Neste sentido, Gilmar Mendes já sugeriu a instituição de incidente de inconstitucionalidade, por meio do qual, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado Geral da União, do Procurador Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, a Corte Suprema enfrentaria a inconstitucionalidade, suspendendo o processo em curso perante qualquer juízo. A medida seria excepcional e exigiria alegar perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas.[251]

O referido instrumento intenta oportunizar que o Supremose manifeste mais rápido sobre a inconstitucionalidade, arrefecendo a dúvida sobre a matéria, diante da potência de eficácia que a decisão que profere possui. Atualmente, diante da restrição de cabimento, nem todos os atos normativos cuja constitucionalidade é verificada incidentalmente em sede de tribunal podem ser avaliados pelo Supremo Tribunal Federal. A restrição do rol de legitimados certamente intenta reduzir o número de demandas que chegariam ao Supremo, sendo um mecanismo de concentração do difuso.

#### 3.2.2.1 Desistência

Instaurado o incidente, semelhante ao que acontece no controle abstrato, não é possível que a parte desista dele. A conclusão não pode ser outra porque o julgamento feito

[251]MENDES, Gilmar Ferreira. Executivo e legislativo no controle de constitucionalidade. In: **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.249-250.

em sede do incidente exara cognição de conteúdo idênticoao da realizada no controle abstrato (ver item 4.3.1), autorizando a aplicação do art. 5º da Lei n. 9.868/99.[252] Não é possível desistir do incidente porque, uma vez admitido, ele objetiviza parte do objeto da demanda, oportunizando que o órgão competente verifique a (in)constitucionalidade de norma, longe das controvérsias da causa principal. O julgamento do incidente é feito por meio de um acórdão que efetivamente julga a (in)constitucionalidade (ver item 3.3.3), não sendo possível abdicar de instrumento instaurado para verificar a higidez da ordem constitucional.

Situação diversa é a desistência ou o abandono do processo original e a produção de efeitos consequenciais no incidente. Em que pese a autonomia do incidente (ver item 3.2.1), o seu trâmite intenta o julgamento de causa prejudicial à principal. Mesmo se destinando ao julgamento objetivo da constitucionalidade,o controle incidental, diferente do controle abstrato, é realizado a partir da relação de prejudicialidade que a questão constitucional tem para o caso concreto, de modo que a desistência ou o abandono da causa principal implica a perda da relevância do enfrentamento da questão prejudicial.

Em se tratando de processo subjetivo, regido pelas regras do CPC/15, que ainda é fortemente influenciado pelo modelo dispositivo do processo, a vedação à desistência é excepcional e, por isso, exige previsão expressa. Inexistindo previsão legal, parte-se do pressuposto de que o silêncio do legislador é eloquente, sendo admitida a desistência. Diante dessa conjuntura, é importante dispor como o legislador tratou a desistência porque acredita-se que a necessidade de homologação judicial é mecanismo disposto para que o juiz controle a lidimidade da desistência que repercute no incidente.

A desistência da ação é ato processual que pode ser realizado até a decisão final (§5º do art. 485 do CPC/15).Será um ato unilateral até que o réu apresente contestação. Após a contestação, a desistência exige a concordância do réu (§4º do art. 485 do CPC/15), passando a ser um ato bilateral, salvo se o réu tiver aduzido sua ilegitimidade, hipótese em que exigir sua concordância não faria sentido algum. A discordância do réu deve ser fundamentada, de modo que a simples alegação não é suficiente, não sendo possível também que condicione sua concordância à transmudação da desistência em renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação.[253]

A desistência só produzirá efeitos após a homologação judicial (parágrafo único do art. 200 do CPC/15). Isso implica que é possível que o órgão jurisdicional competente para o

[252] O art. 5º da Lei n. 9.868/99 estabelece que, proposta a ação direta, não se admitirá desistência.
[253]CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a desistência da ação. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 120, 2005.

julgamento da causa principal impeça a produção de efeitos da desistência, fazendo o processo prosseguir contra a vontade do autor. *Verbi gratia*, na hipótese em que o réu suscita a inconstitucionalidade como matéria de defesa e o autor, instaurado o incidente, desiste da ação, acaso constatado que a desistência apenas intenta frustrar o processamento e julgamento do incidente, é possível que o juízo do processo original não homologue a desistência, impedindo seus efeitos.

O abandono, por sua vez, é um ato-fato processual, também tido como desistência indireta, [254] decorrente da inanição negligente. Pode ser das partes, quando o processo ficar parado por mais de um ano por negligência delas, ou do autor, quando abandona a causa por mais de trinta dias sem promover os atos e diligências que lhes foi incumbido. Antes de orquestrar a operação de seus efeitos, o juiz deve intimar as partes ou o autor para que demonstre(m) interesse no prosseguimento do feito (§1º do art. 485 do CPC/15). No caso de abandono pelo autor, o juiz deve notificar também o réu, uma vez que, acaso já tenha oferecido contestação, a extinção do processo por abandono do autor dependerá de seu requerimento (§6º do art. 485 do CPC/15), no mesmo sentido enuncia a súmula n. 240 do STJ. [255]

Acaso homologada a desistência e em caso de abandono, o feito é extinto sem resolução de mérito (art. 485, II, III e VIII, do CPC/15), sendo permitido que nova demanda seja proposta com os mesmos elementos (art. 486 do CPC/15), inclusive porque a desistência homologada não implica renúncia a direito. O juízo que homologa a desistência é prevento para julgar a demanda eventualmente proposta. Paralelo à ausência de solução judicial para o caso concreto, esse fator desestimula a desistência e o abandono que acastelam o intento de distribuir a mesma demanda para juízo diverso, na busca pela compatibilidade com os interesses da parte.

A desistência de recurso, por sua vez, traz um cenário diverso. Não precisa ser homologada pelo magistrado, sendo admitido que o recorrente a faça a qualquer tempo, inclusive sem anuência do recorrido ou dos litisconsortes (*caput* do art. 998 do CPC/15). Assim, acaso o incidente de arguição de inconstitucionalidade seja instaurado a partir de recurso, a desistência deste faz perder a relevância da prejudicialidade do incidente, minando seu trâmite.

---

[254] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 708.
[255] "A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu".

Diversamente, no que tange ao recurso extraordinário, o legislador cuidou de excepcionar que a desistência não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e da questão objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (parágrafo único do art. 998 do CPC/15).

Nesse sentido, considerando o que foi até então apresentado, resta evidente que a legitimidade para suscitar o incidente encontra conexão com a legitimidade estabelecida para o objeto da causa principal. De modo geral, não é admitida a desistência do incidente, à similitude do que acontece com o controle abstrato, mas é possível que o processo original seja objeto de desistência ou abandono, com potência de produzir efeitos no incidente, diante da necessária relação de prejudicialidade.

### 3.2.2.2 A instauração de ofício

A instauração do incidente também precisa ser estudada a partir da possibilidade de atuação oficiosa do relator. Conforme já demonstrado no capítulo anterior, no curso de processo de sua competência, é dever de todo juiz zelar pela higidez do ordenamento e, por conseguinte, averiguar a constitucionalidade de ato normativo.

O trâmite do incidente se destina à declaração de inconstitucionalidade, consubstanciando técnica para avaliação da validade do ato normativo frente à Constituição. Limitar a instauração do incidente ao interesse das partes seria limitar a defesa da supremacia da Constituição para os casos em que as partes julguem interessante para seu litígio, deixando à sua conveniência a tutela da ordem constitucional. Tal qual mencionado no item 2.3.3, a questão constitucional é matéria de interesse público, de modo que sua cognição não se sujeita à conveniência das partes.

O controle de constitucionalidade é assunto de interesse público consubstanciando questão de direito que interessa ao próprio Estado.[256] Conforme demonstrado no capítulo

[256]É importante destacar que interesse público não se confunde com ordem pública. É muito comum a menção de que o controle de constitucionalidade é "questão de ordem pública". O termo "ordem pública" encerra um conceito indeterminado e polivalente. É possível identificar sua correspondência com a ideia de segurança pública, de ordem política, de ordem social e como conjunto de normas que se aplica a tudo e a todos e que, quando posta diante de normas de natureza diversa, se apresentam como limitação à autonomia da vontade (PENCO, Ángel Acedo. El orden públicaactual como límite a la autonomia privada de lavoluntadenladoctrina y lajurisprudencia. In: **Anuario de laFaculdad de Derecho. Universidad de Extremadura**, n. 14-15, p. 323-392, 1996-1997). Trata-se de elemento disposto para limitar a autonomia da vontade dos indivíduos. Para o termo "ordem pública", Miguel Reale apresenta conceito reincidente na doutrina, arrematando que as regras jurídicas cogentes podem ser identificadas como regras de ordem pública. Essas regras traduzem a ascendência ou primado de um interesse cujo conteúdo tem que ser atendido, "quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam". A violação a essas regras implica que o Estado não

anterior, o século XX sediou um processo de redemocratização em diversos sistemas jurídicos, conjuntura que permitiu a ampliação do campo do interesse público na vida em sociedade. Embora o interesse público seja um elemento que varia com o tempo e o lugar, é possível indicar que corresponde ao "núcleo de interesses que são tutelados pelo ordenamento jurídico, a partir da sua matriz constitucional".[257] Junto desse núcleo, está a ideia de indisponibilidade, impondo uma restrição à autonomia da vontade dos indivíduos. Ter deflagrada a inconstitucionalidade de ato normativo é verdadeiro direito indisponível dos cidadãos. [258]

O princípio da inércia da jurisdição ou dispositivo também não tem o condão de impedir que o relator instaure o incidente de ofício. O referido princípio impõe que a jurisdição deve ser provocada pelos interessados, não cabendo ao Judiciário iniciar ação. Sem nem precisar adentrar nas hipóteses de exceção, o incidente não se encaixa nas premissas desse princípio, uma vez que não é a partir do incidente que a jurisdição é provocada. As partes interessadas impulsionam a jurisdição a partir da ação ou do recurso, que possui mérito e pedido próprios. A questão constitucional se apresenta como fundamento jurídico a ser necessariamente enfrentado. Sobre os fundamentos jurídicos, o juiz sequer está atido ao recorte apresentado pelos jurisdicionados, mas ao ordenamento jurídico como um todo. [259]

Uma vez provocado, em sede de tribunal, o relator pode constatar a necessidade de instaurar o incidente para que o órgão competente averigue a constitucionalidade de norma que embasa a relação jurídica disposta na ação/recurso. Diante da dúvida, o juiz não pode

---

subsista ou que a sociedade não logre seus fins, gerando uma instabilidade. Por isso, são normas que encerram interesse superior da sociedade e do Estado (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 130-131). Nesse espeque, o que se entende por ordem pública é mais amplo, podendo abranger matérias que regem interesses públicos e privados.

[257]APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil.** Tese de doutorado. Orientador: Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p.22. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

[258] "As [leis] de ordem pública, umas vezes, referem-se às bases econômicas ou políticas da vida social, como as de organização da propriedade e as constitucionais; outras vezes, são protetoras do indivíduo no grêmio social, como as de capacidade". As "leis de ordem pública são as que em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito". BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores, 1966, p. 10-12.

[259] Em sentido semelhante, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt disserta: "Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juízes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional. Esta não existe como lei e, por conseqüência, o juiz se recusará a aplicá-la, ainda mesmo que os litigantes, na sua unanimidade, a considerem boa e válida. Os juízes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem, e devem, exofficio, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso". BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio.**O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113.

ficar inerte, porque, como dito, a inconstitucionalidade é matéria de interesse público sendo o seu arrefecimento dever inerente ao exercício da atividade jurisdicional.

Isso não quer dizer, no entanto, que o juiz pode revisitar qualquer objeto disposto na ação a partir da verificação da constitucionalidade. Instaurado mediante atuação oficiosa do relator, em se tratando de fase recursal, a questão constitucional deve estar inserida no âmbito da devolutividade recursal, sob pena de o magistrado trazer à tona pedido que não foi feito pela parte, aí sim violando o anteriormente mencionado princípio dispositivo, indo além da devolutividade em sentido horizontal.[260] *Verbi gratia*, na hipótese em que o juiz de primeiro grau afasta a incidência de cláusula contratual aduzindo a sua inconstitucionalidade, dando procedência a dois pedidos do réu - de declaração de inexistência de obrigação e de condenação do autor ao pagamento de indenização por dano moral -, o recurso interposto no intuito de rever o valor fixado a título de indenização não permite que a questão constitucional seja discutida.

É importante mencionar que, conforme será melhor demonstrado no item 3.3.2, a instauração do incidente a partir de ofício do relator exige a notificação das partes, oportunizando o contraditório, ainda que se trate de matéria que será enfrentada de ofício (art. 10 do CPC/15).

É salutar destacar que o controle incidental por via recursal realizado pelo Supremo Tribunal Federal é questão mais complexa. Há grande entrave sobre a possibilidade de que o ministro-relator instaure o procedimento de ofício porque o incidente seria instaurado a partir de recurso extraordinário, espécie recursal que, conforme será melhor explicado no item 3.2.4.1, tem como requisito de admissibilidade o prequestionamento que restringe o efeito devolutivo.[261] Toda a matéria levada para a Corte por via desse recurso precisa ter sido debatida no tribunal de origem, impedindo o julgamento de ofício.[262]

---

[260] O mérito recursal é definido pelo recorrente, a partir do efeito devolutivo em sentido horizontal que permite que ataque apenas parte da decisão recorrida. O Tribunal *ad quem* pode avaliar todas as questões de fato e de direito relativas ao que foi recorrido.

[261] Não foi feita menção ao STJ e ao recurso especial, que também exige prequestionamento, porque não é possível enfrentar questão constitucional por meio do referido recurso, como se depreende da leitura do art. 105, III, da CRFB/88. No caso do Superior Tribunal de Justiça, o controle incidental poderá ser realizado em demanda de competência originária, art. 105, I, da CRFB/88, e de competência recursal, especificamente em sede do recurso ordinário (art. 105, II, da CRFB/88). O recurso especial tem uma limitação de matérias que impedem a questão constitucional de ser apreciada, conforme art. 105, III, da CRFB/88. Para Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, o STJ pode examinar matérias constitucionais pertinentes ao caso que examina. A limitação de matéria impede que a parte use a questão constitucional como fundamento do recurso, mas não impede que o Tribunal examine matéria constitucional, inclusive de ofício, que tenha a ver com o caso. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 302.

[262] Para Dirley da Cunha Junior, a exigência de prequestionamento impede que o juiz traga a questão constitucional de ofício (CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática.

Na aplicação de sua súmula n. 356, que enuncia que "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento", o Supremo já definiu que, mesmo a questão constitucional, deve ser prequestionada explicitamente.[263] No mesmo sentido, ao aplicar a súmula 282, que define ser "inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada", a Corte apresentou como fundamento a inadmissibilidade do prequestionamento implícito, de modo que, se a questão constitucional não for apreciada pelo tribunal *a quo*, é indispensável a oposição de embargos de declaração, que deve trazer a discussão da matéria a ser prequestionada, possibilitando que o tribunal de origem aprecie o ponto sob o ângulo constitucional. [264]

Para que a questão prejudicial constitucional seja apreciada, por via de recurso extraordinário, é necessário que a matéria tenha sido objeto de juízo explícito a respeito do tema pelo tribunal de origem. Isso limita a hipótese de instauração do incidente de ofício no Supremo por via recursal à improvável hipótese de a matéria constitucional ter sido levantada no tribunal de origem e a parte, ao recorrer, olvidou-se de indicar a questão constitucional como prejudicial.

### 3.2.3 Competência

Todos os juízes possuem competência para verificar a constitucionalidade de norma no curso de ação, respeitadas as regras de competência estabelecidas para o mérito da demanda. É por causa desse caractere que se denomina de controle difuso, integrante do nosso sistema híbrido de controle de constitucionalidade. [265]

Essa verificação por meio de incidente autônomo, no entanto, só tem lugar nos tribunais e quando a causa já não for de competência do órgão especial ou do plenário. A competência para admissibilidade do incidente é da turma ou câmara competente para julgar o

---

Salvador: JusPodivm, 2006, p. 138). Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi defendem que nesse caso não é admitido o requisito do prequestionamento (DIMOULIS; LUNARDI, op. cit., p. 299).

[263] STF. ARE 1.137.118, rel. min. Marco Aurélio, j. 29-8-2018, dec. monocrática, DJE 242 de 16-11-2018; AI 671.865 AgR, rel. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 14-3-2017, DJE 124 de 12-6-2017.

[264] STF. ARE 772.836 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 26-5-2015, DJE 118 de 19-6-2015; ARE 707.221 AgR, rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 20-8-2013, DJE 173 de 4-9-2013.

[265] É importante destacar que qualquer juiz pode fazer juízo acerca da constitucionalidade de norma. Mas só um tribunal pode processar e julgar incidente de arguição de inconstitucionalidade. O controle concentrado, por sua vez, só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça e em demandas específicas.

processo original; a competência para julgamento do incidente é do plenário ou do órgão especial, [266] sendo função do relator encaminhar-lhes o feito.

Conforme será demonstrado (ver itens 3.2.4 e 3.2.5), o incidente só é cabível quando há dúvida sobre a constitucionalidade. Ele é instaurado para verificar a acusação de vício de inconstitucionalidade. Essa conjuntura impõe que a competência do órgão especial ou do plenário é para julgar a inconstitucionalidade. A competência para reafirmar a constitucionalidade, fazer juízo de legalidade ou de recepção é do órgão competente para o julgamento da causa principal, conforme as normas processuais estabelecem.

O incidente pode ser instaurado a partir do exercício de competência originária ou recursal de qualquer tribunal. Os Tribunais dos Estados, Militares, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Federais, os Superiores e o Supremo possuem competência para, por meio do pleno ou do órgão especial, para aqueles que possuem, julgar incidente de arguição de inconstitucionalidade a partir de demanda de sua competência originária ou recursal. [267]

Restou evidenciado que a competência para julgar a inconstitucionalidade por meio do incidente de arguição é do pleno ou do órgão especial do tribunal, sendo necessário enfrentar a primeira face da cláusula de reserva de plenário estabelecida na Constituição Federal vigente.

### 3.2.3.1 A primeira face da cláusula de reserva de plenário

No controle incidental realizado por tribunal incide a cláusula de reserva de plenário (*full bench* ou *tout court*), que encontra previsão no art. 97 da CRFB/88, determinando que só

[266] Os tribunais que possuem órgão especial, nos termos do art. 93, XI, da CRFB/88, costumam dispor a competência dele para enfrentar a questão de constitucionalidade, ao alvedrio do tribunal pleno.Acaso a demanda já seja de competência do plenário ou do órgão especial, não será necessário instaurar o incidente, uma vez que é também o órgão competente para averiguar a matéria que estaria no incidente.

[267] Especificamente sobre o Supremo Tribunal Federal, é importante mencionar que seu regimento interno distribui os casos de competência do plenário em quatro dispositivos (art. 5º-8º). Depois de elencar diversas ações, menciona a sua competência para julgar "as arguições de inconstitucionalidade suscitadas nos demais processos" (art. 6º, II, a). O regimento interno ainda menciona que a turma deve remeter o feio ao julgamento do plenário independente de acórdão e de nova pauta quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo plenário e o relator não tiver afetado o julgamento ou ainda quando a questão de inconstitucionalidade, embora já decidida pelo plenário, seja objeto de proposta de reexame por algum ministro (art. 11, I e II). O art. 177 ainda estabelece: "O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade as demais questões da causa".

é possível declarar inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial do tribunal.[268]

Essa norma foi inserida no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1934, que estabelecia que a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser feita mediante a concordância da maioria da totalidade dos membros dos tribunais (art. 179).

O respeito a essa regra é uma condição de validade, estabelecida como exigência para que a decisão esteja em adequação ao ordenamento jurídico.[269] A fixação da competência de órgão colegiado, bem como de um quórum qualificado para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, intentahomenagear apresunção de constitucionalidade das normas e acolegialidade, pilar do incidente de arguição de inconstitucionalidade. É regra que nitidamente mostra a hibridação dos modelos tradicionais de controle, trazendo em sua essência as querelas do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, que em seu âmago tinha a descrença na jurisdição exercida por órgão monocrático.

A cláusula de reserva de plenário traz consigo duas regras:[270] uma de competência funcional absoluta e outra de processamento, estabelecendo um quórum. Esta segunda regra, segunda face da cláusula, será melhor analisada no item 2.2.2.1, inserida em parte deste capítulo que se dedica à instrução e julgamento do incidente, como elemento de seu processamento. Em todo caso, adiante-se, que a decisão que não respeita a cláusula padece de vício de validade formal de natureza subjetiva ou orgânica, no caso da violação à regra de competência, e de vício natureza objetiva, por inobservância à exigência procedimental, no caso da violação ao quórum.

A regra de competência exclusiva mencionada impõe que a instauração do incidente ocasiona uma cisão horizontal de competência funcional, realizando-se o deslocamento do

---

[268] "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

[269] Para Ronaldo Poletti, é condição de eficácia jurídica da declaração. O autor justifica que a referida norma não é regra de competência, uma vez que não influi na competência do juiz singular, consubstanciando regra instrumental. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 196. Lúcio Bittencourt também desenvolve que se trata de condição de eficácia, indicando a exigência de maioria absoluta tem o efeito de condicionar a eficácia jurídica da decisão declaratória de inconstitucionalidade ao voto da maioria dos membros do tribunal. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio.**O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 45-46.

[270] Neste trabalho, a cláusula de reserva de plenário tem natureza de regra. Alguns autores a mencionam como princípio, como é o caso de Guilherme Kronemberg Hartmann (O processo enquanto instrumento para controle de constitucionalidade. In**: Processo Constituciona**l. Org.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 470). Os princípios são caracterizados por possuírem uma dimensão de peso, admitindo-se que sejam aplicados em graus diferentes, através do exercício da ponderação. As regras, por sua vez, são aplicadas no modo tudo ou nada. Se a hipótese de incidência é preenchida, a regra deve ser aplicada. Possuem um cariz deontológico, estabelecendo o que deve ser feito. Por essa razão, defende-se que a cláusula de reserva de plenário é uma regra que comporta duas regras.

incidente para o plenário ou órgão especial. Esse "deslocamento" não necessariamente é implementado pela formação de um auto apartado ou pela criação de número específico. [271] Instrumentaliza a cisão cognitiva, levando a questão prejudicial constitucional para o órgão competente.

O incidente é julgado por esse órgão e o resultado é enviado para o órgão fracionário, que tem que considerar o assentado parao julgamento da questão principal, inclusive porque o acórdão integrará a fundamentação de sua decisão. Por causa disso, é possível afirmar queo controle incidental em sede de tribunal geraum julgamento subjetivamente complexo da causa principal. Esse deslocamento não precisa de pedido explícito das partes, sendo medida que homenageia o devido processo legal.

Sobre elementos genéricos que abrangem as duas faces da cláusula, é importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante que expande a aplicação da cláusula de reserva de plenário, determinando que se aplique também quando for afastada a incidência de lei ou de ato normativo, no todo ou em parte, ainda que não seja declarado inconstitucional. [272]Há também a discussão acerca da aplicação da cláusula diante da interpretação conforme à Constituição.

Na verdade, sobre a aplicação da cláusula para mero afastamento ou para interpretação de norma, o Supremo Tribunal Federal tem um entendimento oscilante: ora entende que a decisão de órgão fracionário de tribunal que afasta norma legal, embora não a declare inconstitucional, viola a cláusula de reserva de plenário e a súmula vinculante 10, [273] ora

---

[271] Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 56, X, c, do RISTF, determina que a arguição de inconstitucionalidade formulada incidentalmente não altera a classe do processo, autuando-se apenas uma nota distintiva no incidente.

[272] SV 10:Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

[273] Info. 965, STF: CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. Viola a cláusula de reserva de plenário e a SV 10 a decisão de órgão fracionário do Tribunal que permite que empresa comercialize produtos em desacordo com as regras previstas em Decreto federal, sob o argumento de que este ato normativo violaria o princípio da livre concorrência. O afastamento de norma legal por órgão fracionário, de modo a revelar o esvaziamento da eficácia do preceito, implica contrariedade à cláusula de reserva de plenário e ao Enunciado 10 da Súmula Vinculante. Caso concreto: a 4ª Turma do TRF da 1ª Região, ou seja, um órgão fracionário do TRF1, ao julgar apelação, permitiu que uma empresa comercializasse determinada espécie de cigarro mesmo isso sendo contrário às regras do Decreto nº 7.212/2010. Embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do Decreto, a 4ª Turma afirmou que ele seria contrário ao princípio da livre concorrência, que é previsto no art. 170, IV, da CF/88. Ao desobrigar a empresa de cumprir as regras do decreto afirmando que ele violaria o princípio da livre iniciativa, o que a 4ª Turma fez foi julgar o decreto inconstitucional. Ocorre que isso deveria ter sido feito respeitando-se a cláusula de reserva de plenário, conforme explicitado na SV 10: Súmula vinculante 10-STF: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte. STF. 1ª Turma. RE 635088 AgR-segundo/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 4/2/2020.

defende que a não aplicação de norma ou interpretação consubstancia atividade comum da jurisdição, não exigindo respeito à reserva de plenário. [274]

Conforme será melhor demonstrado no item 3.3.3, "afastar a incidência" consubstancia o ato de deflagrar que a situação em questão não se adequa com suficiência ao suporte fático existente na norma apontada. Para afastar a incidência de norma, elemento que pressupõe como regra existência e validade do ato normativo, é necessário exarar um juízo de ausência de adequação dos fatos ao suporte fático. Isso não consubstancia deflagrar invalidade e, por essa razão, não deveria exigir a cláusula de reserva de plenário.

Outrossim, haverá nulidade se, ao aduzir estar afastando a incidência, o juízo realiza verdadeiro juízo sobre a constitucionalidade, driblando a exigência da cláusula. A súmula vinculante n. 10, ao exigir a aplicação da cláusula de reserva de plenário para afastar a incidência de norma, intenta impedir que os órgãos fracionários, sob o auspício da celeridade, deixem de enviar a questão para o plenário ou órgão especial, aduzindo não se tratar de controle de constitucionalidade.Nessa hipótese, há uma dissimulação do controle de constitucionalidade em patente violação à Constituição. Essa é a interpretação que deve ser dada ao enunciado da súmula vinculante em comento, inclusive porque essa foi a finalidade de sua elaboração.

No que tange à exigência da cláusula para conferir interpretação conforme à Constituição, é importante frisar que a interpretação conforme é instituto que tem cabimento quando, diante da pluralidade de sentidos do texto, há uma dúvida real sobre o seu significado, sendo necessário indicar qual sentido é adequado à Constituição.

---

"1. De acordo com a Súmula Vinculante 10, o afastamento da incidência de lei, mesmo sem declaração expressa de inconstitucionalidade, exige a observância da cláusula de reserva de plenário. Essa regra não é observada quando a decisão do órgão fracionário, sob o fundamento de interpretar dispositivo legal, não deixa qualquer espaço para que ele seja aplicado. 2. Viola a Súmula Vinculante 10 a decisão que, invocando o art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, afasta genericamente o comando que permite a terceirização, pelas concessionárias de serviço público, de atividades inerentes ao serviço concedido. 3. Agravo interno a que se nega provimento". (STF. Rcl 27.169 AgR**,** rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 29-5-2018, *DJE* 125 de 25-6-2018)Info. 896, STF: órgão fracionário do TRT julgou ilegal terceirização de atividade fim. Como a lei autoriza essa terceirização, a 1ª Turma do STF entendeu que isso seria afastar aplicação de norma, logo viola SV 10.

[274]Info. 926, STF: CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. Não viola a SV 10 a decisão de Turma do TRT que determina nomeação dos aprovados no concurso em razão de preterição e diz que não se aplica, ao caso, o art. 25, § 1º, da Lei 8.987/95. Sociedade de economia mista realizou concurso público para advogado da empresa. Concurso para formação de cadastro reserva. Não chamou nenhum dos aprovados. Mesmo havendo aprovados no certame, que ainda estava dentro do prazo de vigência, a empresa decidiu contratar um escritório de advocacia para realizar os serviços jurídicos. Diante disso, uma das Turmas do TRT reconheceu que houve preterição dos aprovados e determinou a nomeação. Ao assim decidir, a Turma do TRT disse que não se aplicava, ao caso, o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95. Essa decisão da Turma do TRT (órgão fracionário do Tribunal) não viola a SV 10. Isso porque o enfoque do acórdão do TRT não era inconstitucionalidade ou não aplicação da norma sobre terceirização de serviços, mas sim a preterição arbitrária praticada pela Administração Pública.STF. 1ª Turma. Rcl 29307 AgR/PB, Rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgado em 4/12/2018. Info. 848, STF: não se exige reserva de plenário para mera interpretação e aplicação de normas. Só viola a SV 10 se o fundamento for a incompatibilidade entre norma legal e o texto constitucional.

A interpretação conforme é justificada pela garantia da unidade da ordem jurídica e pela pretensão de preservar o trabalho legislativo, conservando a presunção de constitucionalidade. Enquanto vetor interpretativo, auxilia o encontro do sentido mais adequado à Constituição; enquanto técnica de decisão, tem previsão na Lei n. 9.868/99, instrumentalizando a produção de uma sentença de improcedência sobre a inconstitucionalidade, o que, à luz da ambivalência, implica declarar a constitucionalidade, desde que seja utilizado o sentido apontado como adequado à Constituição.Nessa decisão, há um juízo positivo, em que se declara que a norma é constitucional; e um juízo negativo, por meio do rechaço de sentidos inadequados ao alvedrio do compatível com a Constituição, apondo-se a sua consideração como condição. [275]

A interpretação conforme à Constituição, enquanto vetor interpretativo e enquanto técnica de decisão, não implementa a declaração de inconstitucionalidade. Na verdade, leva à declaração de constitucionalidade, razão pela qual não há que se exigir a aplicação da cláusula. No mesmo sentido, desenvolve Marinoni, que defende que a regra do art. 97 da CRFB/88 não se aplica quando diante de interpretação à luz da Constituição, tão somente quando houver declaração de inconstitucionalidade. [276]

### 3.2.3.2 A competência para concessão de tutela de urgência

É possível que a situação em questão exija tutela de urgência, em suspensão do ato normativo impugnado ou por meio de outra providência. A tutela de urgência demanda um juízo acerca da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC/15), bem como ausência de perigo de irreversibilidade da decisão (§3º do art. 300 do CPC/15). Em espécie, a probabilidade do direito abrange o exame da probabilidade fática e/ou da probabilidade jurídica. *A priori*, a análise da probabilidade jurídica, em sede do controle de constitucionalidade incidental, perpassaria um juízo perfunctório sobre a constitucionalidade da normativa impugnada.

Há grandes discussões na doutrina e instabilidade nos precedentes dos tribunais no que tange àpossibilidade de o órgão fracionário, competente para o julgamento da causa principal, conceder a referida tutela de urgência, desmerecendo a aplicação da cláusula de reserva de plenário (ver item 3.2.3.1).

---

[275] *Cf.* ALENCASTRO, Emiliane; DANTAS, Ivo. Os fundamentos da interpretação conforme a Constituição: crônica de uma morte anunciada na jurisdição constitucional. In: **Constitucionalismo Democrático e Justiça Constitucional**. Curitiba: BrazilPublishing, 2021, p. 91-112.

[276] MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 237.

No caso do controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a questão é menos tormentosa porque a Lei n. 9.868/99 regulamenta a matéria, inclusive estabelecendo um rito abreviado que pode ser adotado, diante da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, a partir do pedido de medida cautelar. [277] A concessão de cautelar, no seu rito padrão, é de competência do plenário e tem como requisitos a fumaça do bom direito e o perigo da demanda, bem como a comprovação de perigo de lesão irreparável.[278] Essas exigências se dão num contexto em que a cautelar concedida terá o condão de representar exceção à presunção de constitucionalidade dos atos normativos, exigindo-se também respeito ao quórum de maioria absoluta (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99).[279]

A fixação de quórum especial no controle concentrado é perfeitamente razoável, diante do fato de que a medida cautelar se operará em demanda que não possui interesses particulares envolvidos. A exigênciadessa espécie de quórum, que dimana mais tempo de juízo, também tem o condão de indicar que, embora a cautelar tenha a potência de causar impacto em diversas relações jurídicas, trata-se de dado a ser cuidadosamente sopesado na consideração da segurança jurídica.

De maneira diversa, a existência de interesse particular direto na demanda, por vezes, torna a querela ainda mais urgente que numa ação abstrata. Para o Supremo, a questão aqui

---

[277] Fez-se referência ao art. 12 da Lei n. 9.868/99, que estabelece a possibilidade de, havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

[278] "A concessão de medida cautelar nas ações de jurisdição constitucional concentrada exige a comprovação de perigo de lesão irreparável (IVES GANDRA MARTINS, Repertório IOB de jurisprudência, n 8/95, p. 150/154, abr. 1995), uma vez que se trata de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais (ADI 1.155-3/DF, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 18/5/2001). A análise dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, para sua concessão, admite maior discricionariedade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3.401 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, decisão em 3/2/2005), pelo qual deverá ser verificada a conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada (ADI 425 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Pleno, decisão em 4/4/1991; ADI 467 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão em 3/4/1991), permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão (ADI 490 MC, Rel. Min. Celso De Mello, Pleno, decisão em 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min. Octávio Gallotti, Pleno, decisão em 16/4/1991), bem como da plausibilidade inequívoca e dos evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente (ADI 474 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, decisão em 4/4/1991), ou, ainda, das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. Celso De Mello, Pleno, decisão em 3/8/1992), da relevância da questão (ADI 804 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, decisão em 27/11/1992) e da relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de periculum in mora, tais os entraves à atividade econômica, social ou política (ADI 173 MC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, decisão em 9/3/1990)".

[279] Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

trazida se apresenta de maneira mais pacífica. A Corte concluiu pela ausência de violação à súmula vinculante (ver item 3.3.2.1), por não ser necessária a submissão à cláusula de reserva de plenário. [280] Alguns autores, no entanto, defendem a necessidade de cumprimento da cláusula de reserva do plenário, argumentando que não se aplicaria apenas para a decisão final de inconstitucionalidade. [281]

Outrossim, o art. 97 da CRFB/88 estabelece a exigência de maioria absoluta dos membros para declaração de inconstitucionalidade, não para suspensão de ato normativo por meio de uma decisão precária. Esse raciocínio, para além de possível, também se faz necessário porque o caso concreto pode possuir uma urgência que não pode esperar a instauração do incidente e a consecutiva análise da probabilidade jurídica pelo plenário ou órgão especial.

*Verbi gratia*, imagine o sujeito que teve denegadopedido de tutela de urgência, pelo juízo de primeiro grau, cuja probabilidade do direito se fundamentava na inconstitucionalidade de norma, cenário que permite a interposição de agravo de instrumento, com a finalidade de levar o pleito de urgência para o tribunal. Distribuído o recurso para a turma ou câmara, diante da relevância da inconstitucionalidade da norma para concessão de tutela de urgência, seria necessário instaurar o incidente, que tramitaria nos termos dos arts. 949 e ss do CPC/15, uma vez que não há um rito abreviado para urgência em sede do controle difuso como há para o controle abstrato.

A exigência de reserva de plenário para concessão de tutela de urgência, para além de não encontrar supedâneo na legislação, feriria frontalmente a garantia da razoável duração do processo e a essência do instituto da tutela provisória.Outrossim, destaque-se que o juízo da probabilidade do direito só será positivo diante de flagrante inconstitucionalidade, uma vez que, enquanto requisito de concessão de tutela de urgência, não pode exigir um exame apurado do juiz, surgindo da dedução de que, mesmo de maneira perfunctória, já é possível visualizar que a norma é inconstitucional.

### 3.2.4 Cabimento

[280] "[...] a decisão proferida em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade estadual não se submete à cláusula da reserva de plenário, não havendo falar, em decorrência, de violação da Súmula Vinculante 10/STF. Nesse sentido a firme jurisprudência desta Suprema Corte." STF. Rcl 11.768 AgR, voto da rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 2-2-2016, DJE de 24-2-2016.

[281] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática. Salvado: Juspodivm, 2006, p. 140.

O cabimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade pode ser estudado a partir de uma perspectiva ampla ou estrita. Em sentido *lato*, o incidente é cabível para verificar a validade de normativa que embasa a relação jurídica em controvérsia, havendo um direito subjetivo a ser protegido. Sobre a normativa, deve pairar uma dúvida acerca de sua adequação à Constituição, de modo que o objeto do incidente é verificar a possível inconstitucionalidade (ver item 3.2.5).

Não é admitida a instauração do incidente aduzindo a constitucionalidade de norma. Essa afirmação encontra fundamento em diversos fatores. Acaso nos atenhamos apenas à nomenclatura escolhida, o legislador já deixou claro qual foi a sua opção, dispondo que se trata de incidente para arguição de "inconstitucionalidade". Esse fator, no entanto, é o de menor relevância. Sobre ele, tem o fato de que todo o procedimento estabelecido, do juízo de admissibilidade ao julgamento e seu respectivo quórum, é voltado para enfrentar a inconstitucionalidade. Ainda tem um fator lógico-jurídico: quando as partes levam a juízo qualquer relação jurídica, a constitucionalidade do ato normativo que a embasa é a regra a ser experenciada, não fazendo sentido aguardar o trâmite e julgamento do incidente para investigar sobre o que não prejudica o enfrentamento do mérito da demanda. A dúvida é que invoca a necessidade de instaurar o incidente, relacionando-se com o mérito da ação a partir da ótica da prejudicialidade.[282]

Em sentido estrito, o cabimento do incidente exige a consideração das exigências estabelecidas para o processamento do instrumento processual que oportunizará a instauração do incidente. Até mesmo o juízo de admissibilidade do incidente (ver item 3.3.1) só será possível depois de admitida a ação ou o recurso.[283] Diante da necessária prejudicialidade, só é

---

[282] Traçandoum paralelo com a ação declaratória de constitucionalidade, destaque-se que é ação de controle abstrato cabível diante da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de disposição legal. A ADC tem como requisito obrigatório a demonstração de controvérsia sobre a norma objeto da demanda (art. 14, III, da Lei 9.868/99). Ou seja, até mesmo a ADC exige que haja controvérsia, dúvida sobre a constitucionalidade da norma, inclusive porque é esse o objeto de qualquer ação declaratória: sanar dúvida, ofertando certeza jurídica. Certamente por essa conjuntura que a ação sofre críticas enquanto instituto autônomo, inclusive porque o provimento declaratório de constitucionalidade pode ser obtido por meio da ação declaratória de inconstitucionalidade, diante da ambivalência ou natureza dúplice das ações. No caso do incidente de arguição de inconstitucionalidade, a existência dessa dúvida enseja a arguição de inconstitucionalidade porque é necessária a relação de prejudicialidade entre a questão constitucional e a causa principal. O sujeito que impulsiona a jurisdição para ver normativa ser aplicada ao seu caso parte do pressuposto de que essa norma é constitucional. Esse é o estado natural, a regra a ser experenciada, não fazendo sentido instaurar o incidente, aguardar seu trâmite e julgamento, para verificar tese que não prejudica o mérito da ação/recurso.

[283] Rememore-se que, ao relator, incumbe negar provimento ao recurso que seja contrário à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 932 do CPC/15). Isso impõe que, ao fazer o exame do cabimento do recurso, o relator pode impedir que o incidente venha a ser julgado.

possível admitir o incidente cuja instauração foi solicitada em vínculo com ação ou recurso em trâmite.[284] Essa *ratio*impõe frisar, embora seja óbvio, que o incidente de arguição de inconstitucionalidade não é sucedâneo recursal, não tendo o poder de impedir o trânsito em julgado. A impugnação da decisão não é substituída pela arguição de inconstitucionalidade.

Destaque-se que, via de regra, o incidente pode ser instaurado em qualquer fase do processo. A possibilidade de que seja instaurado em qualquer momento intenta homenagear a necessidade de manter a ordem jurídica hígida, oportunizando que diversos juízos verifiquem a inconstitucionalidade de ato normativo a qualquer tempo. Outrossim, como carrega objeto que consubstancia mera questão prejudicial do processo original, sendo uma premissa lógico-obrigatória a ser enfrentada antes do mérito, o incidente deve ser suscitado antes do julgamento da causa principal, sob pena de ser inadmitido por ausência de prejudicialidade.

Tema de absoluta relevância, mas que não encontra espaço neste trabalho devido à limitação de objeto, é se é possível a instauração de incidente em ação de rito sumário, como o mandado de segurança.[285] Demonstre-se o panorama da questão a partir das competências no Supremo Tribunal Federal: o mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da República é de competência do plenário, sendo possível realizar controle incidental sem a instauração do incidente. O mandado de segurança impetrado contra ato do Procurador Geral da República, por sua vez, é de competência das turmas, sendo necessária a instauração de incidente para enfrentar eventual questão prejudicial constitucional, podendo gerar um desenrolar procedimental que é contrário à finalidade do procedimento abreviado.

Diante do exposto, seria possível traçar as seguintes balizas acerca do cabimento do incidente: (i) existente dúvida sobre a constitucionalidade de norma, (ii) sendo cabível o recurso/ação que veiculará a causa principal cuja competência para julgamento é de órgão diverso do plenário ou do órgão especial, (iii) a questão constitucional se apresentando como prejudicial ao mérito da demanda, a ótica de análise do cabimento do incidente deve partir da possibilidade para a impossibilidade. A regra é que o incidente seja cabível; o não cabimento é exceção. Esse raciocínio intenta materializar o acesso à justiça e a ampla defesa, pilares fundamentais do incidente de arguição de inconstitucionalidade (ver item 3.2.1) e que são traços característicos do sistema de controle difuso.

---

[284] É importante mencionar o caso do recurso extraordinário com repercussão geral já reconhecida. Já foi destacado que a desistência do recurso nesse cenário não tem o condão de impedir o julgamento da questão com repercussão geral (art. 998 do CPC/15). Isso, no entanto, não permite a defesa de que a parte pode optar pela instauração do incidente como forma de impedir o trânsito em julgado da demanda.

[285] No item 2.3.2, foi indicado que os remédios constitucionais sediam uma espécie de fiscalização da constitucionalidade de maneira incidental, uma vez que têm por objeto a proteção de um direito fundamental ao alvedrio de situação violadora dele. Isso, no entanto, não quer dizer que esse juízo se dá mediante instauração de incidente, como o que se estuda neste capítulo.

### 3.2.4.1 O controle incidental no Supremo Tribunal Federal

Por se tratar de tribunal cujas hipóteses de cabimento são mais sensíveis, passa-se a destacar algumas das peculiaridades do controle incidental em sede da mais alta Corte brasileira. O Supremo Tribunal Federal tem grande poder na realização do controle difuso, [286] especialmente pela potência de eficácia de suas decisões (ver próximo capítulo), podendo exercer o controle de constitucionalidade incidental em demandas de sua competência originária e também recursal. [287]

Em que pese essa amplitude de possibilidades, é muito mais comum que o controle difuso em sede do Supremo seja realizado por meio do recurso extraordinário, inclusive porque é através dele que se impugna o acórdão de tribunal que tem como parte integrante a decisão proferida no incidente e a decisão que julga a ação de controle abstrato em Tribunal de Justiça.

O recurso extraordinário é a via para que o Supremo Tribunal Federal revise o exercício da jurisdição constitucional pelas instâncias ordinárias, oportunizando que avalie a aplicação do direito na decisão recorrida. [288] Por meio dele, é possível que a Corte reveja o juízo proferido sobre a constitucionalidade de normas federais, estaduais e municipais em face da Constituição Federal, uniformizando a interpretação sobre ela.[289] Ao Supremo, compete a tutela da Constituição Federal, não fazendo parte de sua atribuição decidir sobre a

---

[286] Destaque-se que os remédios constitucionais de maior relevância para a vida política do país são de competência do Supremo Tribunal Federal, tais como mandados de segurança e habeas corpus que integram alguns sujeitos de absoluta importância para a vida política como autoridade coatora ou paciente. Essas ações também são meios para o controle difuso de constitucionalidade.

[287] Realizada mençãoao Supremo Tribunal Federal, é importante citar a sua competência para realizar o controle concentrado de constitucionalidade. A CRFB/88, ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para o controle concentrado, determina que lhe cabe, precipuamente, a guarda da Constituição, por meio do processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, alterado pela EC 3/93); da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, transformado pela EC 3/93); Nessas ações, as decisões definitivas de mérito do STF produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, da CRB/88).Pinto Ferreira sintetiza que a ideia de um Supremo com a missão específica de guardião da Constituição condiz com a aplicação do Direito e vem desde a Constituição de 1891. FERREIRA, Luiz Pinto. Princípio da supremacia da constituição e controle de constitucionalidade das leis. In: **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.487.

[288] Gilmar Mendes destaca que o recurso extraordinário tem a finalidade de assegurar a inteireza da Constituição, tendo sido introduzido no Brasil por inspiração no *writ oferror* norte-americano, cujo pedido era a revisão ampla de decisões de tribunais inferiores pela Suprema Corte americana. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 739.

[289] Ainda que em sede do tribunal originário a constitucionalidade da norma tenha sido aferida a partir da Constituição estadual, para que a questão seja enfrentada pelo Supremo é necessário que haja violação à Constituição Federal a ser perquirida.

compatibilidade de norma à Constituição estadual (ver item 3.2.5), mesmo que em controle difuso.[290]

Por se tratar de recurso excepcional, de fundamentação vinculada,[291] disposto para impugnar resolução dada à questão de direito, estando a Corte vinculada ao quadro fático estabelecido nas instâncias inferiores, [292] o recurso extraordinário conta com hipóteses de cabimento restritas.

As hipóteses de cabimento estão previstas no art. 102, III, da CRFB/88, competindo ao Supremo Tribunal Federal julgar as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (a), declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (b), julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal (c) e julgar válida lei local contestada em face de lei federal (d). Em todas as hipóteses o paradigma de aferição de (desa)certo da decisão é a Constituição Federal.

Na primeira hipótese (a), tem-se contenda em que a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição, desde que tenha sido proferida em única ou última instância. O controle de constitucionalidade a ser feito por via de recurso extraordinário, nessa proposição, terá como objeto paradigmado a decisão judicial alegada inconstitucional. O controle será da decisão judicial, não do objeto apresentado como mérito do processo na origem.

É por meio dessa hipótese que o Supremo terá a oportunidade de verificar a decisão proferida por Tribunal de Justiça em sede de representação de inconstitucionalidade. Como o objeto impugnado é a decisão, a revisão não será da intepretação que o Tribunal deu para a Constituição estadual ou sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual, mas da adequação dessa decisão em face da Constituição Federal.[293]

Na segunda hipótese (b), o recurso impugna uma decisão que declarou a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Para avaliar a decisão, a Corte terá que fazer

---

[290]O STF já deixou de conhecer ADI, sob o fundamento de que a Corte era incompetente para apreciar o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de textos normativos frente a Constituição do Estado. STF. ADI 717/AC. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julg.: 29/06/1992. DJe 21/08/1992.

[291]É recurso de fundamentação vinculada, de modo que o recorrente tem que indicar um vício legalmente típico, disposto como hipóteses de cabimento, para que o recurso seja admitido. Isso implica que a modificação do julgado impugnado, real pretensão do recorrente, é um efeito indireto do acolhimento do recurso.

[292]O recurso extraordinário é espécie de recurso excepcional, para impugnar a resolução dada à questão de direito – constitucional -. Isso quer dizer que não se admite reexame de prova ou de fatos. No mesmo sentido, enuncia a súmula n. 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". O recurso extraordinário apenas pode ter por objeto questão que envolva direito objetivo.

[293] De acordo com os precedentes do Supremo, se a norma da Constituição Estadual indicada como parâmetro de controle for de reprodução obrigatória, é possível que o Supremo venha a verificar a validade da decisão do tribunal de origem. Mas mesmo nesse caso o parâmetro é a Constituição Federal. Há vedação para utilizar como parâmetro norma de direito local, conforme súmula 280 do STF.

exame da constitucionalidade do tratado ou da lei federal frente a Constituição Federal, de maneira prejudicial. Se for, de fato, inconstitucional, o Supremo vai reiterar o juízo feito, mantendo a decisão. Se for constitucional, a decisão que será inconstitucionaldeve ser reformada, ajustando-se melhor à hipótese anterior (a).

Na terceira hipótese (c), tem-se a impugnação da decisão que julga válido lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Como "lei ou ato de governo local" tem-se o direito produzido no Estado, Município ou Distrito Federal, [294] utilizando-se como parâmetro a Constituição Federal.[295] Nessa proposição, a decisão impugnada assinalou a validade do direito local e a parte insatisfeita interpôs o recurso extraordinário. Na hipótese em que a decisão declarou a invalidade, o interesse de recurso tem potência de estar inserido na hipótese (a).

Na quarta hipótese (d), é cabível recurso extraordinário contra decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Essa conjectura, *a priori*, pode indicar que se trata de situação em que a lei federal é utilizada como parâmetro, apontando para a existência de um controle de legalidade, não de constitucionalidade. No entanto, a espécie intenta tutelar o sistema constitucional de distribuição de competências, que é de competência do Supremo. O recorrente tem que demonstrar que a decisão da Corte de origem ofendeu a repartição de competências legislativas prevista na Constituição Federal.[296]

O mérito do recurso é composto pela causa de pedir recursal e o pedido recursal, podendo coincidir ou não com o mérito da causa experenciada no tribunal de origem. "A causa de pedir recursal compõe-se do fato jurídico apto a autorizar a reforma, a invalidação, a integração e o esclarecimento da decisão recorrida".[297] No caso do recurso extraordinário, a causa de pedir será composta por um fato jurídico capaz de gerar a reforma, por erro de julgamento; ou a invalidação da decisão, por erro de processamento. [298] Isso impõe aduzir que o que será verificado em todas as hipóteses é a decisão judicial impugnada, frente à Constituição.

---

[294]BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 282.
[295]Nessa linha, a súmula 280 da Corte enuncia que não cabe recurso extraordinário por ofensa a direito local.
[296] Nesse sentido, STF. ADI 774.514 AgR. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 2ª Turma. DJe 01/10/2010.
[297]DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 134-135.
[298]Destaque-se que no erro de julgamento o juiz aplicou mal a norma ou apreciou a questão de maneira equivocada. É um erro no conteúdo da decisão. O erro de processamento, por sua vez, é vício na atividade, erro no procedimento, defeito na decisão que a invalida. Consubstancia um vício de natureza formal, em que sediscute a perfeição formal da decisão, sua validade, como na hipótese em que há declaração deinconstitucionalidade sem observânciado quórum.

É importante destacar que, na eventual necessidade de conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, ainda que já tenha sido admitido e reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional debatida, a apreciação do pedido cautelar de efeito suspensivo é competência do órgão jurisdicional de origem.[299] O Supremo só tem competência para conceder efeito suspensivo quando o recurso extraordinário já estiver sob sua apreciação, não tendo o poder de suspender a execução da decisão (incisos do §5º do art. 1.029). [300]

Para além dos pressupostos recursais genéricos, a excepcionalidade do recurso faz com que ele tenha algumas exigências específicas. O art. 102, §3º, da CRFB/88 (EC n. 45/04) condiciona o cabimento do recurso extraordinário àexistência de repercussão geral. O recurso só será conhecido se o recorrente demonstrar preliminarmente (§2º do art. 1.035 do CPC/15), de plano, que a questão constitucional, objeto recursal,[301] apresenta repercussão geral, consubstanciada na existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico relevante, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (§1º do art. 1035 do CPC/15), possuindo relevância nacional. [302-303]

Essa exigência, que intenta limitar de maneira racionalizada o número de demandas que chegam no Supremo, é um mecanismo de maximização da feição objetiva do recurso extraordinário. Diante do fato de que se trata de recurso destinado à impugnação da solução dada à questão de direito constitucional, a exigência de repercussão geral impede que a Corte seja impulsiona para adentrar nas questões de interesse individual que norteavam o processo original. Também impõe que a questão seja julgada a fim de fixar tese, independentemente do interesse subjetivo que esteja em jogo.[304] A decisão que não conhece o recurso por ausência de repercussão geral é irrecorrível.

O CPC/15 prevê algumas hipóteses em que a repercussão geral é presumida. De acordo com o art. 1035, §3º, haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão

---

[299]STF. Pet 7133 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli. Julg.: 07/11/2017. DJe 01/12/2017.

[300] Incidem, na espécie, as Súmulas 634 e 635 do *STF*, que dispõem, respectivamente, que "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem", e que "Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade".

[301] A questão infraconstitucional ou cuja ofensa à Constituição seja indireta ou reflexa não é examinada sob a ótica da repercussão geral.

[302] A existência de repercussão geral é analisada pelo plenário virtual da Corte, sendo submetido pelo relator ou pelo presidente à uma sessão eletrônica, que tem o poder de admitir ou não esse juízo. Posta para votação, a ausência de pronunciamento do ministro impõe considerar que existe repercussão geral.

[303] Quando o recurso tem por objeto a impugnação de decisão que julga validade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, a exigência de repercussão geral pode ser extremamente problemática, restringindo sobremaneira as hipóteses de cabimento.

[304]STF. RE 657718 AgR. Min. Rel. Marco Aurélio. Redator do acórdão. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julg.: 22/05/2019. DJe 25/10/2019.

que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da CRFB/88. [305]

Uma vez reconhecida a repercussão geral, será suspenso o processamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão e tramitem em território nacional (§5º do art, 1035 CPC/15). A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão (§ 11 do art. 1.035 do CPC/15).[306] Essa decisão tem, evidentemente, seus efeitos espraiados para as demandas semelhantes.

Para além da repercussão geral, por se tratar de recurso excepcional, o recurso extraordinário tem como condição de admissibilidade o prequestionamento,[307] que consubstancia a exigência de que a decisão recorrida tenha enfrentado, discutido a questão de direito que está sendo objeto de recurso, ainda que em voto vencido.[308]

Esse prequestionamento deve ser expresso, hipótese em que há menção explícita da norma jurídica envolvida. A única hipótese de ser aceito o prequestionamento implícito é quando for feita referência ao conteúdo do dispositivo, sem indicar seu número. Tem-se porprequestionada a matéria ainda que os embargos de declaração opostos com esse fim tenham sido inadmitidos ou rejeitados. Isso porque consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, desde que o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade (art. 1.025 do CPC/15), conferindo-se eficácia de prequestionamento aos embargos, ainda que não tenho

---

[305] O texto original previa a repercussão geral presumida do acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, norma que foi revogada pela Lei n. 13.256/16, porém a *ratio*foi mantida no §1º do art. 987 do CPC/15. Este dispositivo indica que cabe recurso extraordinário ou especial do julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, indicando que o recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. O §2º estabelece que, apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

[306]O reconhecimento da existência de repercussão geral implica na suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (§5º do art. 1.035 do CPC/15). Reconhecendo os impactos desse regime em terceiros, o §6º do art. 1.035 do CPC/15 estabelece que o interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento. Também permite que o relator admita na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (§4º).

[307]Cite-se a súmula 282 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

[308]É importante mencionar que a súmula 320 do STJ foi superada. Seu enunciado estabelecia que "a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento". Comoo voto vencido também integre o acórdão, a súmula foi superada.

sido admitidos ou providos. Para parcela da doutrina, essa hipótese é denominada de prequestionamento ficto. [309]

É cediço que o debate quanto à constitucionalidade não está sujeito à preclusão, mas exige prequestionamento, restando evidente que essa exigência limita o debate, permitindo maior ingerência das partes sobre a demanda. A possibilidade estabelecida pelo art. 1.025 do CPC/15 potencializa a ingerência das partes no prequestionamento, uma vez que confere eficácia aos embargos de declaração feitos para prequestionar, ainda que seja inadmitido.

Uma característica comum aos recursos excepcionais é a necessidade de prévio esgotamento de instâncias ordinárias.[310] O recurso extraordinário tem suas hipóteses de cabimento estabelecidas a partir da ideia de que servirá para julgar causa já decidida em única ou última instância, quando essa decisão violar norma constitucional. Essa decisão (de única ou última instância) não necessariamente é o julgamento final da demanda.[311] Assim, a decisão proferida num incidente poderia ser objeto de recurso excepcional. [312] Esse, no entanto, não é entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que, conforme será melhor demonstrado no item 3.3.3, estabelecem que o recurso excepcional respectivo não é cabível contra a decisão que resolve o incidente.

É importante destacar que, em que pese o recurso extraordinário ser a via mais comum para impulsionar o Supremo a realizar o controle incidental de constitucionalidade, é possível que seja impulsionado por outros meios, [313] inclusive por vias processuais que instrumentalizam o controle concentrado.[314]

Em espécie, conforme já mencionado em diversas oportunidades, o incidente de arguição de inconstitucionalidade é a técnica disposta aos tribunais para levar a questão prejudicial constitucional para o órgão competente, que no caso do Supremo é o plenário.

---

[309]Destaque-se que, por meio da súmula 356, o Supremo Tribunal Federal já admitia o prequestionamento ficto.

[310]Mencione-se a súmula 281 do STF: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".

[311] Esse argumento pode ser legitimado com a*ratio* estabelecida no enunciado da súmula 86 do STJ que anuncia que "cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento"

[312] No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 314.

[313] O regimento interno do Supremo Tribunal Federal, ao tratar da competência do plenário, depois de elencar diversas ações de competência originária, menciona a atribuição para julgar "as arguições de inconstitucionalidade suscitadas nos demais processos" (art. 6º, II, a), deixando evidente que a diversidade de instrumentos processuais que podem sediar a arguição de inconstitucionalidade.

[314]Destaque-se a ação de descumprimento de preceito fundamental, que é instrumento de realização de controle incidental em ação de controle concentrado. Cite-se ainda o mandado de segurança impetrado pelo parlamentar, a fim de ver garantido o seu direito subjetivo ao devido processo hígido no trâmite de projeto de lei, que também consubstancia hipótese de controle incidental.Info. 711.Não suficiente, a Corte tem precedentes que demonstram a possibilidade de realização do controle incidental também em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Enquanto procedimento autônomo, só tem lugar na hipótese em que é necessário implementar uma cisão cognitiva do julgado, levando a questão constitucional para o órgão competente.

Em demonstração da possibilidade da instauração do incidente a partir de outras vias processuais, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal regulamenta a hipótese de arguição de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal em demanda que está sob a atribuição do Presidente do tribunal ou de Turma, indicando a necessidade de submetê-la ao plenário depois de ouvido o Procurador-Geral (art. 176).

Com isso quer-se dizer que o recurso extraordinário não pode ser a única via para solicitar a instauração do incidente. As hipóteses de cabimento do recurso fazem com que ele seja a via costumeira para levar ao plenário o enfrentamento de questão constitucional. Outrossim, é possível que seja necessário instaurar incidente a partir de outra demanda. Mencione-se a Ação Originária n. 293, em que o pleno asseverou a competência do Supremo para julgar incidente de arguição de inconstitucionalidade originado a partir de apelação cível e remessa necessária para que Tribunal de Justiça revisse decisão de juízo monocrático. Na hipótese, a maioria dos juízes do órgão especial do Tribunal de Justiça estava impedida, fazendo surgir a competência da Corte. [315]

A Corte tem uma linha de precedentes no sentido de que, ao realizar o controle incidental, independente do instrumento processual que o veicula, sequer é necessária a relação de prejudicialidade com a causa principal. Defende a sua competência para verificar a constitucionalidade de norma, ainda que se mostre dispensável para controvérsia, o que não faz sentido diante do fato de que, no controle incidental, a questão constitucional necessariamente é uma questão prejudicial à causa principal (ver item 2.3.3).

O Supremo tem o importante papel de dizer a última palavra ou a única em algumas matérias, o que potencializa a função de assegurar a observância da Constituição, inclusive pelo Legislativo de todos os entes que integram a federação. Em que pese a magnitude da importância da Corte na garantia da Constituição, a exigência da prejudicialidade para além de coerente com a posição da questão constitucional na demanda, homenageia o fato de o controle estar se dando em demanda em que há uma controvérsia entre particulares a ser resolvida.

### 3.2.5 Objeto do incidente: a Constituição-paradigma e o ato normativo-paradigmado

[315]STF. AO293. Min. Rel. Marco Aurélio. Rel. do acórdão Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julg: 20/09/1995,DJe 24/11/1995.

Como já foi dito diversas vezes, o incidente se destina à verificação de inconstitucionalidade de ato normativo que embasa direito subjetivo.

"Inconstitucionalidade" é termo polissêmico que pode ser empregado para indicar que determinada norma padece de vício de invalidade (o prefixo de negação– *in*– é disposto em negação da validade). [316]Tambémpode servir para identificar o resultado da comparação entre anorma e a Constituição, concluindo pela sua incompatibilidade ou para indicar a sanção em razão da verificação de inconstitucionalidade.

O primeiro e o último sentidos apresentados dizem sobre a inconstitucionalidade num modo estático, considerando seu estado. O segundo sentido apresenta a inconstitucionalidade num modo dinâmico e é esse sentido que é experenciado na maior parte do tempono curso de demanda que intenta perquirir se a norma é constitucional ou não.

Num modo dinâmico, o juízo sobre a constitucionalidade de norma é um juízo de comparação de uma norma superior com uma inferior, em sendo a validade um conceito relacional. Esse juízo de comparação não se perfaz de maneira meramente lógica. A identificação do vício de validade, que pode ser sobre a capacidade/competência do sujeito, a liceidade do objeto ou sobre sua forma, dito de outra maneira, de ordem formal ou material, [317]perpassa uma extração do sentido da norma-paradigma e da norma-paradigmada, para só então realizar a comparação.

O controle de constitucionalidade incidental em tribunais realiza-se utilizando como parâmetro a Constituição (estadual ou federal) sob cujo império foi editada a normativa impugnada.[318-319]Isso implica dois fatores: um, em sede de controle incidental, é possível que

---

[316]"Problema de relação intrassistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme critérios de validade contidos nas normas constitucionais". NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 69-70. Em sentido semelhante, MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 11.

[317] O vício de inconstitucionalidade pode ser formal ou material. O vício formal, também denominado de desconformidade dinâmica, pode se dar por violação da forma prescrita ou de inobservância de condição estabelecida, bem como de regra de competência. O vício material, também denominado de desconformidade estática, se dá pela violação de direitos e garantias fundamentais. Os autores divergem sobre se o vício de competência é um vício formal ou material. Marcelo Neves defende que a inconstitucionalidade defluente de incompetência converte-se em inconstitucionalidade material, quando a Constituição não prevê outro órgão legislativo competente para a emissão do ato; neste caso, surge lei de conteúdo incompatível com a Constituição, sendo irrelevante o órgão legiferante. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 114-115.

[318]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1180.

[319] A CRFB/88, em seu ADCT, estabeleceu prazo para que as assembleias legislativas elaborassem as constituições dos Estados (art. 11). O art. 25, caput, da CRFB/88 ainda estabelece que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição". Essessão o fundamento para que a constituição estadual seja elaborada, o que implica aduzir que não é produto do poder constituinte originário. Parcela da doutrina denomina que se trata de produto do poder constituinte decorrente,

a Constituição-paradigma já não esteja em vigor; dois, os juízos poderão utilizar a Constituição produzida em qualquer ente federativo como parâmetro, inclusive a Constituição Federal,[320] desde que tenha sido sob seu comando a edição do ato e que seja contra ela a violação perquirida – com exceção do Supremo, que mesmo no controle difuso, só utiliza a Constituição Federal como parâmetro -. Diferentemente do controle de constitucionalidade abstrato em que, em sede federal, o parâmetro é a Constituição Federal e, em sede estadual, o parâmetro é, via de regra, a Constituição Estadual. [321]

A inconstitucionalidade está na violação direta e imediata da Constituição sob a qual a norma foi criada. [322]Essa violação direta precisa corresponder a um direito explícito na

---

como modalidade de poder constituído. Embora haja autonomia do ente para elaborar sua constituição, deverá observar os princípios determinados pela Constituição Federal. Disso também se extrai a possibilidade de que a constituição estadual seja objeto de controle de constitucionalidade. Neste trabalho, no entanto, a relação em consideração é entre a constituição e os atos normativos inferiores, hierarquia que também existe entre a constituição estadual e os demais atos normativos elaborados sob sua sede.

[320]É importante destacar que, especificamente no que tange aos atos normativos produzidos num Estado-membro, há a subordinação à Constituição Federal e à Estadual. Há normas na Constituição Federal que devem ser necessariamente observadas no Estado, são as denominadas normas de reprodução obrigatória. Essa restrição intenta impedir que os Estados assumam um desenho institucional diferente do disposto para a União. Nessa hipótese, há um esvaziamento do controle de constitucionalidade em face das constituições estaduais, porque o parâmetro estará na Constituição Federal. Embora óbvio, é importante deixar claro que apenas as leis e atos normativos de um Estado e dos municípios nele localizado devem consideração à respectiva Constituição. Não é possível verificar a constitucionalidade de lei municipal de Recife em face da Constituição da Paraíba, por exemplo. De igual modo, uma lei federal não pode ter sua constitucionalidade verificada a partir da Constituição do Estado de Pernambuco.

[321] O STF assinalou que os Tribunais de Justiça podem usar a Constituição Federal como parâmetro de controle de constitucionalidade nas ações estaduais de controle abstrato, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória pelos Estados. STF. RE 650898/RS. Repercussão geral. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julg: 01/02/17. DJe 24/08/2017. Tese: Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Esse posicionamento foi reiterado e ampliado em 2019: "(...) 1. É constitucional o exercício pelos Tribunais de Justiça do controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República, quando se tratar de normas de reprodução obrigatória pelos Estados-membros. 2. As normas constitucionais de reprodução obrigatória, por possuírem validade nacional, integram a ordem jurídica dos Estados-membros ainda quando omissas em suas Constituições estaduais, inexistindo qualquer discricionariedade em sua incorporação pelo ordenamento local. 3. A pluralidade política e a forma de estado federalista conduzem à pluralização dos intérpretes da Constituição, desconstituindo qualquer vertente monopolista desta atribuição. 4. A pluralidade dos intérpretes da Constituição no Poder Judiciário deve respeitar as normas constitucionais de competência, pelo que descabe aos Tribunais de Justiça o exercício irrestrito do exame de constitucionalidade de lei ou de ato normativo municipal em face da Constituição da República". STF. ADI 5646/SE. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julg.: 07/02/2019. DJe 08/05/2019.

[322]Elival da Silva Ramos defende que a inconstitucionalidade é relação que se instaura entre a Constituição-parâmetro e a lei objeto de controle, não sendo possível a inconstitucionalidade com ato interposto, hipótese em que a inconstitucionalidade seria indireta. RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 64. No mesmo sentido, é a linha de precedentes do Supremo Tribunal Federal:Inconstitucionalidades indiretas ou reflexasnão podem ser aferidas. O único exame que se faz, no processo objetivo, decorre do confronto direto entre o ato normativo impugnado e o parâmetro constitucional (na hipótese, apenas estadual) adotado para fins de controle (STF, ADI 2.714, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 13-3-03, DJ de 27-2-04; ADI-MC 1347 /DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05/09/1995, Tribunal Pleno, DJ 01-12-1995, p.41685, Ement Vol-01811-02, p.00241, g.n.; ADI-MC n.º 842 - DF, RTJ 147/545-546) A esse propósito, é oportuno averbar a advertência feita pelo i. Min. Celso de Mello, do E. STF: "A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame 'in

Constituição. O direito implícito,embora tenha a mesma importância do expresso, dimana uma análise do sistema constitucional ou do "espírito" dodispositivo. [323] O juízo que um magistrado teria que fazer para extrair esse sentido, dando concretude à generalidade que é esse "espírito", impõe considerar que essa violação à Constituição é indireta. Para tomar esse "espírito" como parâmetro de impugnação, é necessário que seja apontada a norma constitucional que embasa esse direito implícito. [324]

O número de atos que pode ser objeto de controle difuso é amplo, mais uma vez diversamente do que acontece no controle concentrado. Por meio da ação direta de controle de constitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, diante da pretensão de declarar a inconstitucionalidade (inclusive por omissão), só pode ser impugnada lei ou ato normativo federal ou estadual;[325] se a pretensão for declarar a constitucionalidade, só pode ser impugnada lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, da CRFB/88).[326] Por meio da representação de inconstitucionalidade de competência dos Tribunais de Justiça, podem ser impugnados leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º, da CRFB/88).

A amplitude de atos que podem ser impugnados por meio do incidente tem o condão de materializar alguns dos preceitos dispostos como pilar fundamental do incidente (ver item 3.2.1), quais sejam o direito de acesso à justiça e à ampla defesa, sendo cogente que os jurisdicionados obtenham uma resposta judicial que considere os fundamentos que apresentaram como causa de pedir da demanda. Em paralelo, a decisão que não enfrenta os

---

abstracto' do ato estatal impugnado seja realizado exclusivamente à luz do texto constitucional. Desse modo, a inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode e nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado" (STF. ADI-MC n.º 842 - DF, RTJ 147/545-546, g.n.).

[323]BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio.**O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 55.

[324] É importante destacar que jáa doutrina de Kelsen, elaborada a partir do ordenamento jurídico austríaco, destacava que alguns decretos podiam ser objeto de controle de constitucionalidade. Isso porque muitos decretos na Áustria eram elaborados com base em lei e outros com base na Constituição, sendo editados no lugar da lei. Em algumas circunstâncias, o ato administrativo produzido no ordenamento austríaco tinha o mesmo efeito legal de uma decisão judicial e a autoridade administrativa também tinha o poder de editar normas legais gerais. KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 301-302. No Brasil, os decretos autônomos podem ter sua constitucionalidade verificada.

[325] O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido de que as hipóteses de cabimento são bem restritas. As leis ou atos normativos distritais que se deem no exercício de atribuição legislativa reservada aos municípios não podem ter a constitucionalidade verificada por meio de ADI. Apenas o exercício de competência própria de Estado autoriza a verificação por ADI. Nesse sentido, STF. ADI 880. Rel. min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. DJ 04/02/1994; ADI 3341. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal pleno. DJe 27/06/2014.

[326] Seguindo a linha da nota de rodapé anterior, a restrição é tamanha, que há precedentes que negam seguimento à ADC que pretendia a declaração de constitucionalidade de norma da Constituição estadual frente à Constituição Federal. STF. ADC 52. Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática. DJe de 9.5.2018.

fundamentos apresentados não é suficientemente fundamentada, carecendo de um de seus elementos essenciais, uma vez que não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (IV do §1º do art. 489 do CPC/15).[327]

É importante frisar que, em sede do controle incidental, o ato normativo impugnado, tal qual a Constituição-paradigma, não precisa estar vigente. Ele pode ter sido revogado, inclusive, porque a ultra-atividade do ato pode ser objeto de controle difuso, sendo factível a possibilidade de controle de norma pré-constitucional, obviamente frente a Constituição sob a qual foi editada. Afinal, o ato normativo pode ter sua legitimidade verificada tomando como parâmetro o texto constitucional sob o império do qual foi redigido, hipótese em que há controle de constitucionalidade, ou sob a Constituição vigente, hipótese em que consubstancia norma pré-constitucional a ser verificada sob a ótica da recepção.

Com "ato normativo" quer-se dizer qualquer ato que esteja regendo a relação cujo conflito é levado a juízo, [328]pois o direito subjetivo a ser tutelado no processo original pode ter diversas fontes. [329] O caminho percorrido para a elaboração do controle de constitucionalidade nos levou a uma tendência à redução do controle de constitucionalidade como correção jurídica da atividade do legislador. Com isso, constituiu-se que apenas os atos normativos legislativos são objeto de controle.[330]

No entanto, toda norma que compõe o ordenamento jurídico pode ser objeto de controle de constitucionalidade, de modo que o objeto paradigmado (em abstrato) é a norma

---

[327] Destaque-se que essa exigência encontra respaldo no dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB/88).LenioStreck e Igor Raatz destacam a inexorável relação que o dever de fundamentação tem com o contraditório, consubstanciando a explicitação da compreensão do juiz sobre a questão, conjuntura que impede que os precedentes sejam utilizados como mecanismo para desonerar o julgador de fundamentar (STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. In: **R. Opin. Jur**., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017). A mesma lógica deve ser aplicada para impor que o juiz fundamente suficientemente o juízo sobre a constitucionalidade de norma que perquire a validade, inclusive acaso negue a admissibilidade do incidente.

[328]Com base na doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr., é possível afirmar que com "ato normativo" quer-se afirmar "ato jurídico". Para o autor, o ato jurídico é aquele que prescreve "condutas que positivam o direito que são executadas por diferentes centros emanadores dotados do poder jurídico de fazê-lo". Seria uma "abstração que tem por base condutas reais de seres humanos com todas as suas condicionalidades". Os atos jurídicos podem ser estatais – produtores de normas gerais -, jurisdicionais, estatutários ou negociais. (**Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 224). Na verdade, há diversas classificações para os atos jurídicos dentro do estudo dos fatos jurídicos, não sendo objeto deste trabalho a apresentação pormenorizada de seus elementos.

[329]GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ed. QuartierLatin do Brasil, 2005, p. 251-253.

[330]Exemplifique-se com o regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que ao regulamentar o controle incidental, estabelece que será cabível quando arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer processo submetido ao plenário (art. 176).

jurídica, cuja norma legal é apenas uma das espécies. Nesse espeque, faz-se premente compreender a abrangência do que se quer dizer com "norma jurídica".

3.2.5.1 As diversas espécies de norma jurídica enquanto ato normativo-paradigmado

Aconcepção de norma jurídica é tema objeto da Teoria do Direito, justamente porque está intimamente ligada à compreensão que se tem de direito positivo. Atualmente, é mais adequada a adoção de uma concepção de norma jurídica desgarradadas premissas de que se identifica com o texto legal e de que tem como elementos permanentes a generalidade e aprevisão de sanção (ver item 2.2.3). [331-332]

Com relevância para o tema em análise, o desprendimento dessas premissas impõe as conclusões de que (i) a norma jurídica é um produto da interpretação, o que permite considerar a existência de diversas normas jurídicas a partir de uma única disposição textual. Até mesmo a interpretação dada a uma norma pode ter sua constitucionalidade verificada; (ii) há diversas espécies de norma jurídica, de modo que os atos legislativos não são as únicas fontes normativas do Direito; (iii) "norma" é termo que não compreende apenas as normas genéricas e abstratas, caracterizadas por atingir um número indeterminado de pessoas e por descrever uma conduta abstrata.

Antes de adentrar na demonstração dessa multiplicidade de atos normativos, é importante destacar que, da suspeita de inconstitucionalidade exsurge a necessidade de

[331]Mesmo apresentando um conceito positivista, Bobbio esclarece a distinção existente entre proposição e enunciado, indicando que o enunciado seria a forma gramatical e linguística com que um determinado significado é expresso, enquanto a proposição seria um conjunto de palavras com um significado geral. Assim, uma mesma proposição poderia possuir diversos enunciados. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 52.

[332]Hans Kelsen, grande representante do positivismo jurídico, estabelecia que a norma jurídica geral (abstrata) era formada pela norma primária, a que define sanção para conduta ilícita, e pela norma secundária, quer regula a conduta ilícita. A norma primária seria a norma genuinamente jurídica, a secundária, que tinha um elemento fático compositor, seria supérflua. O autor caracterizava a norma jurídica pela existência de um elemento sancionador. A norma que não traz sanção é supérflua. Como agravante, na doutrina do autor os planos da existência e validade se confundem, de modo que uma norma sem sanção é inexistente e inválida. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 33-35. Em contraponto, Carlos Cossio, por meio da teoria egológica, identifica o direito como conduta humana, sendo a norma jurídica a representação do dever-ser. A norma jurídica é composta por um juízo disjuntivo complexo, materializado pela endonorma, que estabelece a prestação, e a perinorma, que traz a sanção. COSSIO, Carlos. **La teoria egologicadelderecho y el concepto jurídico de libertado**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 661-662. A norma jurídica deixa de ser o elemento central da ciência do direito e passa a ser meio de conhecimento, uma vez que a norma de direito coincide com a própria conduta humana. A conduta humana, o fato, passa a ser o objeto central da ciência jurídica. BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 389-390.

analisar o plano da validade do ato jurídico perante a Constituição,[333] só sendo possível falar em validade de ato que existe.[334] Por isso, ao suscitar a inconstitucionalidade, é necessário que seja apresentado o inteiro teor do texto que contém o ato questionado,[335] permitindo que sua existência seja atestada e a validade verificada de maneira adequada (ver item 3.3.1).

Com supedâneo na doutrina de Miguel Reale, que propõe a teoria tridimensional do direito, relacionando os elementos fático e lógico-formais ao elemento axiológico, é possível aduzir que a concepção de norma jurídica pode ser identificada a partir da existência de uma estrutura de poder correlata. Isso porque o processo de produção de norma jurídica pressupõe uma estrutura de poder capaz de especificar o conteúdo e exigir o seu cumprimento. Essa estrutura de poder pode ser, por exemplo, o Legislativo, o poder negocial ou autonomia da vontade e até o Judiciário. [336]

A partir dessa doutrina, é possível afirmar que o gênero "norma jurídica" abrange as normas legais, negociais e jurisdicionais. Ao lado dessas espécies, também seria possível acrescer a norma costumeira, dispondo a sociedade como estrutura de poder correlata. Mas, por se tratar de espécie de ato normativo que é elaborado de maneira substancialmente diversa dos demais, bem como diante da escassez de normas costumeiras na experiência brasileira,

---

[333]Conforme já mencionado no item 1.1.2, na doutrina de Hans Kelsen, os planos da existência e validade são um só. Por isso que no sistema de controle de constitucionalidade que desenvolvera o vício de inconstitucionalidade implicava numa tutela jurisdicional constitutiva com efeitos *ex nunc*.

[334]É importante mencionar que a classificação dos atos jurídicos não é unânime na doutrina. É com base na doutrina de Pontes de Miranda que se afirma que só é possível averiguar a validade de ato existente (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 6-7). Ainda é importante mencionar a doutrina de Marcelo Neves, que desenvolve que, para a existência, seria mais adequado utilizar o termo pertinência. O autor explica que as normas jurídicas não estão no plano do ser, como estruturas de significação deôntica (dever ser), condicionadas e condicionantes de um contexto fático-ideológico. Não possuem uma existência real, embora dirigidas para regulamentar a realidade. Logo, seria mais adequado se falar em pertinência ao explicar a situação em que uma norma jurídica está integrada na ordem sem ter sido invalidada ou revogada (NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 42).

[335]Nesse sentido: "Recurso extraordinário. Alínea *b* do inciso III do art. 102 da CF. Formalidade essencial. A admissibilidade no Tribunal *a quo* e o seguimento no STF de recurso extraordinário que veicule inconformismo contra declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pressupõe o conhecimento das razões da declaração da pecha pela Corte de origem. Tratando-se de acórdão prolatado por órgão fracionado, indispensável é que contenha a transcrição do que decidido pelo Plenário ou órgão especial, únicos competentes para o exame e a decisão da matéria. Art. 97 da Lei Básica Federal. A deficiência em tal campo não é suprida pela transcrição ou juntada, ao acórdão impugnado, de voto relativo a pedido de vista formulado quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade. Os fundamentos respectivos não são coincidentes, necessariamente, com aqueles que conduziram a declaração do conflito do ato normativo com a Carta Federal". STF**.** RE 142.240 AgR, rel. min. Marco Aurélio, j. 2-6-1992, 2ª T, *DJ* de 19-6-1992; RE 453.744 AgR**,** rel. min. Cezar Peluso, j. 13-6-2006, 1ª T, *DJ* de 25-8-2006; RE 149.478 AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 24-3-1993, P, *DJ* de 23-4-1993. No mesmo sentido, RE 876067 AgR/ SC. Rel. Min. Cármen Lúcia. 2ª Turma. Julg.: 12/05/2015. DJe 22/05/2015.

[336] O autor especifica que toda fonte do direito implica uma estrutura normativa de poder, de modo que as fontes do direito são constituídas paralelas às formas de poder. O processo legislativo tem como forma de poder o Legislativo; a jurisdição, tem o Judiciário; os negócios, tem o poder negocial/ autonomia da vontade; os costumes, a sociedade. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

devido ao tipo de experiência positivista que teve, optou-se por deixá-las de fora deste trabalho.

A primeira espécie de norma mencionada é a legal,[337] que é também o lugar comum de objeto paradigmado e, por essa razão, não será foco de maiores detalhamentos. Em sede de controle incidental, as normas legais existentes de qualquer ente federativo (União, Estado, Município ou Distrito Federal) podem ser impugnadas a partir da acusação de violação direta à Constituição.[338] É importante frisar que, nem mesmo à luz do federalismo, há impeditivo para que um juiz estadual realize controle incidental de lei ou ato normativo federal, *vg*. O ente produtor da lei pode indicar uma restriçãono parâmetro a ser utilizado, mas não na competência do juiz para verificar a constitucionalidade.[339]A jurisdição é una e é no exercício dela que qualquer juiz está autorizado, na verdade, tem o dever, de realizar o controle de constitucionalidade de maneira incidental.[340-341]

---

[337] A "norma legal" a que se faz referência é toda norma legal infraconstitucional que tenha autonomia, tais como a lei ordinária, a lei complementar, a lei delegada e a medida provisória. Decretos, salvo o autônomo, portarias e instruções possuem caráter regulamentar, não possuindo autonomia frente à Constituição.

[338] O esquema federativo brasileiro foi elaborado de modo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são autônomos e possuem competência legislativa (exclusiva ou compartilhada), tanto para editar leis quanto para exigir seu cumprimento. Isso implica que esses entes estão produzindo norma de maneira simultânea, a partir da autorização da Constituição. A forma federativa, inclusive, é cláusula pétrea (art. 60, §4º, I, da CRFB/88), de modo que a forma federativa não pode ser alterada, sob pena de ferir uma das características basilares do Estado.

[339]É importante destacar que a extensão federativa do ato normativo impugnado diz sobre o parâmetro a ser utilizado. Uma lei federal não pode ter sua constitucionalidade verificada à luz de uma Constituição estadual. De igual modo, uma lei do Estado de Alagoas não pode ter sua constitucionalidade verificada à luz da Constituição de São Paulo. Por outro lado, uma lei que estadual que trate sobre relações de consumo, pode ter sua constitucionalidade verificada a partir da Constituição Federal ou da Constituição do Estado respectivo.

[340]Uma vez afirmado que só é possível verificar a validade de ato existente, é importante mencionar que, sobre a (in)existência de normas legais, André Ramos Tavares fez interessante análise acerca da existência de ato especificamente legislativo. Os atos de direito privado têm sua existência estabelecida a partir da presença de alguns elementos, quais sejam a vontade, a declaração dessa vontade, a existência de um objeto idôneo e a forma. O ato legislativo, típico de direito público, teria elementos de existência semelhantes: é produzido por um agente dotado de poder estatal que possui capacidade para tal, esse ato consubstancia manifestação de vontade, possui um objeto e forma. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244-252.

[341] É com amparo nas normas legais que as normasda Administraçãosão produzidas. A atividade administrativa do Estado deve estar toda amparada em lei, sendo regida pelo princípio da legalidade estrita, de modo que só permitido fazer o que a lei autoriza (art. 37, *caput*, da CRFB/88). O regimento interno do CNJ regulamenta no art. 91 a possibilidade de que seja realizado o controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, sempre que contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da CRFB/88. O parágrafo único do dispositivo ainda dispõe que o controle por afronta direta à Constituição não está sujeito à preclusão. A Administração (chefe do Executivo, especificamente) tem competência regulamentar, podendo expedir atos normativos que regulamentam comandos legais já existentes. A regulamentação não pode inovar frente à Constituição e a lei que lhe subsidia. Nessa tessitura, a *priori*, o exercício de competência regulamentar não autoriza a realização do controle de constitucionalidade, uma vez que a violação à Constituição seria indireta, sendo mais adequado o controle de legalidade. No entanto, é possível que a norma produzida pela Administração viole a Constituição frontalmente. *Verbi gratia*, a hipótese em que a autoridade administrativa produz norma criativa, que inova na ordem jurídica, violando o princípio da legalidade disposto no art. 37, *caput*, da CRFB/88. Mencione-se ainda a hipótese de controle de constitucionalidade dos atos administrativos, sendo factível que alguns atos podem violar diretamente a Constituição, como o produzido por autoridade incompetente, ao alvedrio da estabelecida pela Constituição. Sem pretender esgotar o tema, apenas com o intuito

A segunda espécie de norma é a negocial, que também pode ser objeto de controle incidental, arrefecendo a tese de que está adstrito a impugnar atos públicos e gerais. A força normativa da Constituição, que se espraia por todos os ramos do ordenamento, impõe que os negócios podem ser um ponto de encontro de direitos fundamentais, uma vez que esses são dotados de eficácia horizontal, mediando as relações entre particulares.[342]

Paralelo a isso, a redemocratização impôs a formulação de uma nova concepção de negócio, de modo que,*v.g.*, na espécie contrato, para além da manifestação da vontade, os seus efeitos na sociedade deverão ser considerados, havendo uma socialização da teoria contratual. [343] O espaço para autorregulação pelos particulares é reduzido por normas imperativas, tendo ocorrido uma ampliaçãonos temas de relevância constitucional, o que também permitiu um maior intervencionismo do Estado nas relações contratuais. [344] Nessa conjuntura, o mais privado dos direitos tem (e deve ter) seus fundamentos na Constituição.[345]

É inconteste que a relação jurídica levada a juízo que tenha sido constituída a partir de um contratopode exigir que a constitucionalidade das cláusulas deste seja avaliada. Inclusive, é consolidada na doutrina a possibilidade de que seja ofertado um provimento jurisdicional de natureza declaratória para interpretar cláusula contratual, que é justamente a espécie de tutela jurisdicional na declaração de (in)constitucionalidade (ver item 4.3.1).[346]

---

de apresentar uma perspectiva panorâmica, atualmente sequer há relevância na discussão sobre a (im)possibilidade de realizar controle de constitucionalidade de ato administrativo. Aparentemente, a defesa da possibilidade ganhou unanimidade. Discute-se se a Administração, o Tribunal de Contas ou até conselho judicial podem realizar esse controle, havendo precedentes da Suprema Corte no sentido de que a ampliação da legitimidade para impulsionar o controle abstrato e a amplitude do controle difuso pelo Judiciário impõe repensar o tema. STF. MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, *DJE* 18 de 1º-2-2018. Mencione-se que o Supremo tem em vigência o enunciado da súmula 347, que estabelece a competência do Tribunal de Contas para apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público. A própria Corte tem dado indícios de que a súmula, editada sob a Constituição de 1967, ficou comprometida com a Constituição de 1988.

[342]MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** O novo regime das relações contratuais. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 213-266.

[343] Luiz Edson Fachin desenvolve que a racionalidade constituinte e reguladora do Estado deu espaço para as razões da sociedade, fazendo com que os três pilares do direito privado, propriedade, família e contrato, recebessem uma nova leitura a partir da Constituição e da dignidade da pessoa humana. FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil. **Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 51.

[344] MARQUES, op. cit., p. 213-266.

[345]Há um processo de publicização dos contratos, mesmo dos firmados por particulares, o que difere da submissão dessa matéria ao direito público. A constitucionalização imprime um "processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil"; impõe que o mais privado dos direitos está inserido essencialmente na Constituição. A publicização "compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX", desembocando no aumento de normas cogentes, sem eliminar a natureza originária da relação jurídica privada composta por sujeitos ao menos formalmente iguais (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In:**Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36 n. 141 jan./mar., p. 99-109, 1999. Disponível em: <http://www.olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021).

[346]Mencione o enunciado da súmula 181 do STJ, que determina ser "admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto a exata interpretação de cláusula contratual".

Outrossim, é necessário considerar que antes desse processo de constitucionalização dos ramos, experenciamos um direito tremendamente legislado. Especialmente o direito privado vivenciou com maestria essa inflação das normas legais. E, por causa disso, é bem mais factível que a violação à Constituição se dê por ato interposto, sendo infringida apenas indiretamente, cenário em que o controle a ser feito é de legalidade, não propriamente de constitucionalidade.

Considere a hipótese em que um líder religioso realiza um contrato de prestação de serviços com um particular para que execute o projeto elétrico de um imóvel. Ao saber que o particular é praticante de liturgias de religião diversa da sua, o contratante estabelece uma cláusula que impede o contratado de exercer seu direito de liberdade de culto religioso durante o prazo de duração do contrato. Numa eventual rescisão, pode ser que se torne interessante para o contratado trazer uma prejudicial para verificar a lidimidade dessa cláusula. *A priori*, a lidimidade dessa cláusula poderia ser avaliada a partir da verificação de sua constitucionalidade ou do exame de legalidade. O contratado pode aduzir que essa cláusula é inválida e, portanto, nula porque violao art. 5º, VI, da CRFB/88 diretamente, que estabelece a liberdade de culto religioso; também pode aduzir que a invalidade da cláusula se dá porque integra no negócio jurídico um objeto ilícito, violando o art. 166, II, do CC/02, existindo uma violação reflexa à Constituição (art. 5º, II e VI, da CRFB/88).

É bem possível que em algumas hipóteses a verificação da validade (liceidade do objeto) possa ser realizada a partir de um exame de legalidade ou de constitucionalidade. A inflação de normas infraconstitucionais, especializando os ramos do direito, diz que, embora os fundamentos de cada ramo devam estar na Constituição, nem tudo a viola diretamente, inclusive porque nem tudo que é fundamental à matéria será tratado no âmbito constitucional.

É evidente que, para o jurisdicionado, o juízo de legalidade pode ser mais interessante, especialmente em sede de tribunal, porque desmerece a instauração de incidente e as exigências consecutivas, tal como o cumprimento da cláusula de reserva de plenário. Outrossim, como já foi defendido, a realização ou não do controle de constitucionalidade não está na esfera de escolha dos indivíduos.

Sem pretender ofertar uma resposta suficiente, mais por limitação de objeto que por grau de relevância da questão, quando a liceidade do objeto envolver a definição do núcleo essencial de direito fundamental, com potência de restringir seu conteúdo, como no exemplo apresentado, ainda que tenha sido levantada a prejudicial de ilegalidade com base no art. 166, II, do CC/02, a análise da (i)licitude perpassa a consideração de se o estabelecimento da

cláusula viola direito fundamental. A reconfiguração da relação legalidade-constitucionalidade (ver item 2.2.2.2) nos indica isso.

Talvez, uma boa forma de começar a pensar o tema seja considerar os assuntos que a Constituição privou de agentes constituídos. Há temas que a Carta reservou para o Constituinte (originário), tirando-os da esfera do legislador ordinário, quiçá dos particulares.As normas constitucionais que dispõem as cláusulas pétreas, estabelecendo aquilo que não pode ser restringido ou alterado pelo legislador, encerram comandos cuja análise de lidimidade impõe a verificação da inconstitucionalidade, pois entende-se que consubstanciam a essência da Constituição e, por conseguinte, dos fundamentos do Estado. A violação a uma cláusula pétrea jamais será transgressão meramente reflexa à Constituição.

A terceira espécie de norma é a jurisdicional, aquela produzida através de decisão judicial, que também pode ser objeto de controle incidental. Conforme já foi defendido neste trabalho, a partir do século XX, é irrefutável que o ato de julgar é também ato de criação do direito (ver item 2.2.3).

O próprio art. 102 da CRFB/88 prevê o cabimento de recurso extraordinário contra decisão que contrariar dispositivo da Constituição. Isso quer dizer que a Constituição afirma ser possível verificar a constitucionalidade de decisão judicial; o recurso extraordinário é cabível para verificar a constitucionalidade da decisão recorrida, independentemente de que declare inconstitucionalidade de ato normativo. É a própria decisão que é aduzida inconstitucional, podendo ser objeto de controle incidental (ver item 3.2.4.1).

O mesmo raciocínio deve ser empregado em sede dos demais tribunais, admitindo-se que um recurso traga como prejudicial a inconstitucionalidade da decisão judicial (ou de parte dela) impugnada, salvo existente empecilho de cabimento recursal.Nesse espeque, mencione-se novamente que a interpretação dada a um dispositivo também pode ser objeto de controle incidental.

A*ratio* até então exposta impõe a conclusão de que, em sede do controle incidental, não só a lei pode ser objeto de controle. Para além das normas gerais e abstratas, as individuais e concretas também podem ter sua constitucionalidade verificada no curso de ação. Essa defesatem o intuito também de permitir a materialização do direito de acesso à justiça e à ampla defesa, admitindo que os particulares impulsionem a jurisdição para verificar a validade de ato normativo que rege a relação jurídica que lhes interessa. Questão tormentosa que também precisa ser considerada é se essa amplitude defendida também autoriza que até mesmo os fatos sejam objeto do juízo de constitucionalidade.

3.2.5.2 Os fatos e o juízo de inconstitucionalidade

Antes de qualquer coisa, é importante frisar que, conforme definição adotada neste trabalho, a norma jurídica tem o fato como uma de suas dimensões (ver item 3.2.5.1). Isso implica que a interpretação e a aplicação da norma não podem se dar em desconsideração da realidade,*ratio* que abrange as normas constitucionais também.[347] Ainda que o exame de constitucionalidade esteja sendo realizado através da comparação entre duas normas, as normas em comparação possuem uma dimensão de fato que tem relevância jurídica.

Embora seja objeto de controvérsia na doutrina, a verdade é que os fatos podem ser relevantes no juízo sobre a constitucionalidade de norma. A relação entre a Constituição-paradigma e os fatos é rechaçada em razão de uma equivocada (ou, no mínimo, superficial) percepção sobre os elementos de comparação na verificação de inconstitucionalidade e sobre o que se entende por julgamento objetivo.

Quando se fala em controle de constitucionalidade, é intuitivo que se refere à comparação entre normas (constitucionais *vs.* infraconstitucionais), inclusive porque a verificação de validade é apresentada a partir de um conceito relacional entre duas normas, não abrangendo a comparação entre fatos e a Constituição; quando se fala em julgamento objetivo produzido pela jurisdição constitucional, automaticamente deduz-se que os fatos e pormenores de relação jurídica não têm o condão de limitar o juízo de constitucionalidade, sendo a verificação e apreciação de fatos questão de competência de juízos de primeiro e segundo grau. Esse raciocínio é aplicado em sede do controle abstrato, também por meio da defesa de que ele não comporta dilação probatória ou exame de fatos controvertidos.

Ocorre que a análise de fatos pode ter relevância para o julgamento adequado do feito, hipótese em que o objeto paradigmado será uma norma e as circunstâncias fáticas de sua edição contribuem para uma melhor decisão; outrossim, os fatos também podem ser o alvo da verificação de inconstitucionalidade, oportunidade em que o objeto paradigmado será um fato ou um conjunto de fatos. Nenhuma dessas hipóteses impede que seja realizado um julgamento objetivo da ação.

---

[347] Em grande contributo, Peter Häberle desenvolve, a partir de sua concepção de Constituição aberta, uma hermenêutica tradicional se faz insuficiente, de modo que a interpretação constitucional deve considerar a Constituição e a realidade constitucional. Deve-se questionar sobre os agentes conformadores da realidade constitucional. A ampliação do círculo de intérpretes é uma consequência da integração da realidade ao processo de interpretação.HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a intepretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Enquanto instrumento para julgamento adequado do feito, a análise de circunstâncias fáticas pode ser elementar para compreensão da conjuntura em que o ato normativo foi editado. Nesse aspecto, é necessário compreender o que Gilmar Mendes, com substrato na doutrina alemã de Klaus JurgenPhilippi,[348] denomina de "fatos legislativos" ou "prognoses legislativas".

O autor divide os fatos legislativos emfatos históricos, que motivaram as deliberações e escolhas legislativas; fatos atuais, que abrangem investigações empíricas e não empíricas sobre temas contemporâneos à atividade hermenêutica; e em eventos futuros (prognoses), em consideração às situações em que a (in)constitucionalidade do ato normativo precisa que tenha ocorrido um evento futuro praticado pelo Legislativo.Em todas essas espécies o Judiciário constrói uma decisão com base em elementos fático-concretos. Nas duas primeiras hipóteses – fatos históricos e fatos atuais -, o Judiciário analisa como o Legislativo considerou os fatos. Na terceira hipótese – eventos futuros -, o Judiciário faz um exame *pro* futuro, considerando tendências, realizando testes e indagações, para verificar a confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou a verificação de determinado evento.[349]

Nessa conjuntura, em verdade, a aferição de fatos consubstancia parte essencial para a realização do controle de constitucionalidade. A verificação desses fatos se relaciona de maneira íntima e indissociada com a própria competência do tribunal. Inclusive, é possível que, ao analisar os fatos legislativos, o tribunal identifique que o legislador se equivocou na depreensão sobre fatos, criando uma norma legal ilegítima, sendo premente que declare sua inconstitucionalidade. [350]

Em sede do controle incidental, em que a norma-paradigmadaé um *locus*muito mais amplo, como "fato legislativo" deve-se compreender o fato que envolveu a edição da norma. *Verbi gratia*, na hipótese em que o ato normativo a ter a constitucionalidade verificada é uma decisão judicial, a conjuntura fática em que foi proferida pode ter relevância.

Exemplifique-se com a pandemia do covid-19 que acarretou um panorama fático que permitiu o proferimento de muitas decisões judiciais diferentes das que seriam produzidas sem essa conjuntura. Nessa tessitura, é possível mencionar a ADI 6357, que em decisão cautelar referendada afastou a exigência de demonstração de adequação orçamentária em relação à criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do covid-19.

---

[348] O autor alemão fez uma análise de decisões da Corte Constitucional Alemã, verificando que o tribunal considerava fatos e prognoses legislativas com certa frequência.
[349] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 663-695.
[350] MENDES, op. cit., p. 666.

A decisão afastou a incidência de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2020 (LDO/2020), que exigiam, para o aumento de gastos tributários indiretos e despesas obrigatórias de caráter continuado, estimativas de impacto orçamentário-financeiro e a compatibilidade com a LDO, além da demonstração da origem dos recursos e compensação de seus efeitos financeiros nos exercícios seguintes.

Os dispositivos em questão, que inclusive já tiveram a constitucionalidade assinalada na ADI 2238/DF, são fundamentais na execução do orçamento público, instrumentalizando o planejamento e a transparência na gestão fiscal. Mas foram afastados devido a excepcionalidade do estado de pandemia. A decisão proferida na ADI 6357, em seus fundamentos, destacou que "o surgimento de condições supervenientes absolutamente imprevisíveis afeta radicalmente a possibilidade de execução do orçamento planejado".[351]

Uma decisão como essa, que afasta dispositivos (com a constitucionalidade assinalada) da gestão do orçamento público, sem seu quadro fático, padeceria de vício de inconstitucionalidade, ferindo a essência do princípio republicano.

A possibilidade de que a jurisdição constitucional considere os fatos que circundaram a edição da norma para proferir um julgamento adequado sobre sua constitucionalidade consubstancia mecanismo que pode ser utilizado para verificação de inconstitucionalidade formal, a partir da análise dos fatos que permearam o processo de edição da norma, e de inconstitucionalidade material, considerando os fatores sociais/individuais que impulsionaram a criação da norma, por exemplo. Nas duas hipóteses, o juízo fará uma comparação entre a norma-Constituição, mas considerará as circunstâncias fáticas da edição da norma ou da norma propriamente.

Aqui é importante mencionar, ainda que *en passant*, que quando o Judiciário avalia se o princípio da isonomia e a proporcionalidade foram respeitadas na construção normativa, ele faz um juízo sobre as circunstâncias fáticas. Ao verificar, num caso concreto, se um ato normativo deu tratamento isonômico às partes, o juiz precisa considerar elementos fáticos, identificando diferenças e similitudes entre os envolvidos.

De igual modo, para verificar se o ato normativo, no caso concreto, traz tratamento proporcional, é necessário que o juiz observe se a medida é adequada, necessária e se é proporcional em sentido estrito. No exame da adequação, o juiz terá que considerar se o ato é adequado para a realização de seus fins, avaliando se é a medida que melhor atinge o fim pretendido, o que impõe considerar a conjuntura fática. No exame da necessidade, o juiz terá

[351]STF. ADI 6357. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julg. 29/03/2020.

que avaliar se a medida adotada traduz a menor restrição possível a direito, impondo considerar as outras opções possíveis e, assim, o panorama fático. No exame da proporcionalidade em sentido estrito, o juiz terá que considerar se os benefícios a serem obtidos com a medida são maiores que os prejuízos, o que também implica considerar circunstâncias fáticas.

É considerando a existência de conjunturas fáticas que possuem relevância para um melhor julgamento do feito que a Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, estabelece a possibilidade de requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos, agendar audiência pública para ouvir depoimento de pessoas, diante da necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstâncias de fato (§1º do art. 9º e §1º do art. 20). Mesmo regulamentando o procedimento de ação que se destina a julgamento objetivo, o legislador anteviu a possibilidade de que seja necessário esclarecer circunstâncias fáticas.

Paralelo a isso, a compreensão dessas circunstâncias pode ajudar a antever as consequências da manutenção e de retirada da espécie normativa da ordem jurídica. Trata-se de consideração de absoluta relevância à modulação de efeitos da decisão, instituto que pode ser aplicado em sede do controle incidental (ver item 4.3.2).

Destaque-se que, com a defesa de que as circunstâncias fáticas têm relevância para o julgamento de inconstitucionalidade, não se pretende sustentar que a verificação de constitucionalidade abrange o exame de fatos controvertidos que embasam a causa principal. Conforme será melhor demonstrado no item 3.3.3, o incidente intenta resolver dúvida sobre a constitucionalidade de norma, analisando-a de maneira objetiva, não possuindo relevância as controvérsias do processo original.

Também é possível que os próprios fatos sejam o objeto da verificação da inconstitucionalidade. Por influência da nossa tradição jurídica, é intuitivo considerar que o "direito" e o "fato" estão separados, como se a norma tivesse mais robustez e proeminência frente à vida; como se o direito fosse reduzido à norma enquanto disposição abstrata. Essa separação, no entanto, diz mais sobre o desejo da glosa doutrinária de origem romana que sobre a realidade.

Deve ser possível o controle de constitucionalidade de fatos, inclusive porque nem tudo foi antevisto pelo legislador e, às vezes, é um conjunto de fatos, ainda não juridicizados, que está causando violação à Constituição. Impedir que seja realizado, coloca o Direito e, por conseguinte, a Constituição longe da realidade. Neste trabalho, devido à limitação de objeto, essa defesa tem mais o intuito de fazer repensar o preconceito sobre o controle de fatos, do

que apresentá-la com a densidade que merece e, por essa razão, a defesa da possibilidade de controle é apresentada por meio de exemplos.

Exemplifique-se com a omissão inconstitucional, em que a constatação da inconstitucionalidade se dá em razão de omissão do poder público em regulamentar a situação, impondo ao Judiciário integrar a lacuna deixada, solucionando o caso concreto.[352]André Rosa, em obra especializada, destaca que a inanição legislativa revela a distância entre a pretendida democracia e sua efetiva realização. A omissão do Parlamento pode influenciar a igualdade material, um dos valores mais importantes dos Estados contemporâneos e até impedir a realização do princípio democrático em seu sentido material, haja vista que a democracia nos termos hodiernos exige um mínimo de igualdade material para que os cidadãos possam participar do processo político e expressar sua verdadeira vontade. [353]

Na ausência de norma, a jurisdição constitucional é impulsionada para, a partir da inconstitucionalidade que a lacuna causa, conferir prestação que realize o Estado Social e as normas constitucionais (aquelas que possuem eficácia indireta). [354] Diante da lacuna, enquanto vazio que se detecta com a impossibilidade de subsumir a norma a um fato específico porque não foi previsto por aquela, é necessário que o juiz integre o espaço deixado, para que o desenho constitucional seja satisfeito.[355]A ausência de norma, a lacuna, o silêncio legislativo é um fato que se transforma em omissão inconstitucional quando o seu efeito impede a realização das normas constitucionais.

Exemplifique-se, ainda, a possibilidade de controle de fatos através do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. O estado de coisas inconstitucional é categorizado comoum quadro de violação generalizada e sistêmicaa direitos fundamentais, encontrado como causa a falta de medidas das autoridades públicas para modificar esse quadro, seja por inércia ou por incapacidade. O reconhecimento desse estado tem o condão de permitir que

---

[352] CUNHA JR., Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 145.

[353]ROSA, André Vicente Pires. **Lasomisiones legislativas y sucontrol constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006,p. 31-56.

[354]ROSA, op. cit., p. 177-190.

[355] Destaque-se que o controle da omissão inconstitucional não implica na fixação de sanções. É possível reduzir os efeitos da omissão sem obrigar que o legislador legisle. Na omissão absoluta em que é exigida ação do legislador a Corte Constitucional deve fazer a escolha políticade seguir um caminho de legislador negativo (negando a eficácia do direito até que o legislador atue) ou como positivo (estabelecendo condições para a eficácia do direito). Na omissão relativa a norma já existe, apenas está incompleta. A atuação da Corte é limitada porque se restringe ao tanto de vulneração do princípio da igualdade. A Corte opta (decisão política) pela anulação da lei (declaração de inconstitucionalidade com pronunciamento de nulidade) ou pela extensão de seus efeitos aos ilicitamente excluídos. Quando escolhe a segunda opção, a faz por meio de sentença manipulativa. ROSA, op. cit., p. 191-224.

sejam construídas soluções estruturais dirigidas à sua superação, exigindo esforços de diversos órgãos para tanto.

O instituto, que é técnica de decisão que surgiu na Corte Constitucional Colombiana, foi mencionado pelo Supremo Tribunal Federal em 2015 na ADPF 347/DF, que discutia o sistema penitenciário brasileiro, oportunidade em que foi declarada a inconstitucionalidade das generalizadas violações aos direitos fundamentais da população carcerária. [356] Em 2021, na ADI 5529/DF,ministros da Corte consideraram novamente o instituto, ao avaliar o sistema de patentes de medicamentos. Embora os votos iniciais tenham mencionadoa existência de estado de coisas inconstitucional, a Corte entendeu não ser possível adotar a mencionada técnica de decisão, pois a situação impugnada poderia ser verificada a partir da análise da relação entre a Constituição e a norma prevista em lei, desmerecendo a análise do quadro fático em questão frente à Constituição.[357]

A declaração de estado de coisas inconstitucional, para além da consideração dos atos normativos ineficazes até então produzidos pelo Estado, que agravam o cenário de violação massiva de direitos, perpassa um juízo valorativo de um conjunto de fatos.É possível extrair esse raciocínio também da última decisão do Supremo envolvendo o instituto, oportunidade em que foram indicados pressupostos mais claros acerca do que entende por estado de coisas inconstitucional, tendo sido estabelecido que se aplica num cenário de generalizadas violações a direitos e garantias individuais, não se resolvendo pela declaração de inconstitucionalidade de uma norma, mas pela alteração de arcabouço administrativo relacionado ao estado de coisas.

Traçados esses elementos que são de suma importância para compreender a tônica do incidente de arguição de inconstitucionalidade, faz-se premente compreender como se dá seu

---

[356] "O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado "estado de coisas inconstitucional" relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, "estado de coisas inconstitucional", diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. [...] O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. [...]". STF. ADPF n. 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno.DJe 09/09/2015.

[357] STF. ADI 5529/DF. Rel. Min. Dias Toffoli.Pleno. Julg: 12/05/2021. DJe 01/09/2021.

processamento, a partir da análise do juízo de admissibilidade, da instrução e julgamento e do acórdão que julga a (in)constitucionalidade, encerrando o incidente.

## 3.3 O PROCESSAMENTO DO INCIDENTE

### 3.3.1 O juízo de admissibilidade

O incidente é instaurado a partir de um pedido dirigido ao relator através de Petição pelas partes ou até pelo Ministério Público, enquanto *custos constitucionis*. Também é possível que o relator instaure o incidente por meio de Ofício (ver item 3.2.2). A Petição ou o Ofício deve indicar com clareza a normativa impugnada, apresentando o inteiro teor do texto e os fundamentos jurídicos da impugnação, embora o juízo não esteja adstrito aos fundamentos dispostos.

Esse pedido de instauração passa por um juízo de admissibilidade pelo órgão colegiado competente para o julgamento da causa principal. Suscitado o incidente de arguição de inconstitucionalidade, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, deve submeter a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo (art. 948 do CPC/15). O Código de Processo Civil não estabeleceu prazo para manifestação, ficando a cargo do regimento interno dos tribunais.

O mesmo procedimento se aplica acaso o relator seja o responsável por suscitar a inconstitucionalidade. Na hipótese, o magistrado deve notificar o Ministério Público e as partes para que se manifestem sobre sua suspeita, também como forma de evitar eventual decisão surpresa. Acaso o Ministério Público seja o responsável pelo pedido, também deve ser permitido que as partes se manifestem. É muito importante que seja oportunizado prazo de manifestação para as partes, uma vez que serão afetadas diretamente pela instauração e pela decisão proferida no incidente.

Ao avaliar a arguição, o juízo de admissibilidade abrange a consideração de três fatores: se há efetivamente um ato normativo em regência da relação jurídica em questão a ser avaliado à luz de uma Constituição, se a questão prejudicial constitucional tem relevância para a causa principal e se há suspeita sobre a constitucionalidade da norma.

Na primeira hipótese, o órgão terá que considerar se o ato normativo impugnado é a norma jurídica que rege a relação que conforma a causa principal. Nesse sentido, a ausência de apresentação do inteiro teor do ato normativo impõe a inadmissão do incidente, acaso oportunizada juntada que recebe como resposta a inércia do requerente. Também deve ser

observado se o paradigma a ser utilizado é diretamente a Constituição, nos termos expostos no item 3.2.5.

Na segunda hipótese, a arguição será rejeitada diante da irrelevância da discussão para a causa principal. Como a inconstitucionalidade se apresenta como causa de pedir do processo original, e é essa conjuntura que autoriza a investigação da questão prejudicial por via de incidente, constatado que o processo não depende da solução da questão constitucional suscitada, não há que se admitir o incidente. Isso, no entanto, não quer dizer que a questão constitucional tem que coincidir com o interesse dos particulares. O controle não é realizado na medida em que interessa às partes, mas na medida em que é prejudicial à causa principal.

O regimento interno do Supremo Tribunal Federal indica que, se "considerada relevante" a arguição, ela deve ser submetida ao plenário.[358] O referido regulamento não faz especificação no sentido de que a questão tem que ter relevância para o caso concreto em análise. É importante mencionar que esse dispositivo deve ser lido à luz do Código de Processo Civil, de modo que a relevância a ser verificada é para o caso concreto. Para ser admitida a arguição, a questão prejudicial incidental tem que ser relevante para a causa principal. Essa exigência é uma consequência lógica da natureza da questão (ver item 2.3.3).

Aqui é importante destacar a peculiaridade do recurso extraordinário. Já foi mencionado que, uma vez reconhecida a repercussão geral, eventual desistência do recurso não impede o seu enfrentamento (ver item 3.2.2). Isso nada diz sobre a admissibilidade do incidente. Para que seja admitido, a questão prejudicial veiculada no incidente precisa ser relevante para a causa principal. Essa defesa, no entanto, não é unânime na doutrina. Na objetivação exacerbada do recurso, defende-se que não precisa ter relevância para o mérito, o que é incongruente com a natureza de ser "questão prejudicial".[359]

Na terceira hipótese, a turma ou a câmara fará um exame perfunctório sobre a inconstitucionalidade aduzida, perquirindo se há dúvida sobre a constitucionalidade de norma. Essa regra implica que, quando do enfrentamento de sua admissão, a questão constitucional levantada é analisada de maneira superficial, razão pela qual não há um quórum especial para admissão, seguindo a exigência de maioria simples. A rejeição da arguição, com base na ausência de dúvida sobre constitucionalidade da norma, só pode se dar quando for patente que inexiste dado com potencial de elidir a presunção de constitucionalidade, tornando inteiramente desnecessário o processamento do incidente.

---

[358] Art. 176, §1º, do RISTF. Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

[359] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** Estudos de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Ainda dentro dessa conjectura, o CPC/15 prevê hipóteses legais em que a turma ou câmara não precisa submeter a questão à exame do plenário. Quando já existente pronunciamento do plenário ou do órgão especial do tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (parágrafo único do art. 949 do CPC/15), a (in)constitucionalidade já teria sido verificada, não sendo necessário expor a norma novamente ao mesmo procedimento. Ao prever essa hipótese, a economia processual é o vetor axiológico que norteia o CPC/15, não sendo necessário provocar repetidamente os plenários dos tribunais para se manifestarem acerca de questão sobre a qual houve amplo debate e expressa definição.

É possível que o incidente se faça necessário para oportunizar a revisão de entendimento firmado em outro momento pelo plenário ou pelo órgão especial. Deve ser admitido o incidente para provocar a revisão, permitindo-se que haja evolução do entendimento sobre o tema. Nessa hipótese, será necessário demonstrar a necessidade de superação do precedente (*overruling*), seguindo a doutrina processual.

Se a arguição de inconstitucionalidade for rejeitada, deve-se prosseguir com o julgamento do feito, por óbvio, sem enfrentar a questão constitucional, assinalando-se a manutenção da presunção de constitucionalidade e, por conseguinte, a validade e necessária aplicação do ato normativo aos deslindes da causa principal disposta no processo original; se for acolhida, a questão constitucional deve ser submetida ao plenário ou órgão especial (incisos do art. 949 do CPC/15), operacionalizando uma cisão funcional de competência. O acórdão da turma ou câmara que aceita/rejeita a arguição é irrecorrível.[360]

Esse juízo de admissão é de extrema importância, uma vez que, acaso admitido o incidente, as partes processuais terão que lidar com a dilatação do objeto de cognição do processo original, devendo aguardar o julgamento do incidente pelo plenário ou pelo órgão especial, uma vez que definirá o modo como o mérito da ação será julgado.

Trata-se de decisão que pode servir à materialização ou à violação da garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88 e no art. 4º do CPC/15, só fazendo sentido que as partes aguardem o julgamento do incidente quando a questão tiver relevância para causa principal e quando houver dúvida sobre a

[360] É importante mencionar a súmula 293 do STF, elaborada em período que nossa legislação processual previa o recurso denominado de embargos infringentes (art. 530 do CPC/73), destinado à provocação do órgão colegiado a fim de proferir decisões consensuais. O recurso era interposto em face de decisões não unânimes, a fim de que o órgão desse uma solução unânime para a controvérsia. A mencionada súmula enunciava: "São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais". Nesse sentido, não era cabível nem mesmo embargos infringentes em face da decisão que submetia a questão constitucional ao plenário.

constitucionalidade da norma que embasa o direito subjetivo em questão.[361] Por essa razão também que, a fim de que tome uma boa decisão, o relator deve oportunizar que as partes e o Ministério Público se manifestem sobre o pedido de instauração do incidente.

É importante destacar que o plenário ou órgão especial deve se ater à questão admitida pelo órgão fracionário, não sendo possível que se manifeste sobre questão que não foi admitida ou que sequer foi objeto do juízo de admissibilidade pelo órgão fracionário, sob pena de usurpação de competência. É o órgão que realiza o juízo de admissão que define os limites do objeto de julgamento do incidente.

### 3.3.2 Instrução e julgamento do incidente[362]

Acolhido o incidente, suspende-se o andamento do processo no órgão originário enquanto a questão prejudicial constitucional é julgada pelo plenário ou pelo órgão especial. [363] Uma cópia do acórdão deve ser enviada para todos os juízes, designando o presidente do

[361]O princípio da duração razoável do processo, embora não previsto no texto original da Constituição da República Federativa de 1988, era princípio recepcionado por força do art. 5º, §1º, da CRFB/88m oriundo de tratado internacional recepcionado pelo Brasil (Pacto São José da Costa Rica, art. 8º, I). Em paralelo, o princípio da duração razoável também defluía do devido processo legal. Com a EC 45/04, a norma em comento passou a ser prevista expressamente na CFRB/88, por meio do inciso LXXVIII do art. 5º, determinando que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Na mesma toada, o art. 4º do CPC/15 estabelece, como norma fundamental do processo civil, que "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa", preceito reforçado em inúmeros dispositivos do código processual. Fredie Didier Jr., citando a Corte Europeia de Direitos do Homem, elenca critérios que podem ser utilizados para estabelecer se a duração do processo é razoável ou não, quais sejam: "a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional". O autor ainda menciona que, no Brasil, deve ser observada também a estrutura do órgão judiciário (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 95). O princípio da duração razoável do processo e a celeridade não se confundem e não são preceitos inconciliáveis. A compreensão de ambos perpassa o reconhecimento de que o formalismo processual nem sempre é burocracia despicienda, uma vez que permite a concretização de uma série de garantias processuais e, em última análise, de direitos fundamentais. Assim, a celeridade não deve ser cláusula autorizativa de violação de direitos. O processo de duração razoável é aquele que dura o tempo que era necessário. Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr e Dierle José Coelho Nunes defendem que "a divisão de papéis e de funções a serem desenvolvidas dentro do processo, já objeto da preocupação da doutrina estrangeira há algum tempo (teoria dos papéis – *Rollentheorie*), merece ser desenvolvida dentro de uma visão constitucional que garanta ao mesmo tempo o desenvolvimento do processo em tempo razoável e um debate processual que gere a formação do provimento seguindo os ditames do devido processo legal (giusto processo)" (THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 168, 2009, p. 107). A celeridade, consubstanciada no direito à rapidez do trâmite processual, é instrumento à duração razoável do processo. Um processo pode ter duração razoável e não ser célere.

[362] Por se tratar de incidente que operacionaliza um julgamento objetivo de questão, pode ser quase automático o entendimento de que seu processamento não possui instrução, sendo esta comumente correlacionada à fase de dilação probatória. Conforme demonstrado no item 2.1.5, há situações que precisam ser trazidas e discutidas no incidente, a fim de que seja proferida uma melhor decisão.

[363] Conforme art. 313, V, a, do CPC/15, suspende-se o processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa.

tribunal a data da sessão de julgamento. O enunciado 591 do FPPC sugere, ainda, que o tribunal deve dar ampla publicidade ao acórdão que decide pela instauração do incidente, cabendo, entre outras medidas, a publicação em seção específica no órgão oficial e indicação clara na página do tribunal na rede mundial de computadores. Essa publicação deve se dar com precisão na identificação do objeto do incidente.

No trâmite do incidente, há uma espécie de contraditório. Essa garantia processual encontra previsão no art. 5º, LV, da CRFB/88 e no art. 7º do CPC/15, irradiando-se por toda sistemática processual. De cediça odisseia, o direito ao contraditório percorreu um longo caminho até ser substancializado. Num sentido formal, indicava o direito de ciência dos atos e termos processuais com a correspondente oportunidade de reagir (informação-manifestação). Essa perspectiva partia de uma visão individualista do processo, existindo uma conexão entre o direito ao contraditório e o interesse ou a possibilidade de sofrer os efeitos que a decisão viesse a produzir.

Os valores da isonomia material e da democracia participativa impuseram uma mudança na garantia do contraditório, que passou a ter uma feição de direito de influenciar a jurisdição, colaborando com sua fruição,[364] de modo que o contraditório só é efetivo se for oportunizado aos sujeitos contribuírem na formação da convicção do juiz, a ponto de, no enfrentamento do objeto do processo, ser possível visualizar a força persuasiva do autor e do réu.[365]

É nessa perspectiva que também em sede de procedimentos destinados ao julgamento objetivo deve existir o contraditório, especialmente porque essa garantia é ponto nodal de qualquer sistema que se destine à estabilidade. Para além de oportunizar que as partes e o Ministério Público se manifestem antes mesmo da admissão do incidente, permitindo que formulem fundamentação jurídica a ser também considerada no julgamento, no trâmite do incidente, tendo sido impugnado um ato legislativo, as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela sua edição poderão manifestar-se, se assim requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do Tribunal (art. 950, §1º, CPC/15).

Também no intuito de materializar a ampla defesa, o enunciado 601 do FPPC norteia que a mera instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade impõe a intimação de todas as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato normativo

---

[364]CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, vol. 126, p. 59, Ago / 2005.

[365] "Processo em que a parte fique na impossibilidade de participar efetivamente é um atentado contra aquilo que de mais essencial existe no processo jurisdicional". CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In:**Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, nº 65, jan./mar. 1992, p. 131.

questionado, para que tenham ciência do teor do acórdão do órgão fracionário que o instaurou.

De igual modo,os sujeitos legitimados à propositura das ações diretas de controle (art. 103 da CRFB/88) poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos (art. 950, §2º, CPC/15).

O art. 950, §3º, do CPC/15 dispõe que a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes podem ser fundamentos para que o relator admita a manifestação de outros órgãos ou entidade.Esse dispositivo deve ser aplicado em conjunto com o art. 138 do CPC/15, que trata do *amicus curiae*, e com o §1º dos arts, 9º e 20 da Lei n. 9.868/99, que tratam sobre a possibilidade de admissão do *amicus curiae* no processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O *amicus curiae* tem um importante papel no enfrentamento de matéria de direito controvertida. [366] Diante de matéria relevante, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia, o amigo da Corte pode ter um papel fundamental na compreensão do objeto em julgamento, ao opinar ou prestar informações sobre a matéria controvertida.[367] Esse sujeito, que pode ser uma pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, deve possuir uma representatividade adequada, o que impõe considerar seu interesse institucional no tema em discussão, exigência que no controle de constitucionalidade se convola num mecanismo de pluralização do debate constitucional.[368] Por essa razão, embora defendendo a sua excepcionalidade, a jurisprudência do Supremo há muito admitia a participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.

Esse contraditório é de suma importância para dinamizar o debate e permitir que ele atinja um grau de densidade que atenda aos ideais democráticos. Mesmo que inserida numa demanda cuja causa principal encerre interesses particulares, a decisão a ser proferida no

---

[366] A origem do instituto é controvertida. Alguns doutrinadores indicam que deriva do direito romano, outros defendem que deriva do direito inglês, tendo sido desenvolvido nos Estados Unidos. Paulo de Tarso Duarte Menezes conclui que o instituto existente na Inglaterra era mais parecido com o que temos atualmente. MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do amicus curiae nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. In:**Direito Público**, Brasília, n. 17, p. 36-37, jul./set. 2007.

[367]Por ser um instituto de auxílio à Corte, a decisão de admissão ou inadmissão é irrecorrível, não autoriza a interposição de recursos, salvo oposição de embargos de declaração ou na decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas, e os poderes que o *amicus curiae* terá serão definidos pelo juiz ou relator.

[368] Gilmar Mendes defende que o instituto fortalece a objetividade do controle concentrado de inconstitucionalidade, destacando a participação da sociedade em demanda que interessa a todos. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** Estudos de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 480-481.

incidente envolve a defesa da supremacia da Constituição, tendo importância para a unidade do ordenamento jurídico como um todo. A decisão que enfrenta a constitucionalidade de norma, seja em controle difuso, seja em controle concentrado, deve se dar num contexto em que a participação democrática tenha sido garantida. Em paralelo, essa decisão consubstanciará precedente a ser seguido pelo próprio Tribunal e pelas instâncias que lhes são inferiores, atingindo outras causas semelhantes (ver próximo capítulo).

Há evidência de que, embora surja a partir de demanda que tem como mérito uma relação jurídica norteada por interesses particulares, a instrução do incidente tem o condão de concentrar e objetivizar o controle difuso. Um efetivo contraditório, oportunizando a realização de um juízo profundo acerca da inconstitucionalidade, tem o condão de permitir que a decisão proferida esboce com suficiência o entendimento do tribunal sobre a validade da norma, potencializando a sua eficácia.

No caso do processo que já estava no plenário ou no órgão especial, hipótese em que não será instaurado o incidente, é possível também que se experencie esse contraditório, convertendo o julgamento em diligência, a fim de permitir que os sujeitos referidos se manifestem acerca do ato normativo impugnado, antes do julgamento da questão prejudicial e, evidentemente, da causa principal.

Alguns mecanismos procedimentais podem ser estabelecidos em sede do regimento interno dos Tribunais, como a possibilidade de sustentação oral e a fixação do tempo respectivo. Em todo caso, as medidas devem promover a ampliação do debate, permitindo a racionalização do incidente, sem que isso fira a razoável duração do processo.

O CPC/15 não fixou um prazo legal para julgamento do incidente, o que deveria ter sido feito, uma vez que o processo original fica suspenso enquanto não for decidida a questão prejudicial disposta no incidente. A rápida tramitação do incidente é fundamental para a higidez do instituto, para que os sujeitos processuais o encontrem como uma medida necessária e conveniente. Por essa razão, na hipótese de o regimento interno não ter fixado prazo para julgamento do incidente, que seja aplicado o prazo estabelecido para o incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que o incidente de arguição de inconstitucionalidade faz parte do mesmo microssistema de precedentes obrigatórios (ver próximo capítulo).

Sobre o trâmite e julgamento do incidente, ainda é importante enfrentar a segunda face da cláusula de reserva de plenário, que estabelece quórum especial para o julgamento do incidente.

3.3.2.1 A segunda face da cláusula de reserva de plenário

Conforme demonstrado no item 3.2.3.1, oportunidade em que também foram apresentadas as considerações gerais sobre a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB/88), a cláusula é norma composta por duas regras: uma destinada à fixação de competência e outra à regulamentação do processamento. Já tendo sido tratada da primeira regra no tópico mencionado, passa-se à análise da segunda face da cláusula.

Essa segunda face é consubstanciada na exigência de maioria absoluta para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Noutro sentido, implica que, uma vez não atingido o quórum, tem-se por constitucional a norma, mantida a presunção de constitucionalidade, ainda que uma maioria simples tenha assinalado a inconstitucionalidade. Trata-se de mecanismo pensado para proteger o ato normativo de precedentes cambiantes, que vulnerabilizam a segurança jurídica.

Em que pese fixar quórum para julgamento, a Constituição Federal, no entanto, não determina quórum especial para a sessão, não tendo estabelecido quantos membros devem estar presentes, ficando a cargo dos tribunais a definição em seu regimento interno. O regimento interno do Supremo Tribunal Federal exige a presença de 8 dos 11 ministros para julgamento da questão prejudicial constitucional (art. 176 c.c art. 173 c.c art. 143). Diante da omissão do regimento, deve-se replicar o que foi estabelecido para o modelo federal de controle abstrato (2/3 dos integrantes).

Diante do raciocínio exposto no item 3.2.3.1, é importante frisar que a cláusula só tem lugar diante da declaração de inconstitucionalidade. A declaração de constitucionalidade, de (i)legalidade ea verificação de recepção não exigem a consideração da cláusula,[369] fatores que podem ser analisados pelo órgão fracionário e sem a exigência do quórum especial com fundamento no art. 97 da CRFB/88. A cisão de competência e a exigência de quórum especial só têm lugar na declaração de inconstitucionalidade. Inclusive, diante da verificação de constitucionalidade de ato normativo em sede de incidente, o acórdão do plenário ou do órgão especial não integra a fundamentação da decisão sobre a causa principal porque a competência para declarar a constitucionalidade é do órgão competente para a causa principal.

### 3.3.3 O acórdão que julga a (in)constitucionalidade

[369] No mesmo sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet defendem a não aplicação da cláusula para o controle de legitimidade de normas pré-constitucionais, bem como da comunicação do Senado. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1181.

O acórdão é o produto do julgamento colegiado realizado pelos tribunais (art. 204 do CPC/15). Enquanto decisão colegiada, é composto por votos, sendo os vencidos também sua parte integrante (§3º do art. 941 do CPC/15).Dos diversos votos produzidos é extraída a decisão que deve ser apresentada a partir de uma estruturacomposta pelo relatório, fundamentação e dispositivo.

Uma vez admitido e instruído, o incidente de arguição de inconstitucionalidade é encerrado por um acórdão que efetivamente julga a constitucionalidade da norma impugnada, devendo possuir a estrutura referendada. Com isso quer-se dizer que a verificação de inconstitucionalidade no incidente autônomo não consubstancia mero *obter dictum*. A decisão a ser produzida oferta uma tutela jurisdicional declaratória positiva ou negativa (ver item 4.3.1), em que efetivamente há um julgamento.

A afirmação de que há efetivo julgamento da constitucionalidade da norma pretende indicar que (i) o juízo feito é sobre a validade da norma, não sobre sua incidência ou não ao caso concreto, bem como que (ii) o julgamento é realizado de maneira objetiva, conforme se passa a melhor demonstrar.

Parcela da doutrina defende que o controle de constitucionalidade realizado de modo incidental implica o mero afastamento da norma, afugentando sua incidênciado caso concreto. O estudo do afastamento da norma impõe considerar o que consubstancia o fenômeno da incidência, havendo diversas doutrinas que se dedicam ao tema, que é objeto de vultuoso debate na Teoria do Direito. Neste trabalho, foi adotada a concepção de Pontes de Miranda, pela magnitude de sua obra acerca da teoria do fato jurídico.

A incidência da norma é o efeito de transformar fatos em fatos jurídicos; a norma jurídica prescreve uma hipótese integrada por fatos naturais, dispondo um suporte fático (abstrato) e o preceito (consequência jurídica). Ocorrido o fato previsto (parcela do complexo de fatos que é juridicamente relevante), incide a norma jurídica, fazendo surgir o fato jurídico.[370]Nessa conjuntura, a incidência é fenômeno correlato à configuração do fato jurídico; é a incidência da norma sobre o fato que faz o fato jurídico existir. Marcos Bernardes de Mello denomina esse processo de fenomenologia da juridicização.[371]

De acordo com a doutrina esposada, a norma incide quando há suporte fático suficiente. Essa suficiência perpassa considerar os elementos que compõem o suporte fático;

[370]É importante destacar que para o autor a incidência difere de aplicação. A aplicação depende da efetivação judicial. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Parte Geral – Bens. Fatos Jurídicos**.**Rio de Janeiro: Borsoi, 1954,p. 14-16.

[371]MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Existência.São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74 e ss.

seu núcleo é composto por elementos nucleares (cerne) e completantes. Os elementos completantes são os que levam à existência do fato jurídico como espécie de fato jurídico.Seria o elemento que distingue a espécie de fato jurídico das outras,[372]como a volição e a consciência do ato humano no ato jurídico em sentido estrito (exemplo melhor detalhado no item 4.2).

A suficiência de suporte fático exige a existência dos elementos nucleares e completantes, levando à incidência da norma.[373]Pontes de Miranda destaca que, ainda que a produção de efeitos da norma se dê no mesmo momento da incidência, esta é logicamente primeva,[374]de modo que não haverá incidência quando não existirem elementos do suporte fático suficientes.

Por mais que a insuficiência de suporte fático leve à conclusão lógica de que o fato jurídico seria inexistente, na verdade, nessa hipótese, sequer seria possível falar em fato jurídico.Seria um contrassenso. Ausentes os elementos mínimos à configuração do fato jurídico, tem-se que o fato é irrelevante para o Direito. A impossibilidade de incidência por ausência de suporte fático impede que o fato seja juridicizado. É justamente por isso que a deficiência da incidência é avaliada nos planos da validadeou da eficácia.[375]

Em introdução à defesa de que a ausência de incidência é avaliada no plano da validade, Marcelo Neves, que ao analisar a incidência da norma parte do conceito de Pontes de Miranda retromencionado, destaca que a incidência é caracterizada pela infalibilidade e pela inesgotabilidade. A infalibilidade decorre do fato de que, uma vez composto o suporte fático, a norma jurídica tem que incidir. Mesmo as normas não-cogentes, cuja incidência está condicionada à vontade do sujeito, são infalíveis. A inesgotabilidade impõe que, toda vez que se realiza o suporte fático, a norma incide. O autor ainda destaca que a incidência da norma pressupõe, para além da existência, a vigência, estado que permite que a norma possa incidir, consubstanciando a incidibilidade da norma.

Com supedâneo no conceito de validade de Kelsen, Marcelo Neves desenvolve que, sendo a vigência uma das esferas da validade, a incidência só seria possível dentro do âmbito

---

[372] MELLO, op. cit., p. 52 e ss.

[373] Para além de seu núcleo, o suporte fático tem elementos complementares e integrativos. Esses elementos dizem respeito aos planos da validade e da eficácia, respectivamente.

[374]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratados das ações**. Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p 84.

[375] As teses em defesa de que a incidência é avaliada a partir do âmbito da validade e da eficácia foram consideradas nessa ordem (validade-eficácia) em respeito à gradação de que os planos seriam estruturados da seguinte maneira: existência, validade e eficácia, de modo que, via de regra, um plano exige a adequação do anterior. Por causa disso foi apresentada a tese de Marcelo Neves antes da de Pontes de Miranda, embora ambos considerem o mesmo conceito de incidência.

de validez das normas.A incidência da norma se daria nesse âmbito e, portanto, se confundiria com o próprio plano da validade. Em seguida, o autor cita Pontes de Miranda para indicar que a vigência é a possibilidade de a norma incidir, o que não significa que já incida. [376]

O autor, portanto, dispõe a incidência como algo que pode acontecer com uma norma válida. Particularmente, por si só, isso já indica que a incidência não se confunde com o plano da validade. Enquanto possibilidade, uma norma em seu estado de abstração, pode ter sua validade verificada, longe da conjuntura de incidência. Outrossim, destaque-se que a concepção da validade de Kelsen, que embasa a defesa de Marcelo Neves, é apresentada sem distinção com o plano da existência, o que talvez o tenha levado a assinalar que a incidência se dá no âmbito da validade. Em sua teoria pura, Kelsen desenvolve que a validade de uma norma está na sua existência específica que é demarcada pela previsão de uma sanção. Uma norma inválida seriatambém inexistente porque a validade seria uma qualidade que se expressa na própria existência da norma.[377] É por isso que o autor sustenta que uma lei inconstitucional anulada pelo Tribunal Constitucional deixa de existir.[378] Foi também por causa dessa confusão que o conceito de validade disposto por Hans Kelsen não foi adotado neste trabalho (ver item 2.2.3).

Em verdade, a incidência seria um tipo especial de eficácia que não se confunde com o seu produto.A validade da norma, em espécie, a sua vigência, [379]indica que a lei já pode incidir, mas é no âmbito da eficácia que se realiza. A incidência da regra jurídica, da lei, é a sua eficácia. O fato jurídico produzido, por sua vez, se irradia a partir da juridicização causada pela incidência, de modo que sua eficácia não se confunde com a eficácia da regra jurídica.[380] Como estamos a analisar o fenômeno da incidência da norma – e não do fato jurídico, seu

---

[376]NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 21, n. 84, out/dez, 1984, p. 270-272. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181581/000414206.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.Acesso em: 18 jun. 2021.

[377]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[378]"A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir. A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas ex nunc; não tinha força retroativa". KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

[379] Neste trabalho foi adotada a concepção de que a vigência é uma das facetas da validade, especificamente a validade temporal do ato normativo.

[380] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: RT, 1983, p. 16-17.

produto -, estaríamos, portanto, diante de tema que circunscritoao âmbito da eficácia da norma.[381]

É nesse espeque que a regra disposta no inciso X do art. 52 da CRFB/88 é elaborada (ver item 4.3.4.1). O dispositivo estabelece a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo. Suspender a execução de lei inconstitucional consubstancia retirar a sua eficácia, impedindo que incida no caso concreto. Afastar a incidência é impedir que produza efeitos. Isso, no entanto, não se confunde com o juízo de inconstitucionalidade feito pelo órgão jurisdicional.Na hipótese em que a declaração incidental de inconstitucionalidade não foi feita pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal de Justiça, impossibilitando a suspensão da execução da norma por órgão legislativo, a decisão judicial não impedirá que o ato normativo, embora invalidado pelo Judiciário, produza efeitos em outros casos.

Anulidade por inconstitucionalidade não se confunde com a não incidência, especialmente porque uma se dá no plano da validade e a outra no plano da eficácia. O vício de validade que consubstancia inconstitucionalidade não é qualquer invalidade, mas aquela em que o agenteé incompetentepara editar o ato, em queo procedimento realizado viola o estabelecido e em que a matériadisposta na norma é incompatível, todas essas circunstâncias consideradas diretamente perante a Constituição. A decisão judicial que encontra essas incoerências deflagra a invalidade do ato normativo. O órgão legislativo pode até, cumpridas as exigências, vir a impedir que uma lei possua eficácia (evitando que incida em outros casos), inclusive para potencializar a deflagração da invalidade. Esses processos produzem efeitos, que até podem ser correlatos (já que afastam a norma) e complementares (já que um ataca o plano da validade e o outro da eficácia), mas não se confundem.

É tão fatídico que a inconstitucionalidade difere da não incidência que é possível que uma lei inconstitucional incida num caso concreto, seja porque a decisão que declarou a inconstitucionalidade não tinha potência para vincularsujeitos fora da relação processual em que foi proferida a decisão ou porque o *gap* normativo que criaria seria mais grave que permitir sua incidência. Mesmo que, via de regra, um ato inválido esteja impedido de produzir efeitos, é possível que isso aconteça. Isso só é possível porque são fenômenos que acontecem

[381] É importante mencionar que uma parcela bem restrita da doutrina defende que o vício de inconstitucionalidade também se opera no campo da eficácia. Paulo Lôbo é um dos membros desse grupo seleto. O autor desenvolve que o julgamento realizado em controle incidental impõe a inaplicabilidade do ato normativo, uma vez que o ato segue existindo e não é revogado. Para Paulo Lôbo, os tribunais só poderiam revogar ato proferido por outro órgão jurisdicional;o Senado é que poderia fazer isso num ato legislativo (art. 52, X, da CRFB/88). (LÔBO, Paulo. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. In: **Rev. Info. Leg**., Brasília, v. 27, a. 106, abr/jun, 1990, p. 40-42). Neste trabalho, o ato praticado pelo Senado não se confunde com o ato de deflagrar a inconstitucionalidade, conforme será demonstrado nas linhas seguintes.

em planos distintos.Em paralelo, traçado esse panorama, seria temerosaessa crença na metafísica consubstanciada na defesa de que, mesmo nos casos em que a decisão judicial vincula menos sujeitos, a declaração de inconstitucionalidade, por si só, tem o condão de impedir a incidência da norma.

"Afastar a incidência" consubstancia o ato de deflagrar que a situação em questão não se adequa com suficiência ao suporte fático existente, sendo uma deficiência extrínseca (não diz sobre defeito interno do ato normativo, como seria na hipótese de invalidade), obstaculizando a produção de efeitos.Para afastar a incidência de uma lei, é necessário exarar um juízo de ausência de adequação ao suporte disposto na norma. "Declarar a inconstitucionalidade", por sua vez, perpassa um juízo acercada validade da norma, a partir de uma análise comparativa entre a norma constitucional e a infraconstitucional,[382] sendo justamente o que acontece no incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Destaque-se que o princípio da congruência não pode ser oposto para defender que o juízo feito no incidente é de mero afastamento ou inaplicabilidade da norma ou de reconhecimento da inconstitucionalidade, sob o argumento de não consubstanciar mérito e pedido no processo original. Conforme demonstrado (ver item 3.2.1), o incidente em análisetem autonomia e potência para enfrentar a questão constitucional de maneira vertical, com profundidade. Isso se extrai do próprio texto constitucional que, ao estabelecer a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB/88), aponta que o instituto se destina à "declaração de inconstitucionalidade", não ao mero afastamento da incidência da norma.

Do contrário, estar-se-ia admitindo que não foi proferido efetivo julgamento sobre a constitucionalidade de ato normativo. Se não houvesse julgamento, a mesma questão poderia ser reincidentemente levada ao plenário ou ao órgão especial do tribunal, o que não parece ser adequado com o previsto no parágrafo único do art. 949 do CPC/15, que estabelece que a existência de pronunciamento do plenário/órgão especial do tribunal sobre a questão impede que a questão seja novamente levada (parágrafo único do art. 949 do CPC/15). Isso só é possível porque se entende que o órgão proferiu verdadeiro julgamento sobre a questão.

Passando para a segunda afirmação feita no início deste item (ii), destaque-se que, no incidente, o juízo sobre a validade da norma é feito de maneira objetiva, longe da controvérsia

[382] Lúcio Bittencourt observa que, no Brasil, já prevaleceu a ideia de que, no controle incidental, o juiz limita-se a recusar a aplicação de lei na espécie litigiosa concreta, uma vez atacado o ato pelo lesado. O juiz não anularia ou invalidaria a lei. Nesse espeque, é possível visualizar dois fatores: um, o lesado teria um comportamento passivo, só podendo levantar a inconstitucionalidade quando o ato normativo pudesse lhes causar dano, limitando quem poderia aduzir a inconstitucionalidade; dois, a prestação jurisdicional se limitaria ao afastamento da aplicação do dispositivo. BITTENCOURT, Lúcio. **O conntrolejurisdictional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 97-105.

disposta no processo original, sem levar em consideração a relação jurídica disposta como mérito da demanda. Essa tese precisa ser esclarecida diante do fato de que defende a realização de fiscalização abstrata em incidente que consubstancia técnica para instrumentalização do controle de constitucionalidade concreto.

O controle incidental de constitucionalidade é caracterizado pela verificação da constitucionalidade de ato normativo numa conjuntura em que uma questão concreta precisa ser resolvida. Por isso, é possível aduzir que se trata de controle de constitucionalidade concreto. Essa classificação (concreto *vs* abstrato), no entanto, encontra relevância apenas para definição dos requisitos de admissibilidade, não para definir como a questão será julgada.

Há relevância para fins de admissibilidade porque o controle concreto pressupõe a existência de uma relação jurídica entre as partes e a questão constitucional tem que ter relevância para seu enfrentamento. No controle abstrato, por sua vez, não há situação subjetiva a ser resolvida, enfrentando-se a inconstitucionalidade da norma longe de casos concretos. Outrossim, o enfrentamento da questão constitucional no incidente de arguição de inconstitucionalidade, mesmo sendo sede de controle concreto, se dá de maneira objetiva, longe da situação subjetiva a ser decidida.

Conforme será demonstrado no capítulo seguinte, em verdade, o juízo de constitucionalidade feito no incidente difere do controle abstrato quanto à extensão da eficácia, não quanto ao conteúdo do provimento e, por conseguinte, quanto à espécie do juízo exarado. Em todos os casos, a análise é sobre a (in)constitucionalidade da norma, a sua (in)validade perante a Constituição, perpassando uma tutela jurisdicional preponderantemente declaratória. *A priori*, em se tratando de controle incidental, essa declaração de invalidade teria autoridade apenas para as partes do processo, deflagrando a nulidade da norma com efeitos para o caso concreto.[383] A extensão de sua eficácia, no entanto, não se confunde com a natureza do provimento jurisdicional.

Não há que se falar que a defesa aqui esposada consubstancia usurpação de competência para o controle abstrato, uma vez que, embora o julgamento seja objetivo, no

[383]Esta, inclusive, é uma das críticas feitas por Hans Kelsen ao modelo de controle americano. "O fato de um órgão aplicador da lei declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la num caso específico significa que o órgão está autorizado a invalidar a norma para aquele caso concreto; porém apenas para ele, pois a norma geral enquanto tal [...] continua válida e pode, portanto, ser aplicada em outros casos concretos. A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei considera-las constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade". KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303.

controle incidental a análise da questão constitucional está submetida à exigência de prejudicialidade e a decisão proferida está sujeita, como regra, à eficácia mais restrita. O fato de o julgamento ser feito de maneira objetiva e abstrata significa aduzir que as controvérsias do caso concreto não têm o poder de alterar a análise da norma-paradigmada frente à Constituição-paradigma. Ao considerar a normativa impugnada, o pleno ou o órgão especial não se dedica às controvérsias do caso.

Nada impede que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas realizado de modo abstrato, em que a análise da constitucionalidade é feita "em tese", ainda que por qualquer órgão judicial. Embora essa análise tenha efeitos, *a priori*, mais restritos que uma realizada em sede de controle abstrato, vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades, sendo razoável a afirmação de que o incidente possui natureza objetiva. [384]

Destaque-se, ainda, que o regimento interno do Supremo Tribunal Federal autoriza que sejam aplicadas algumas das mesmas regras de controle abstrato (art. 176), regramento que inclui a lógica de ambivalência e a exigência de quórum de presença mínima de oito ministros e de votação de ao menos seis ministros pela inconstitucionalidade. O regimento interno do Supremo (art. 178) ainda prevê que, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, deve ser feita a comunicação da autoridade ou do órgão interessado logo após a decisão. Depois do trânsito em julgado, determina que seja feita a comunicação ao Senado Federal, [385] a fim de operacionalizar possível mudança de efeitos da decisão.

Ainda é importante mencionar que, por se tratar de julgamento colegiado, que consubstancia precedente obrigatório (ver item 4.3.4.2.1), apontando a obrigatoriedade de os demais juízes considerarem suas razões e aplicá-las aos casos semelhantes, o acórdão deve ser redigido com muita clareza. É necessário que fique muito clara a posição de cada julgador que compõe o julgamento colegiado, inclusive no que convergem e no que divergem. Deve restar inequívoco qual tese é unânime ou atingiu a maioria dos julgadores. Enquanto precedente, a decisão colegiada não é questão de contagem de votos e da conclusão disposta no dispositivo. A *ratiodecidendi* a ser espelhada em caso semelhante só existe se os votos vencedores dispuserem o mesmo fundamento.[386]

---

[384]DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

[385] Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.

[386]MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. In: **Revista de Processo**, vol.264/2017, p. 357-394, São Paulo: Thomson Reuters, fev/2017, p. 3.

Decidido o incidente, nos termos da cláusula de reserva de plenário (ver item 3.3.2.1), o órgão originário, competente para o julgamento da causa principal, receberá o processo, devendo enfrentar seu mérito a partir do tônus dado à questão prejudicial. O órgão fracionário competente para o julgamento da causa principal não pode interagir com a decisão proferida no incidente, devendo considerá-la como elemento inarredável de sua fundamentação.

O acórdão do incidente integra a fundamentação da decisão da causa principal. A decisão a ser produzida no processo original será uma decisão subjetivamente complexa, uma que vez que será composta por decisões de mais de um órgão jurisdicional; a completude do ato jurisdicional depende da manifestação de mais de um órgão. Por outro lado, acaso o acórdão do incidente conclua pela constitucionalidade do ato normativo impugnado, seja por ausência de quórum ou porque o colegiado julgou que a norma era constitucional, o órgão fracionário estará atido a essa decisão pela hierarquia decisória, mas ela não integrará a sua porque, no incidente, o órgão especial ou plenário só tem competência para decidir sobre a inconstitucionalidade.

O acórdão do plenário ou do órgão especial que julga a (in)constitucionalidade é irrecorrível,com exceção dos embargos de declaração, caso presentes os vícios previstos no art. 1.022 do CPC/15. Dentro do tribunal, é irrecorrível também porque nele não haveria outro órgão competente para avaliar o recurso, haja vista que, em sede de tribunal, compete ao plenário ou ao órgão especial o julgamento da inconstitucionalidade, sendo ele o único órgão que pode julgar a constitucionalidade de atos normativos.

No caso dos tribunais inferiores, o acórdão que pode ser desafiado por recurso ordinário ou extraordinário para o Supremo é a decisão do órgão que completa o julgamento feito, não a do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, nos termos do enunciado da súmula 513 do STF.[387] No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça estabelece que não cabe recurso especial contra acórdão de órgão especial restrito ao julgamento da arguição de inconstitucionalidade, defendendo a aplicação analógica da súmula 513 do STF, tendo em vista que o julgamento da causa só se encerra com a decisão do órgão competente para o julgamento da causa principal.[388]

É importante mencionar que essa súmula foi editada em 1969, quando o nosso formato institucional encarava o controle difuso de constitucionalidade de uma maneira diferente de

[387] "A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito."

[388] STJ.REsp 1662631/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017.

agora. As decisões judiciais têm outro papel atualmente, o que foi impulsionado pelo vigente Código de Processo Civil, que densifica ainda mais o sistema de precedentes. É bem factível que a decisão no incidente vai resolver, de maneira definitiva, uma questão prejudicial constitucional e o fato de ser uma decisão produzida num incidente não a torna uma decisão parcial, uma meio-decisão. Há diversos fundamentos que embasam a possibilidade de que o legislador preveja cabimento de recursos excepcionais em face da decisão do incidente, oportunizando a uniformização da jurisprudência.

A possibilidade de que o recurso só seja cabível depois de proferido o julgamento da causa principal restringe a legitimidade recursal, de modo que só as partes do processo terão legitimidade para recorrer e se a decisão produzida lhes trouxer interesse recursal. Os sujeitos afetados pela força vinculante da decisão, por não serem réus ou autores no processo de onde se originou o incidente, não terão legitimidade para recorrer. Os sujeitos queparticiparam da formação da tese, como os órgãos responsáveis pela edição do ato normativo e até o *amicus curiae*, não vão poder recorrer da decisão.

# 4 A DECISÃO JUDICIAL NO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E SUA EFICÁCIA

## 4.1 INTRO

Este capítulo se dedica ao estudo da eficácia jurídica da decisão judicial no incidente de arguição de inconstitucionalidade. Para analisá-la, foi necessário estabelecer como se compreende a decisão judicial e seu âmbito de eficácia, a partir da teoria do fato jurídico, para, em seguida, dedicar-se aos espectros do efeito principal que produz.

Por essa razão, o capítulo é dividido em duas partes.Na primeira, fez-se uma análise da decisão judicial, enquanto fato jurídico, e o seu respectivo plano de eficácia. Para avaliar a decisão judicial como espécie de fato jurídico, foi utilizado como marco a doutrina de Pontes de Miranda e de Marcos Bernardes de Mello, no que complementa e esclarece a doutrina do primeiro. Especificamente sobre a eficácia da decisão judicial, foi utilizada a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira como marco.

Na segunda parte, passou-se à análise específica da decisão do incidente de arguição de inconstitucionalidade a partir de seu efeito principal, demonstrando sua extensão objetiva, temporal e subjetiva, em consideração aos conceitos de conteúdo e eficácia da tutela jurisdicional dispostos na parte anterior. Também foi feita uma análise da coisa julgada,

especialmente para distinguir-lhes da eficácia da decisão e compatibilizar seus contornos diante dessa distinção.

## 4.2 A DECISÃO JUDICIAL E O PLANO DA EFICÁCIA

Na prestação jurisdicional, o veículo da individualização da norma ao caso concreto é a decisão judicial. [389]Através de atividade cognitiva, o juiz individualiza a norma jurídica para o caso que lhes foi apresentado, criando a norma que resolve o litígio, sendo a decisão o *locus*para dispô-la.

A decisão judicial é uma espécie de ato jurídico em sentido estrito.[390]É um fato jurídico que cria norma individual, sendo um "produto da incidência das normas jurídicas gerais- substantivas e adjetivas – pertinentes ao caso em julgamento", que consubstanciam os limites materiais e formais da função jurisdicional. [391]

Os atos jurídicos em sentido estrito são espécie de ato jurídico em sentido *lato* (e, por conseguinte, subespécie de fato jurídico lícito), comumente caracterizados por decorrerem de um ato humano volitivo e consciente, mas cuja declaração/manifestação de vontade é um elemento irrelevante para definição dos contornos de sua eficácia; [392] a vontade compõe o ato, mas não a escolha de categoria jurídica. [393] Os efeitos são produzidos independentemente da

[389]O termo"decisão judicial" em sentido *lato* abrange a sentença (§1º do art. 203 do CPC/15), que encerra o processo, julgando o mérito ou não; as decisões interlocutórias (§2º do art. 203 do CPC/15), que resolvem uma questão no curso do processo, sem encerrá-lo; e os acórdãos (art. 204 do CPC/15), que são as decisões produzidas por órgão colegiado. Neste item 4.2, a decisão judicial que se menciona é aquela que encerra o processo enfrentando o seu mérito. Fala-se "decisão judicial" para que abranja a sentença e o acórdão; no item 4.3, reportar-se-á à decisão judicial (acórdão) que encerra o incidente de arguição de inconstitucionalidade.

[390] É cediço que existem diversas doutrinas que classificam os fatos jurídicos. Neste trabalho foi adotada a classificação mais usual, que separa os fatos jurídicos em dois grandes grupos: fatos lícitos e ilícitos. No grupo dos fatos lícitos, estão os fatos jurídicos em sentido estrito, os atos-fatos jurídicos e os atos jurídicos em sentido *lato*, que, por sua vez, comporta os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos. MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Existência.São Paulo: Saraiva, 2003.

[391]NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. In: **R. Info. Legisla**., Brasília, a. 21, n.84, out/dez, p. 267-284, 1984, p. 283.

[392]A vontade é elemento constitutivo do ato jurídico, completante de seu suporte fático. A sua exteriorização é, portanto, necessária para existência do ato. Há grandes discussões na doutrina sobre a diferença entre manifestação e declaração como espécies de exteriorização da vontade. Neste trabalho, adota-se a sugestão de Marcos Bernardes de Mello, para quem a declaração é uma manifestação de vontade qualidade, diferenciando-se pelo modo como é feita (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Existência.São Paulo: Saraiva, 2003, p. 139-140). A vontade se apresenta em qualificativo do suporte fático, mas não tem o condão de definir os efeitos jurídicos.

[393] "No ato jurídico stricto sensu, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha e escolhido". PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, p. 72.

vontade dos sujeitos envolvidos; o ordenamento jurídicodefine-os, não sendo possível dispor ou alterá-los. [394]

Ao classificar a decisão judicial como ato jurídico, automaticamente afirma-se que se trata de ato que tem potência para produzir efeitos e que esses efeitos não estão no campo de disposição dos envolvidos.[395]Enquanto ato jurídico, pode ser analisado a partir dos espectros da existência, validade e da eficácia, planos interdependentes que permitem compreender o fenômeno jurídico em sua complexidade.

Como já é possível prever, é o plano da eficácia que interessa a este trabalho.[396]Pode ser visualizado como o espectro em que se atingem os fins do fato jurídico. A produção de efeitos é, em verdade, a utilidade de todo fato jurídico; é a parte em que produz consequências, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas.[397] Mesmo a declaração de algo que já existe - sem criar, modificar ou extinguir diretamente - seria demarcada pelo efeito mínimo da vinculabilidade. Para que o plano da eficácia seja experenciado, o fato jurídico precisa existir,[398] sendo possível que, apesar de inválido, produza alguns efeitos.[399]

Já foram construídas inúmeras classificações acerca dos fatos jurídicos utilizando diversos critérios, inclusive considerando os efeitos produzidos ou que podem vir a ser

---

[394] Marcos Bernardes de Mello traz interessante conceito do ato jurídico *stricto sensu*: "sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas". MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. Plano de Existência. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 159.

[395] É importante destacar que há diversas doutrinas dedicadas ao estudo da natureza da decisão judicial, sendo possível organizá-las em duas linhas: numa, a sentença é tida como um ato lógico; noutra, como um ato de vontade. Enquanto ato lógico, a sentença é o espaço para, a partir das normas definidas pelo legislador, deduzir a conclusão adequada para o caso. A sentença seria um ato de inteligência em que o juiz não manifesta vontade. Enquanto ato de vontade, a sentença seria uma atividade lógica em que se agrega o elemento volitivo. Há um conteúdo volitivo que permite que a sentença seja imperativa, materializada por meio da emissão de um comando que a qualifica.

[396] Tal qual defendido por Marcos Bernardes de Mello, todos os atos jurídicos lícitos válidos podem ser avaliados sob a perspectiva do plano da eficácia.

[397] Conforme dicção ponteana, cuja doutrina é expoente no tema, a norma jurídica é composta pelo suporte fático e pelo preceito. O preceito dispõe as consequências jurídicas do fato jurídico, sendo também possível que os efeitos sejam extraídos do sistema jurídico.

[398] A existência de um ato jurídico em sentido estrito é demarcada pela incidência da hipótese normativa sobre o fato, fazendo a passagem do momento abstrato para o momento de concreção da norma, oportunidade em que nasce o fato jurídico. Destaque-se que, por se tratar de ato jurídico, a vontade é elemento nuclear, complementando o suporte fático e sendo exigido para existência do ato, embora sua manifestação não seja elementar para definição dos efeitos.

[399] "[...] de regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. São Paulo: RT, 1983a, p.7. Em sentido semelhante, MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Eficácia.São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

produzidos. [400] Ocorre que o ser (ato jurídico) não se confunde com suas consequências (efeitos jurídicos); por conseguinte, o conteúdo do ato jurídico não se confunde com os efeitos que venha a produzir.[401] O fato de o sujeito não ter poder sobre a categoria jurídica de tal espécie de fato jurídico não impede que seu conteúdo seja dissociado de seus efeitos.[402]

O conteúdo da decisão judicial é seu substrato enquanto ato jurídico, integrando sua formação. Em razão do princípio dispositivo, está ligado ao pedido formulado na ação e é identificado a partir da parte dispositiva da decisão, que é o*locus* da norma jurídica individualizada, considerando a tutela jurisdicional ofertada. Adotada uma classificação ternária, as decisões judiciais podem ter como conteúdo uma declaração, constituição e/ou uma condenação;adotada uma classificação quíntupla, a decisão pode ter, para além das indicadas, conteúdo mandamental e/ou executivo.[403] Uma só decisão pode ter mais de uma espécie, utilizando-se a que prepondera para nomear seu conteúdo.[404]

Para Barbosa Moreira, a eficácia da decisão diz sobre a aptidão para produzir efeitos (em potência), podendo também ser utilizada para definir o conjunto de efeitos produzidos (em ato).[405]Estudar o plano da eficácia de uma decisão judicial, enquanto ato jurídico em sentido estrito, significa considerar os seus efeitos, que provocam alterações no mundo dos fatos. Os efeitos da decisão dizem respeito ao que a decisão opera na realidade, sendo um

---

[400]A classificação que utiliza como critério os efeitos produzidos indica que os fatos jurídicos podem ser constitutivos, modificativos ou extintivos.

[401] Barbosa Moreira destaca, na diferenciação, o fato de que o que integra o ato (conteúdo), não resulta dele; e o que resulta dele (efeitos) não o integra. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: **Temas de direito processual** - quarta série. Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 175.

[402] É importante mencionar a doutrina de Ovídio Batista da Silva, que reconhecia que, em que pese a separação existente entre conteúdo e efeitos, há efeitos que estão inseridos no próprio conteúdo. O autor exemplifica com a impossibilidade de mudar a decisão depois de proferida a sentença/acórdão. DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 489.

[403] Pontes de Miranda sugeriu a adoção de uma classificação com cinco espécies de ação, utilizando como critério a tutela jurisdicional desejada, a eficácia e o modo como o processo se desenvolve depois da sentença. Para além das três mencionadas, seria necessário considerar a ação executiva e ação mandamental. Em paralelo, uma só decisão pode ter diversos elementos. É possível que uma decisão traga elemento declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo. PONTES DE MIRANDA, José Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Arts. 444 a 475. Tomo V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 97. Humberto Theodoro Junior, por sua vez, comenta que as sentenças mandamentais e executivas são comandos a serem cumpridos dentro do mesmo processo em que a sentença foi proferida, não consubstanciando categorias diferentes das clássicas. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, n. 497, p. 468-469.

[404] "[...] uma sentença pode conter elementos diversos e produzir, por via de consequência, efeitos também diversos. O elemento declaratório em particular, está presente em qualquer sentença. A cada elemento corresponderá um efeito próprio, sem que isso nos autorize a identificar este com aquele, nem a embutir no conteúdo da sentença aquilo que ela projeta no mundo exterior". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: **Temas de direito processual** - quarta série. Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 182.

[405] BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 175-176.

elemento extrínseco ao ato jurídico;[406] são autônomos entre si e diferem da eficácia porque esta representa a aptidão (em abstrato) para produzir efeitos, enquanto estes representam a repercussão da decisão em concreto. Nessa linha, é possível afirmar que os efeitos consubstanciam a repercussão da norma jurídica individualizada enquanto conteúdo da decisão. [407]

Toda decisão (existente e válida) tem potência para produzir efeitos no mundo jurídico, devendo ser avaliados quais efeitos o ordenamento determinou para ela.[408] A partir do momento em que a decisão se forma validamente enquanto fato jurídico, é possível visualizar o espectro da eficácia. No entanto, é admissível que a lei marque outro momento para produção de alguns de seus efeitos, como o da obrigatoriedade da decisão, bem como que, para que o provimento jurisdicional atinja todos os efeitos no mundo dos fatos, seja necessária a realização de alguma atividade que mude a realidade para conformá-la ao julgado.

Ao realizar um estudo sobre a eficácia da decisão a partir da análise do instituto da coisa julgada, Barbosa Moreira destaca o equívoco de Carnelutti na identificação da eficácia com a imperatividade. O autor afirma que a eficácia é um atributo autônomo, sendo possível que não haja coisa julgada e a sentença produza efeitos. Isso não impede, no entanto, que o trânsito em julgado demarque o momento de produção de efeitos, como regra. É possível

---

[406]Conforme já mencionado na nota de rodapé 4, nas palavras de Barbosa Moreira: "Parece escusado insistir em que o efeito (situação nova) não pode estar incluído no conteúdo da sentença. Trata-se de algo que a ela se segue, que dela resulta, e que portanto, necessariamente, fora dela se situa. O que a sentença contém é o ato de modificar a situação anterior." BARBOSA MOREIRA, op.cit., p. 175.

[407]Há diversas divagações na doutrina processual acerca da eficácia da sentença. Embora utilizada como marco a doutrina de Barbosa Moreira, é importante indicar o que diz Pontes de Miranda, já que foi o autor utilizado para sedimentar a decisão judicial como ato jurídico em sentido estrito. Para Pontes de Miranda, a eficácia da sentença está ligada à ação que, por sua vez, constitui um efeito jurídico específico. Assim, a classificação das ações a partir da eficácia impõe considerar o direito material, posto que o fim do processo é a realização do direito objetivo. A eficácia seria a "energia automática da resolução judicial",abrangendo a força e os efeitos de uma sentença; a propriedade de ter força e efeitos. Na doutrina do autor, a eficácia abrange a imodificabilidade da decisão, a força formal de coisa julgada, o efeito declaratório, o efeito constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo, os efeitos próximos ou laterais e os efeitos reflexos. Em sentido estrito, falar de eficácia seria falar da imodificabilidade e da força formal de coisa julgada. Esses dois elementos permitiriam aduzir que a eficácia pode referir-se à coisa julgada material. Os demais elementos seriam, propriamente, os efeitos da decisão. O efeito da decisão que possui mais peso é denominado de força da sentença; o segundo efeito de maior peso é denominado de efeito imediato; o terceiro, de efeito mediato. (PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Tratados das ações.** Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 30-33, p. 126).

[408] A análise dos efeitos da sentença foi objeto de grandes debates na doutrina. Mencione-se o debate entre Chiovenda e Liebman para situar a coisa julgada, tendo este apresentado a inovadora tese de que a coisa julgada seria uma qualidade da decisão, não se confundindo com seus efeitos naturais. LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984.

estabelecer que uma sentença só produza efeitos quando se tornar imutável, sem que isso implique indicar que eficácia e imutabilidade são a mesma coisa. [409]

Embora não se confunda com ele, a eficácia da decisão tem correlação com seu conteúdo, existindo uma conexão imediata entre o conteúdo da decisão e seu efeito principal.[410] Diz-se principal porque é possível que haja outros elementos no provimento, existindo também a defesa de que há espécies de efeito que estão presentes em todas as decisões;[411] tal qual o conteúdo, a definição do efeito principal exsurge do juízo sobre o que prepondera. Numa ação declaratória, por exemplo, em que se pretende uma tutela meramente declaratória, o principal efeito é a certeza jurídica (efeito certificativo, normativo),que influi na situação jurídica na medida em que lhe agrega certeza jurídica oficial.

Como diz respeito ao conteúdo da decisão, à relação jurídica analisada, o efeito principal é sentido pelas partes do processo. Há efeitos, no entanto, que são sentidos por outros sujeitos (reflexos) e até que são defluentes do fato de a decisão existir, como fato jurídico que produz efeitos jurídicos advindos dela, não do comando que apresenta para o caso concreto (efeitos anexos ou secundários). Em que pese a importância desses efeitos, especialmente no processo atual de fortalecimento de precedentes, por questão de limitação de objeto este trabalho se restringe a considerar os espectros do efeito principal da decisão que põe fim ao incidente de arguição de inconstitucionalidade.[412]

---

[409]BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista de Processo**. Vol. 6, p. 679, out/2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5164729/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf>. Acesso em 26 jul. 2021.

[410]Na doutrina de Pontes de Miranda, esse efeito principal é denominado de "eficácia preponderante", aquela que exsurge diretamente do provimento jurisdicional (MIRANDA, Francisco. **Tratado das ações**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 160-161).

[411]É importante mencionar que parcela da doutrina defende que toda decisão tem um conteúdo declaratório, uma vez que a jurisdição aplica norma ao caso concreto, dizendo o direito para o caso apresentado. Essa defesa, no entanto, parece estar desatualizada perante a "nova" – já não tão nova – feição da função jurisdicional. É com base numa perspectiva mais atualizada que Hermes Zaneti defende que, mesmo uma decisão cujo conteúdo e efeito principal é a declaração, há eficácia constitutiva. O autor, com supedâneo na doutrina de Fazzalari, Pontes de Miranda e Kelsen, indica a constância da eficácia constitutiva da sentença, defendendo que todas as sentenças de mérito possuem eficácia constitutiva. Com Fazzalari, o autor demonstra que, mesmo com uma sentença declaratória, a decisão incide sobre a esfera substancial do litigante, criando uma nova situação jurídica e, por isso, é também constitutiva. Com Pontes de Miranda, indica que todas as sentenças declarativas constituem se produzida coisa julgada material. Com Kelsen, dispõe que, mesmo a decisão declaratória, há um caráter constitutivo porque a intepretação feita pelo aplicador é autêntica, criando direito. Hermes Zaneti arremata que é comum a toda sentença a vontade de criar norma jurídica no caso concreto e essa atividade é constitutiva. ZANETI JUNIOR, Hermes. A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial. In: **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr%20-%20formatado.pdf>.Acesso em: 14 jul. 2021.

[412] Destaque-se que, em sede de análise da extensão subjetiva da eficácia da decisão foi feito estudo da extensão subjetiva da decisão enquanto precedente judicialque, embora consubstancie dimensão anexa (não principal), precisava ser objeto de deleite, diante da sua complexa relação com a eficácia subjetiva da decisão que resolve a questão, com o art. 52, X, da CRFB/88 e com o instituto da coisa julgada.

Tem-se, portanto, que a decisão judicial, enquanto ato jurídico em sentido estrito, tem a potência de produzir efeitos jurídicos. Passa-se a analisar esses elementos na decisão do incidente de arguição de inconstitucionalidade para, em seguida, considerar os contornos da eficácia resguardada pelo ordenamento para essa decisão.

## 4.3 A DECISÃO NO INCIDENTE E SUA EFICÁCIA

### 4.3.1 O conteúdo da tutela jurisdicional

Da forma como foi construído este trabalho, especialmente o item 2.2, resta evidente que a inconstitucionalidade é vício que atinge o plano de validade do ato normativo.[413] Aclarada esta premissa, é importante fixar outra:um ato inválido pode ser nulo ou anulável, encontrando o seu oposto no ato válido. Com isso quer-se dizer que a nulidade de um ato não diz sobre sua inexistência.[414-415]Este trabalho parte do pressuposto de que a inconstitucionalidade é vício de validade, que nulifica o ato normativo.

Esta construção, no entanto, nunca atingiu consenso na doutrina. No predecessor modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, que é norteado pelo princípio da nulidade,a inconstitucionalidade é vício da lei a ser verificado no curso de demanda em que se pretende tutelar interesse das partes (ver item 2.2.1). A Suprema Corte americana assentou que a inconstitucionalidade é vício grave, que tornava o ato normativo nulo (*nullandavoid*). Essa invalidade seria aparente, de modo que uma lei inconstitucional, na verdade, seria inexistente (*isnotlawatall*).[416]

Nesta conjuntura, o Judiciário, ao identificar a inconstitucionalidade, apenas a declara, de maneira retroativa, sob o fundamento de que o ato normativo tem vício que implica que

---

[413]Na oportunidade, destacou-se que não foi adotada a doutrina de Hans Kelsen, para quem a validade de uma norma está na sua existência qualificada. Para o autor, uma norma inválida é também inexistente. "A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir. A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas ex nunc; não tinha força retroativa". KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

[414] Pontes de Miranda destaca que "o nulo é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico". PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1983, p. 28.

[415]O estudo dos vícios dos atos jurídicos, causas e efeitos é objeto da teoria das nulidades, teoria que encontra grande dissenso entre os doutrinadores. No ato inválido há um déficit no suporte fático; ele foi preenchido com suficiência, levando à incidência da norma, mas esse suporte fático é deficiente. Um fato jurídico inválido é um fato que, embora a norma tenha incidido, fazendo nascer o fato jurídico, o suporte fático que o integra padece de vício.

[416]CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 55-59.

nunca existiu, logo não haveria nada para ser alterado ou (des)constituído no mundo jurídico.[417-418-419] À evidência, a tese parte da crença numa cisão entre o mundo jurídico e o mundo sensível e gera uma confusão entre os planos da existência e da validade.

No modelo de controle austríaco, a proeminente doutrina de Kelsen indicava que a decisão de inconstitucionalidade tinha natureza constitutiva, de modo que, enquanto a Corte Constitucional não decidisse sobre o vício, proferindo decisão que a anula (*aufhebt*), a norma seguiria válida e produzindo efeitos. Hans Kelsen tinha como premissas (i) uma especial forma de conceituar o plano de validade, existindo uma miscelânea entre a existência e a validade, de modo que a validade consubstancia em sua doutrina uma existência qualificada, não sendo possível uma lei existir e ser inválida; (ii) o apreço pela teoria do conhecimento de Kant, desenvolvendo uma tese de que o conflito entre normas é, na verdade, defluente do juízo formulado pelo intérprete, sendo, portanto, uma questão de percepção do sujeito cognoscente; (iii) um argumento pragmático, defendendo a impossibilidade de uma decisão judicial nulificar lei inconstitucional porque isso significaria que a decisão anulouum ato legislativo, de maneira geral e com força retroativa, abolindo todos os efeitos anteriores. Isso levava o autor a defender que, dentro de um sistema de direito positivo, não existe nulidade absoluta, só sendo possível que uma lei seja anulável; e (iv) um argumento lógico. A doutrina de Kelsen, que é símbolo do positivismo jurídico, também era resultado da crença de que a anulação de um ato legislativo pelo Judiciário violaria a separação dos poderes.[420]

As teses que puseram a inconstitucionalidade enquanto vício que afeta a existência da norma partem de uma confusão (ou apenas de conceitos diferentes) entre os planos da

---

[417]Paulo Gustavo Gonet Branco destaca que, na experiência norte-americana, também para sustentar a natureza declaratória da decisão, foi apresentado o argumento de que a decisão tinha que ter efeito retroativo. Por deflagrar o que já existe, a atribuição de eficácia prospectiva para a decisão permitiria que a lei inconstitucional fosse tida como válida até a decisão, o que implicaria que a lei inconstitucional se sobrepôs à Constituição durante esse tempo. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In: **Revista Direito Público**, v. 2, n. 8, abr./jun., p. 154-162, 2005.

[418]É importante destacar que no cerne do *judgemadelaw* estava a discussão de se a função jurisdicional consubstancia atividade declaratória, em que apenas se declara um direito já existente, ou atividade constitutiva, reconhecendo a dimensão criativa da função jurisdicional. A teoria declaratória abrange, inclusive, o dever de seguir precedentes judiciais, assim como os costumes e as leis escritas, negando a criatividade que existia na decisão proferida com base nos costumes gerais. Para a teoria constitutiva, o juiz poderia criar o direito e basear sua decisão num*statutelaw*.

[419] Conforme mencionado no item 1.1.1, o sistema jurídico norte-americano, que recebeu forte influência do *common law*, permitia que o Judiciário exercesse jurisdições paralelas através do *common law* e do *equity*. A Constituição poderia ser protegida a partir da *exception* e da *injunction*, em quaisquer das jurisdições. Mesmo com a *injunction*, o sistema norte-americano já caminhava para potencialização da ação de natureza declaratória, mesmo quando o controle se dá em concreto. MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.

[420] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999; KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 308-350;

validade e da existência. Neste trabalho, a validade foi disposta enquanto predicado de pertinência ao ordenamento jurídico (ver item 2.2.2.1). A inconstitucionalidade seria uma invalidade qualificada pela violação direta à Constituição (ver item 3.2.5), em que o ato normativo existe, mas possui um defeito interno: o agente que o produziu era incompetente para editar o ato, o procedimento realizado viola o estabelecido e/ou a matéria disposta na norma é incompatível, todas essas circunstâncias consideradas diretamente perante a Constituição (ver item 3.3.3).

A inconstitucionalidade seria um vício de validade qualificado que torna nulo o ato normativo que existe, embora de maneira defeituosa, e, por isso, é aplicado até que essa invalidade seja deflagrada ou que o Legislativo opte por retirar sua exigibilidade. A natureza da invalidade do ato inconstitucional impõe considerar que a decisão no controle de constitucionalidade tem conteúdo preponderantemente declaratório.

Em que pese a magnitude da influência do modelo austríaco na construção do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, até mesmo no controle concentrado o Brasil adotou a tese de que a verificação de (in)constitucionalidade implica a declaração desse vício (ou da ausência dele) – inclusive, as ações de controle abstrato de competência do Supremo foram nomeadas de modo que fica evidente que se trata de ação em que se busca um provimento declaratório-,[421] motivo pelo qual, via de regra, a decisão opera efeitos retroativos, como é possível extrair da leitura do art. 27 da Lei n. 9.868/99. A Corte apenas declara a invalidade, deflagrando a nulidade que já existe.[422]

No que tange ao controle difuso, cujo modelo antecessor é justamente o responsável pelo desenvolvimento do princípio da nulidade, como a ação tem por mérito uma relação jurídica em controvérsia, apresentando-se a questão constitucional como mera prejudicial, o acórdão sobre o controle de constitucionalidade realizado não tem o condão de definir o conteúdo da decisão que põe fim ao processo. Haverá um elemento declaratório – positivo ou negativo -, uma vez que a resolução do litígio tem como caminho necessário a verificação da validade do ato normativo que o embasa, mas não é ele que definirá o conteúdo da tutela

[421] Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é instrumento de controle incidental de maneira concentrada.

[422] O conteúdo dessa decisão é preponderantemente declaratório. Diz-se "preponderantemente" e não "exclusivamente" porque, a título de exemplo, mencione-se a hipótese em que se verifica a inconstitucionalidade por omissão. Há grandes discussões sobre a possibilidade de o Judiciário determinar que seja produzido ato normativo, produzindo decisão de conteúdo/eficácia também mandamental. Na defesa de que o Judiciário estaria a ferir a separação dos poderes, há a conclusão de que deve integrar a lacuna normativa, hipótese em que será produzido um outro elemento. Em todo caso, antes de qualquer coisa, a Corte declara a inconstitucionalidade da omissão e, por isso, o conteúdo é preponderantemente declaratório.

jurisdicional ofertada. Talvez por causa disso é muito comum na doutrina a defesa de que, no controle difuso, não há declaração de (in)constitucionalidade, tão somente afastamento da norma no caso concreto.[423-424]

Outrossim, em sede de tribunal, o controle difuso impõe a instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade, a fim de permitir que a questão constitucional seja apreciada pelo órgão competente. Esse incidente, conforme analisado no capítulo anterior, possui um procedimento específico, regrado para oportunizar o contraditório e para permitir que o órgão exare um juízo denso acerca da (in)constitucionalidade. Esse órgão produz um acórdão, que o juízo do processo original está vinculado, que também é um ato jurídico em sentido estrito e, portanto, produz efeitos.

Esse acordão tem conteúdo preponderantemente declaratório. [425]Destaque-se que a tutela declaratória se destina a pôr fim à incerteza sobre a existência ou o modo de ser de algo. Nessa hipótese, a ordem processual presta-se a sanar "crises de certeza", eliminando dúvida objetiva, [426] a partir da apresentação da certeza jurídica.[427] Também pode se destinar à declaração de autenticidade ou de falsidade de um documento (art. 19 do CPC/15). O interesse processual é constituído pela potência de ofensa à esfera jurídica que a dúvida sobre a (in)existência de algo ou sobre falsidade/autenticidade de documento gera.

Via de regra, um provimento declaratório produz efeitos entre as partes do processo, operando-se de maneira retroativa, atingindo fatos que aconteceram antes do provimento jurisdicional.[428] Isso porque se o interesse que move o ajuizamento da ação é a dúvida sobre a (in)existência ou autenticidade de algo, esse algo deve existir, não podendo ser fruto de mera suposição ou conjectura e é a partir dessa existência que a declaração deve produzir efeitos.

---

[423] BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 99.

[424]A constitucionalidade da legislação pode ser garantida por dois meios: a responsabilidade do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação dessa norma. A inaplicação da norma inconstitucional se dá a partir da autorização aos órgãos aplicadores das leis a verificar a constitucionalidade num caso concreto, deixando de aplica-la. Era o que aconteceu, em princípio, no modelo americano. O juiz declara uma norma inconstitucional e não a aplica a um caso específico. Invalida para o caso concreto.KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: **Jurisdição constitucional**. Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303.

[425] Tanto é assim, que a Constituição Federal vigente, ao estabelecer o quórum e a competência, dispõe que os tribunais declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 97). Em regulamentação, o CPC/15 estabelece que a (in)constitucionalidade será verificada em sessão de julgamento.

[426]YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas: 1999, p. 142.

[427]BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 248.

[428]DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232.

Logo, a declaração pode vir a alcançar fatos futuros defluentes da controvérsia que se aloca no passado, mas cujos efeitos se protraíram no tempo.[429]

A concepção clássica de tutela declaratória a põe como um instrumento para a segurança nas relações jurídicas. Originalmente, defendia-se que o provimento declaratório só se destinava a essa tutela da segurança, não podendo instrumentalizar uma tutela executiva. Defendia-se que a decisão declaratória não gerava título executivo, sendo satisfativa por natureza; [430] bastava produzir a decisão declaratória "para que aquilo que deve ser realmente seja". Seria, portanto, uma espécie de tutela jurisdicional que, *a priori*, não demanda atividade jurisdicional complementar para que a decisão produza efeitos. [431] A decisão produziria seu efeito principal de maneira imediata, diretamente a partir do provimento, sem necessidade de uma providência autônoma.[432]

Nesse cenário, é inconteste que, quando o conteúdo da decisão é meramente uma declaração, a linha que separa o conteúdo de seus efeitos é bastante nebulosa. O conteúdo da decisão (declaração) e o efeito principal (certeza jurídica sobre o que se tinha dúvida) se operam num só momento. Outrossim, mesmo possuindo conteúdo preponderantemente declaratório, há outros elementos que precisam ser considerados; é possível que, para que atinja toda sua eficácia, seja necessário a prática de alguns atos concretos. Especialmente porque, para além de ser possível que um provimento preponderantemente declaratório contenha outros elementos, a instrumentalidade do processo impulsionou uma modificação no modelo processual, dispondo-o como veículo para atendimento de direitos. É necessário

---

[429] "A causa da declaração deve ser concreta e escorada em fatos precisos e determinados, não em meras suposições ou conjecturas. Deverá haver a configuração de uma controvérsia atual, sendo possível a declaração se passada a relação, mas cujos efeitos ainda se verificam no presente, ou futura, se subordinada a termo ou a condição suspensiva". LOPES, João Batista. **Ação declaratória.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

[430]NathaliCampitelli Roque, na busca por ofertar o atual sentido e regime jurídico da tutela declaratória, introduz que a concepção de tutela declaratória que nós temos hoje em dia surgiu na segunda metade do século XIX, especialmente na Alemanha. Nessa fase, o instituto se prestava também a demarcar a autonomia do direito processual frente ao direito material; a ação declaratória se dá apartada de uma pretensão material (prestação). A autora demonstra a importância da doutrina de Chiovenda e sua defesa de que o direito de ação é direito autônomo, para constituir uma tutela jurisdicional autônoma cujo bem buscado é a afirmação da (in)existência jurídica.ROQUE, NathaliCampitelli. Tutela declaratória. In: **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. Tomo 3. Processo civil. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/tutela-declaratoria_5b1ebd6dd4862.pdf>.Acesso em: 18 jul. 2021.

[431]A decisão declaratória não demanda atividade complementar porque o provimento é divorciado de uma pretensão material efetiva, mais conhecida como prestação. Diferente das outras modalidades de tutela jurisdicional, a tutela declaratória se destina a conferir segurança às relações jurídicas, sendo a declaração suficiente para restaurar a segurança. Em complementar: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? In: **Revista de processo**, vol. 114/2004, p. 147-162, mar-abr, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4527509/mod_resource/content/1/BARBOSA%20MOREIRA%2C%20Jos%C3%A9%20Carlos.%20Senten%C3%A7a%20executiva%3F.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

[432] Dizendo de outra maneira: não exige fase executória para que tenha eficácia completa. Na verdade, como será melhor demonstrado no item seguinte, na concepção individualista do processo em que foi cunhado seu conceito, o provimento de natureza declaratória não poderia ser objeto de execução.

reconhecer a potência dessa tutela jurisdicional para operar na realidade o que opera no mundo jurídico. [433]

Em se tratando de situação em que o provimento jurisdicional exara um juízo incidental sobre a (in)constitucionalidade de ato normativo que embasa relação jurídica que é mérito de processo original, produzindo certeza em campo cuja insegurança representava um alento de violação à ordem constitucional, a declaração é o elemento preponderante de seu conteúdo. Outrossim, para que atinja toda sua eficácia, é necessário que outro órgão produza um ato (decisão judicial no processo original), que materialize a declaração de inconstitucionalidade, fazendo com que os envolvidos sintam os efeitos da retirada da norma inválida da regência da relação jurídica em questão.

Resta demonstrado que há diversos fatores que permitem a conclusão de que o conteúdo da decisão no incidente de arguição de inconstitucionalidade é preponderantemente declaratório, sendo seu efeito principal a certeza jurídica. Estabelecido isto, e já definido que os efeitos de um ato jurídico não se confundem com seu conteúdo (ver item 4.2), é importante enfrentar três questões que daí se originam: o que é atingido por essa certeza (extensão objetiva), a partir de que momento esse efeito é produzido (extensão temporal) e quem é atingido por ele (extensão subjetiva). É justamente esse o objeto de estudo da eficácia de uma decisão declaratória.

### 4.3.2 A eficácia do acórdão

A decisão judicial, enquanto veículo para criação de norma para o caso concreto (ver item 2.2.3), é espécie de fato jurídico e, portanto, pode ter seu âmbito de eficácia analisado. Analisar a eficácia de acórdão, a partir do conceito de Barbosa Moreira (ver item 4.2), diz sobre verificar a aptidão para produzir efeitos ou sobre o conjunto de efeitos produzidos pela decisão. Isso impõe considerar que a eficácia da decisão não se confunde com eficácia que produz nas relações concretas. Este consubstancia um dado metajurídico, que interessa mais à sociologia jurídica que ao objeto de estudo deste trabalho.

No item anterior, restou assentado que, no Brasil, o conteúdo do provimento jurisdicional no controle incidental - em sede de tribunal – e no controle abstrato é o mesmo: a

[433]Dessa maneira, uma concepção atualizada do provimento declaratório deixa de ter uma feição meramente passiva de declaração para se destinar também à tutela de direitos e, para tanto, precisa ter reconhecida sua potência de operar na realidade o que opera no mundo jurídico.ROQUE, op. cit.

decisão possui conteúdo preponderantemente declaratório. Se esse é o conteúdo, o efeito principal seria a certeza jurídica, havendo divergência nos espectros desse efeito.

O sistema de controle brasileiro é o resultado da absorção de diversas influências, de modo que a distinção de efeitos foi estabelecida em homenagem aos modelos tradicionais de controle, problematizando pouco o fato de que os conteúdos do provimento nos modelos tradicionais também são diferentes.

No formato original do modelo de controle norte-americano, a declaração de inconstitucionalidade produziria uma decisão declaratória com efeitos retroativos (*extunc*) e entre as partes do processo (*inter partes*). A expansão dos efeitos subjetivos da decisão se daria a partir da vinculação dos órgãos jurisdicionais aos fundamentos do que já foi decidido por si ou por órgão jurisdicional superior (*staredecisis*).No formato original do modelo de controle austríaco, por sua vez, a decisão de inconstitucionalidade seria constitutiva, produzindo efeitos prospectivos (*ex nunc*), atingindo a todos (*erga omnes*). [434]

Para acomodar essas divergências de maneira adequada, é necessário partir da premissa de que o sistema de controle misto brasileiro uniformizou o conteúdo do provimento, mas distinguiu os espectros da eficácia. Isso quer dizer que a decisão é declaratória e tem como efeito principal a produção de certeza jurídica. As extensões temporal, objetiva e subjetiva desse efeito principal é que variam a depender do modo como o controle está sendo realizado, se de maneira concentrada-abstrata ou difusa-incidental.[435]

Antes de adentrar nos espectros do efeito principal, é importante frisar um marco de grande relevância. Com o processo de hibridação dos modelos, os formatos foram se aproximando, sendo bem factível que a dissensão entre os efeitos já foi maior. No que tange ao controle difuso, sede do objeto deste trabalho, é de conhecida vulta a teoria da abstrativização, que tem tornado os efeitos das decisões em sede do controle difuso semelhantes aos efeitos da decisão em controle concentrado. Essa aproximação, no entanto,

---

[434] Kelsen estabelecia que "A decisão anulatória da Corte, em princípio, era efetiva apenas *ex nunc*; não tinha – a não ser por uma exceção de que trataremos adiante – força retroativa. Esta dificuldade poderia ser justificada, não apenas pelas consequências críticas de qualquer efeito retroativo, mas especialmente porque a decisão dizia respeito a um ato do legislador, e o legislador também estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda que estivesse sujeito a um controle judicial. Enquanto a Corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo. A regra segundo a qual a decisão da anulatória de uma lei não possuía força retroativa apresentava uma exceção. A lei anulada pela decisão da Corte não podia mais ser aplicada ao caso que provocara sua revisão e anulação. Uma vez que o caso ocorrera antes da anulação, esta era, em relação ao referido caso, retroativa em sua eficácia". KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

[435] No controle concentrado exercido pelos Tribunais de Justiça, a decisão possui eficácia *erga omnes* no território do Estado e efeito vinculante para a administração e o Poder Judiciário estaduais. No controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão possui eficácia *erga omnes* no país inteiro e efeito vinculante para a administração e o Poder Judiciário também no país inteiro.

não implica que a eficácia é a mesma, sendo premente estabelecer o que consubstancia essa teoria e seu impacto na definição dos espectros dos efeitos da decisão no incidente de arguição de inconstitucionalidade.

4.3.2.1 Teoria da abstrativização do controle difuso

Já foi sedimentado nos capítulos anteriores que há muito se fala numa aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade.[436] Francisco Fernández Segado, ao avaliar a justiça constitucional no século XXI, observa que a sua expansão permitiu uma hibridação de modelos, conduzindo a uma convergência entre os elementos dos sistemas tradicionais de controle de constitucionalidade. Esse processo de hibridação torna indefectível que há uma perda da relevância na bipolaridade costumeiramente apontada entre o modelo americano e o modelo europeu pensado incialmente por Kelsen. [437]

Sem tornar os sistemas equivalentes, essas modificações aproximaram os modelos tradicionais de controle. Conforme mencionado no item 2.2.1, no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade não só sofreu os efeitos dessa hibridação como é cria dela. Com o passar dos anos, os institutos que eram importados de um dos modelos foram se altercando com elementos do outro, havendo uma imbricação não só de modelos, mas de elementos dos institutos.

No que tange ao controle difuso, há grandes discussões acerca de sua abstrativização, que é engendrada pela adoção de elementos que fazem com que a decisão no controle difuso tenha eficácia semelhante à decisão do controle concentrado. Silvério Souto Maior, em trabalho que intenta propor os fundamentos para uma nova teoria da abstrativização do controle difuso, observa que esse fenômeno pode ser estudado em duplo espectro: como fato e como doutrina.

Enquanto fato, a abstrativização seria "um fato ou um conjunto de fatos transformadores" que torna o controle difuso cada vez mais próximo do controle concentrado, que é realizado por via de um processo objetivo. Por isso também é denominado de objetivação do controle difuso. Essa aproximação se daria a partir da positivação (pelo legislador) ou do reconhecimento judicial da aplicabilidade de institutos previstos para o

[436] Mauro Cappelletti há muito observou uma aproximação no regime constitucional de alguns países europeus, como a Alemanha, Áustria e Itália, ao sistema norte-americano. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992, p. 100.
[437]SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional ante elsiglo XXI**: La progresiva convergência de lossistemas americano y europeo-kelseniano. México: Unam, 2004, p. 7.

controle concentrado ao controle difuso. O autor demonstra a gradatividade com a qual os elementos aproximativos foram fundados, mencionando o *full bench*, a força normativa das decisões do Supremo em controle difuso, a possibilidade de participação do *amicus curiae*, aplicação da modulação de efeitos, a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a possibilidade de edição de súmulas vinculantes. [438]

Enquanto doutrina, a abstrativização seria um "movimento doutrinário pertencente à dogmática jurídica constitucional e que enxerga, na aproximação entre os controles concreto e abstrato, o aperfeiçoamento do sistema misto brasileiro".[439] Esse movimento estimula a concessão de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de constitucionalidade proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em sede do controle difuso. Silvério Souto destaca a existência de diversos argumentos a instrumentalizar a doutrina da abstrativização, tais como o argumento mutacionista, o expansionista, o pragmático e o ontológico. [440]

É importante mencionar especialmente o processo de objetivação do recurso extraordinário e das decisões do Supremo Tribunal Federal. O recurso já foi elaborado com o intuito de objetivizar o julgamento de questão, o que foi instrumentalizado pela exigência da repercussão geral (ver item 3.2.4.1), instituto que impõe que a súmula da decisão sobre a repercussão geral vincula todos os órgãos judiciais (art. 1035, §5º, do CPC/15). Esses fatores já foram utilizados como fundamento para a defesa de uma mutação constitucional, em prol da desnecessidade da suspensão da eficácia de ato normativo por órgão legislativo (art. 52, X, da CRFB/88) para que a eficácia da declaração de invalidade tenha uma extensão subjetiva maior, questão que será melhor enfrentada no item 4.3.3.1. A defesa de objetivização das decisões do Supremo, por sua vez, se dá ancorada em institutos como a súmula vinculante, a tese da transcendência dos motivos determinantes, entre outros.

Em suma, estudar a abstrativização significa considerar a expansão da eficácia da decisão no controle difuso em aproximação à decisão proferida no controle concentrado. Um ponto nodal pouco considerado pela doutrina brasileira é que o fenômeno da abstrativização do controle difuso não é uma prerrogativa apenas do Supremo Tribunal Federal.[441]

---

[438]MAIOR, Silvério Souto. **Fundamentos para uma nova teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019, p. 41-53.

[439]MAIOR, op. cit., p. 54.

[440] MAIOR, op. cit., p. 54 e ss.

[441]Para o Min. Gilmar Mendes, grande impulsionador do debate no Supremo Tribunal Federal, a teoria da abstrativização se embasa na força normativa da Constituição e no sistema de *staredecisis*. No voto que conduziu à declaração de que o Supremo adota a teoria, o ministro justificou que o Supremo Tribunal Federal deve agir para uniformizar a interpretação, aduzindo que interpretações diferentes fragilizam a força normativa da

A defesa de que esse fenômeno também se aplica para outros tribunais pode ser elaborada a partir de fatores pragmáticos e lógicos. Como fator pragmático, mencione-se que há atos normativos cuja inconstitucionalidade jamais poderá ser verificada pelo Supremo e a decisão final será de um outro tribunal, não fazendo sentido lhes poupar da potencialização de sua extensão subjetiva ou da alteração de sua eficácia temporal.

Como fatores lógicos, objeto de maior deleite neste trabalho, mencione-se que é dever da função jurisdicional garantir a higidez da ordem constitucional, sendo da essência do modelo constitucional do processo uma prestação jurisdicional que assinale a força normativa da Constituição (ver primeiro capítulo do desenvolvimento). Em espécie, o incidente de arguição de inconstitucionalidade tem seu procedimento estabelecido de modo a oportunizar uma análise densa acerca da (in)constitucionalidade (ver item 3.3). Em paralelo, ainda como fator lógico, um dado potencializador da abstrativização em sede dos tribunais é o *staredecisis*, que também os atinge.

A demonstração desses fatores enquanto justificantes para a adoção da teoria da abstrativização em sede de outros tribunais, para além do controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, será feita na análise de cada um dos espectrosda eficáciaem análise neste trabalho.

Em resumo, diante do que foi até aqui exposto, foram estabelecidas as premissas de que o conteúdo da decisão no incidente, tal qual no controle abstrato, é preponderantemente declaratório e que o efeito principal da decisão de conteúdo declaratório é a certeza jurídica – também já foi definido que, por limitação de objeto, esse efeito que será analisado neste trabalho -. Esse efeito principal pode ser problematizado a partir de sua extensão objetiva, temporal e subjetiva. Na análise de cada um desses espectros é possível visualizar a distinção e também a aproximação entre a eficácia da decisão no controle difuso e concentrado, diante da teoria da abstrativização do controle difuso.

### 4.3.3 Extensão objetiva

---

Constituição, razão pela qual a decisão do Supremo deve sempre ter eficácia *erga omnes*. O sistema do *staredecisis*, por sua vez, seria um sistema de vinculação de precedentes, por meio do qual os precedentes dos tribunais vinculam os órgãos inferiores e ele mesmo (vinculação vertical e horizontal). A abstrativização do controle difuso realizado pelo Supremo se ancoraria, portanto, no dever dessa Corte de garantir a força normativa da Constituição e no sistema do *staredecisis*. Ocorre que o dever de assinalar a força normativa da Constituição não é exclusivo do Supremo. Na verdade, consubstancia a essência do modelo constitucional do processo, atingindo o exercício da função jurisdicional como um todo. De igual modo, o dever de produzir decisões uniformes e a vinculação, vertical e horizontal, também atinge os demais tribunais. STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (info. 886).

Analisar a extensão objetiva implica considerar o quê, na decisão proferida no incidente de arguição de inconstitucionalidade, é atingido pela certeza jurídica. Diante das premissas já estabelecidas neste trabalho, trata-se de dado de baixa complexidade, mas de extrema importância porque define o objeto sobre o qual incidirão as extensões temporal e subjetiva da certeza.

A certeza recairá sobreo juízo feito acercada norma cuja constitucionalidade foi perquirida, tendo sido sanada a dúvida sobre sua validadeà luz da prejudicialidade. Por "norma cuja constitucionalidade foi perquirida" tem-se abrangida a interpretação que lhes foi dada.A certeza jurídica produzida, a partir da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, incide sobre a conclusão acerca da (in)constitucionalidade da norma, no limite em que prejudica o enfrentamento do mérito do processo original.

Apresentando a definição de maneira esquemática, seria possível indicar: "A" é a norma jurídica (legal, negocial ou jurisdicional) que subsidia a relação jurídica em litígio e está sendo impugnada por ferir a norma "B" da Constituição. O juízo "C" se daria no sentido de que a norma "A", no limite em que prejudica o processo original, é (in)constitucional por ferir/se adequar à norma "B" da Constituição. É sobre o elemento "C" que incide a certeza jurídica.

À evidência, a certeza jurídica incide sobre um juízo que é composto pelos sentidos dados à norma-paradigma e à norma-paradigmada, razão pela qual se faz de extrema importância que haja clareza na definição dos sentidos ofertados às normas em comparação.

### 4.3.4 Extensão temporal e a modulação de efeitos

Analisar a extensão temporal de um efeito da decisão significa considerar a partir de que momento ele é produzido, podendo o ato possuir uma eficácia retroativa, prospectiva ou até a partir de outro momento fixado na decisão. Como neste trabalho o efeito em consideração é o principal – a certeza jurídica -, estudar seu aspecto temporal significa identificar a partir de que momento a certeza se opera.

*A priori*, uma decisão declaratória possui eficácia *extunc*, isso porque esse tipo de provimento intenta resolver os espectros futuros de fato passado. Nesse sentido, a certeza se opera de maneira retroativa. Uma decisão que declara a invalidade de ato, deflagra a sua nulidade e, como via de regra, um ato nulo não produz efeitos, a certeza encontrada precisa

possuir eficácia retroativa.[442] A retroatividade da decisão intenta extirpar qualquer pseudo-efeito desse ato, chegando até o momento em que começou a produzir efeitos (via de regra, indevidos).

Nesse espeque, a certeza produzida pela decisão que declara a inconstitucionalidade teria eficácia retroativa. O Supremo já assinalou diversas vezes que essa decisão produz efeito a partir da publicação da ata de seu julgamento,retroagindo até o momento em que ato inconstitucional começou a produzir efeitos, ou seja, a partir da vigência da norma.[443]

No original modelo de controle norte-americano, a defesa de que seu conteúdo era preponderantemente declaratório tinha como uma de suas justificativas a tese de que a decisão precisava ter eficácia retroativa, sob pena de permitir que uma norma inválida produzisse efeitos, justificando o conteúdo com o efeito. Ocorre que há situações em que esses efeitos precisam mesmo ser albergados, seja pela segurança jurídica ou porque já não podem ser desfeitos. O próprio modelo de controle norte-americano, com o passar dos anos, foi alterado em consideração a esse fator.

Isso, no entanto, não quer dizer que a gravidade da invalidade seja relativizada. O conteúdo não se confunde com o efeito; a essência do ato jurisdicional não se encerra, numa exata medida, em seu tempo.

Embora a regra seja que um fato jurídico inválido não produz efeitos, é possível que, eventualmente, os produza. [444] O princípio da conservação impõe que, não sendo possível conservar a validade, que ao menos se conservem os seus efeitos, quando for crível. O referido princípio faz imperioso que todo aplicador do direito, em quaisquer dos planos, tente conservar o fato jurídico. [445]

Diante do exposto, tem-se quemesmo um ato que padece de invalidade defluente de causa de nulidade pode produzir efeitos, porque (i) a possibilidade de que excepcionalmente seus efeitos sejam protegidos não altera o fato de que é nulo; e (ii) diante da contemporânea

---

[442]No que tange à declaração de inconstitucionalidade, há discussão se retroage até o surgimento do ato inconstitucional ou se até o ajuizamento da ação. Tal qual síntese de Pontes de Miranda, "a lei inconstitucional não tem efeitos; aplicar-se-á o Direito como se ela não existisse". (PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Fundamentos atuais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empr. Publi. Técnicas, 1932, p. 404). Estabelecer que essa retroatividade se limita, *a priori*, à distribuição da ação seria defender que a demonstração de insatisfação com a inconstitucionalidade demarca o momento da incoerência da norma com a Constituição.

[443]STF. ARE 1031810 AgR-ED-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 12/11/2019; Rcl 6999 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, julgado em 17/10/2013, DJe 06/11/2013.

[444]MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Existência.São Paulo: Saraiva, 2003, p. 95.

[445] "No plano da eficácia, a construção dos negócios ineficazes em sentido restrito, como negócios diversos dos nulos, resulta de aplicação do princípio da conservação. Realmente, graças à distinção entre ambos, admite-se, sem quebra da coerência ou de qualquer norma jurídica, que, ocorrendo o fator da eficácia, o ato passe, sem mais, a produzir efeitos; há pós-eficacização". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69-70.

teoria das nulidades, a classificação que distingue a nulidade relativa da absoluta não se sustenta utilizando como critério a (im)possibilidade de ser sanada, de modo que até mesmo uma nulidade grave pode ser consertada. Explica-se melhor esse segundo argumento.

A teoria das nulidades passou por diversas fases e tons, já tendo sido elaborada sob a defesa de que qualquer irregularidade impedia a produção de efeitos do ato. Depois, foi constatado que esse raciocínio era contraproducente, tendo sido reformulada para desenvolver mecanismos normativos que verificassem a possibilidade de corrigir os defeitos, de lidar com eles, de considerar o interesse do sujeito que os opõe e até de analisar o tanto que o vício contamina os atos posteriores a ele. [446]

Esse panorama tem como substrato uma tradicional separação entre nulidades absolutas e relativas,[447] em que as nulidades absolutas abrangeriam vícios de ordem pública, aqueles que transcendem ao interesse das partes, podendo ser reconhecidos de ofício, sendo dever do julgador reconhecê-los a qualquer tempo; as nulidades relativas, por sua vez, se dariam a partir da violação de normas que protegem interesses particulares e, portanto, demandam alegação da parte prejudicada, sob pena de preclusão.

Na verdade, essa classificação intenta dimensionar a ineficácia do ato a partir do grau do vício de nulidade e tem como critério a (im)possibilidade de saná-lo. A nulidade absoluta seria insanável, restando impedida a produção de efeitos; o ato relativamente nulo seria passível de convalidação e, ainda que os defeitos não fossem sanados, poderia produzir efeitos acaso seu momento de objeção tivesse precluído ou a parte que opôs o vício não preenchesse os requisitos exigidos, tais como não ter dado causa a ele ou não demonstrar ser efetivamente prejudicada.

---

[446] É nessa conjuntura que o princípio da instrumentalidade das formas é aplicado em sede da teoria da nulidade, estabelecendo a necessidade de que seja verificado se o vício impede que o fim pretendido pelo legislador seja alcançado. Destaque-se que o princípio da instrumentalidade das formas tem aplicabilidade para além da teoria da nulidade, indicando, na verdade, um dos preceitos reitores do processo instrumental. (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45). Também foi elaborada a tese de exigência de prejuízo para que se configure a nulidade (*pas de nullitésansgrief*). Ainda, foi estabelecida a necessidade de verificar se o reconhecimento do vício beneficia o sujeito que o causou (*nemoauditurpropriamturpitudinemallegans*). Também foi cunhado o princípio da causalidade, buscando regulamentar os efeitos defluentes da decretação da nulidade, a partir da tese de que os atos diretamente dependentes do vício estariam contaminados pelo defeito (dessa *ratio*decorre a teoria da árvore envenenada).

[447] Há diversas doutrinas que se dedicam a essa classificação, sendo possível encontrá-la em obras que se dedicam ao direito material e ao direito processual. No direito civil, há normas legais que apontam o que consubstancia nulidade relativa e absoluta, sendo dali extraídas algumas normas para a própria teoria do direito. No direito processual, a teoria das nulidades tem fonte exclusivamente doutrinária. É importante destacar que a doutrina de Galeno Lacerda, expoente na teoria das nulidades, indica que, ao lado das nulidades (absolutas e relativas) está a categoria anulabilidade. A anulabilidade consubstancia situação em que um ato é praticado em desconformidade com uma norma dispositiva. Essa norma tutela interesse particular, como na nulidade relativa, mas a (in)observância está na esfera de escolha das partes. Na nulidade relativa, a norma violada é cogente. LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 73.

Essa classificação fracassou por diversos motivos que podem ser condensados numa só frase: padece de critérios claros e que permitam que o direito converse com a realidade. As normas que tutelam interesse particular foram fortemente incrementadas pelas normas de ordem pública, não havendo mais tanta clareza na separação qualitativa entre as normas que subsidiam interesses públicos e particulares. Em paralelo, há vícios que, mesmo graves, já produziram mudanças no mundo fático que não podem ser desfeitos ou o desfazimento seria extremamente custoso e geraria maior gravame. É justamente por isso que Barbosa Moreira em sua doutrina antevê que a lei pode atribuir efeitos a atos inválidos.

O panorama apresentado impõe a conclusão de que a defesa de que a inconstitucionalidade é vício de validade que implica a nulidade da norma não é fundamento para indicar que toda decisão terá eficácia retroativa. Inclusive, porque essa retroatividade pode conduzir à violação de direitos fundamentais. A função jurisdicional também cria pautas de conduta a partir de suas decisões (ver item 2.2.2.2), não sendo admitido que viole direito fundamental quando isso poderia ser evitado com a modulação dos efeitos.

No que tange ao controle concentrado de constitucionalidade realizado em âmbito federal, a Lei n. 9.868/99 deixa evidente que não necessariamente a declaração de inconstitucionalidade possui eficácia retroativa. O art. 27 do diploma estabelece que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo poderá, a partir de quórum especial, estabelecer que a decisão só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.[448] Antes mesmo da existência e vigência desse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal já tinha precedentes que autorizavam a modulação da eficácia temporal.

Para fundamentar a ausência de contradição entre o provimento declaratório, a invalidade do ato e a eficácia temporal modulável, Gilmar Mendes discorre que, embora o ato fundado em lei inconstitucional esteja eivado de iliceidade, a proteção desse ato, em alguns casos, homenageia o princípio da segurança jurídica. O autor destaca que há uma diferença entre efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato individual. [449] Assim, seria possível afirmar que a decisão que declara a inconstitucionalidade alcança o plano normativo retroativamente, mas não o plano dos atos concretos.

---

[448] O art. 27 da Lei n. 9.868/99 também fala da possibilidade de alteração da eficácia subjetiva da decisão, o que será mencionado no tópico pertinente.

[449]MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 258.

O Supremo tem precedentes que defendem a aplicação da modulação de efeitos legalmente prevista para o controle concentrado no controle difuso. [450] Atualmente, essa possibilidade também encontra apanágio na própria legislação processual. Uma leitura conjugada dos §§ 12 e 13 do art. 525 do CPC/15 impõe a conclusão de que a decisão do Supremo, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, pode ter seus efeitos temporais modulados em atenção à segurança jurídica. [451] O mesmo raciocínio deve ser utilizado para o controle incidental realizado pelos demais tribunais.

A definição de que é hipótese em que a modulação de efeito temporal é a melhor medida exige um juízo de ponderação da Corte que lhes confere um certo grau de discricionariedade, devendo ser realizado em consideração ao preceito da proporcionalidade.

### 4.3.5 A extensão subjetiva

Analisar a extensão subjetiva da eficácia de uma decisão é considerar quem é atingido pelos seus efeitos. Como neste trabalho o efeito em foco é a certeza jurídica, o estudo da extensão subjetiva consubstancia o exame de quem é atingido por essa certeza.

Antes de qualquer coisa, é importante destacar que a extensão subjetiva da eficácia de uma decisão pode ser analisada enquanto decisão que resolve uma questão num processo ou enquanto precedente judicial, a ser considerado pelo órgão prolator e órgãos inferiores, em que seus fundamentos jurídicos servem também como norte parademandas semelhantes.

A certeza jurídica, no entanto, enquanto efeito da decisão objeto de estudo neste trabalho, tem sua extensão subjetiva analisada a partir da consideração de que se trata de ato que enfrenta a questão prejudicial constitucional, pondo fim ao incidente de arguição de inconstitucionalidade, conformando ato que integrará a fundamentação de outra decisão, a que resolverá o mérito do processo original. Enquanto precedente judicial, esse ato tem extensão subjetiva que, embora não diga sobre a certeza jurídica, será objeto de análise no item 4.3.4.2 por se tratar de fator que se põe em complexa relação com a extensão subjetiva da eficácia da decisão enquanto ato que resolve questão.Desse modo, as linhas que seguem se destinam à

---

[450]STF. Plenário. RE 522897/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/3/2017 (Info 857).

[451] Art. 525. [...]§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal , em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

consideração da extensão subjetiva da eficácia da decisão enquanto ato que põe fim ao incidente.

Enquanto ato que julga o incidente, *a priori*, a decisão produz o efeito de certeza jurídica apenas intraprocessual, atingindo as partes envolvidas. Em sendo a prejudicialidade um dos pilares fundamentais do incidente de arguição de inconstitucionalidade, a questão constitucional é enfrentada como condição lógica para que o mérito de demanda seja julgado. Para ser admitido, deve ser demonstrado que o incidente estará a serviço do processo original, como instrumento que ofertará certeza jurídica à questão que precisa ser resolvida para que o mérito da ação seja julgado.

Essa conclusão também pode ser extraída do predecessor modelo norte-americano, que também estabelecia que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de maneira incidental, o juiz deixaria de aplicar a lei ao caso concreto, limitando-se a eficácia da decisão às partes do processo (*individualwirkung*). Com o passar dos anos, a restrição de eficácia foi alterada, especialmente quando a decisão fosse proferida pela Suprema Corte, bem como pelo desenvolvimento do *staredecisis*. O antagônico modelo austríaco estabelecia, por sua vez, eficácia geral (*allgemeinwirkung*) às decisões de controle, produzindo efeito semelhante à ab-rogação da lei.[452]

A jurisprudência indica, no entanto, que acaso conferida eficácia subjetiva mais ampla a essa decisão, estar-se-ia diante de usurpação de competência exclusiva do SupremoTribunal Federal. É por causa disso que, mesmo em ações cuja decisão no processo original opera eficácia *erga omnes*, como as ações coletivas, a decisão do incidente teria eficácia apenas entre as partes do processo. [453]

Essa "competência exclusiva" do Supremo e dos Tribunais de Justiça seria para realizar o controle de constitucionalidade de maneira concentrada, proferindo decisões com eficácia subjetiva ampla por autorização constitucional. Conforme demonstrado, o caractere fundamental do controle concentrado é a concentração do poder de decidir sobre a

---

[452] CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 118-119.

[453]Em sentido semelhante,o Supremo Tribunal Federal, ao concluir pela possibilidade de incidente de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, ressalvou a necessidade de que não fosse o objeto direto da demanda, sob pena de, ao gerar efeitos *erga omnes*, restasse usurpada a competência dos Tribunais de Justiça e do Supremo Tribunal nas ações de controle abstrato. Segue ementa de precedente da Corte: "DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONFUSÃO COM O PEDIDO PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO ALINHADA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de se admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Precedentes. (…)" (STF. RE 595213 AgR. Rel. Roberto Barroso, 1ª Turma, julgado em 01/12/2017, DJe-291 18-12-2017).

constitucionalidade de norma em apenas um órgão. Na raiz da elaboração do controle concentrado, está a finalidade de evitar que sejam proferidas decisões divergentes, o que exige o estabelecimento de uma eficácia subjetiva ampla, já que a questão seria decidida uma única vez.

Esse cenário cria o seguinte panorama: via de regra, a decisão do incidente atinge apenas as partes envolvidas, de modo que a certeza jurídica possui eficácia apenas intraprocessual. No entanto, as decisões produzidas por tribunais que possuem competência para realizar controle concentrado teriam eficácia *erga omnes*. Há, inclusive, precedentes que compatibilizam a eficácia das decisões proferidas por esses tribunais, diante da simultaneidade de demandas.[454]

A tese de expansão da eficácia subjetiva da decisão tem o intuito de potencializar as decisões produzidas por determinados tribunais, atingindo sujeitos que estão fora do processo. No entanto, não é razoável impor que sujeitos extraprocessuais sejam atingidos por uma certeza jurídica construída em diálogo do qual não fizeram parte, afetando-os em suas relações particulares, dentro e fora do aparato judiciário. Em verdade, esses sujeitos só terão ciência que estariam atidos a essa certeza na eventualidade de impulsionarem o Judiciário. Diante da eficácia dessa decisão enquanto precedente, atingindo as razões de julgamento que

[454]Precedente recente do Supremo permitiu a compatibilização da eficácia das decisões desses dois tribunais no controle concentrado. Na hipótese de ações simultâneas, em que são interpostas uma ADI no TJ (parâmetro CE) e uma ADI no STF (parâmetro CF). Antes, o Supremo entendia que o trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal de Justiça, por implicar na subtração da norma estadual impugnada do ordenamento jurídico, haveria a perda do objeto da ADI frente ao Supremo.[454] Em precedente mais recente o Supremo indicou outra posição: a) Se o Tribunal de Justiça julgar a representação de inconstitucionalidade procedente com fundamento em dispositivo da Constituição estadual que não tenha similar na Constituição Federal, o exame da ação direta de inconstitucionalidade em trâmite do STF fica prejudicado;b) Se, por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Justiça, tiver sido baseada em preceito da Constituição estadual que reproduza norma da Constituição Federal – seja ela de reprodução obrigatória ou não – não há prejuízo ao exercício da jurisdição originária, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, pelo STF, cuja decisão substitui a proferida pelo Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO ESTADUAL. COEXISTÊNCIA DE PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA NO STF E EM CORTE ESTADUAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DO TRIBUNAL ESTADUAL, AFIRMANDO A INCONSTITUCIONALIDADE, POR OFENSA A NORMA DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO REPRODUZIDA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EFICÁCIA LIMITADA DA DECISÃO, QUE NÃO COMPROMETE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI ESTADUAL 2.778/2002 DO ESTADO DO AMAZONAS. LIMITAÇÃO DE ACESSO A CARGO ESTADUAL. RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO.1. Coexistindo ações diretas de inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo estadual, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça somente prejudicará a que está em curso perante o STF se for pela procedência e desde que a inconstitucionalidade seja por incompatibilidade com dispositivo constitucional estadual tipicamente estadual (= sem similar na Constituição Federal).2. Havendo declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo estadual pelo Tribunal de Justiça com base em norma constitucional estadual que constitua reprodução (obrigatória ou não) de dispositivo da Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato tendo por parâmetro de confronto o dispositivo da Constituição Federal reproduzido. (...) (ADI 3659/AM, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, *DJe* de 08.05.2019.)

levaram à certeza jurídica, essa decisão pode ter uma extensão subjetiva muito mais proficiente, apontando a vinculação para o sujeito certo, o Judiciário, em consideração a sua organização hierárquica, não para os jurisdicionados ou potenciais jurisdicionados.

Nesse sentido, seria mais adequado indicar que a certeza jurídica produzida pelo acórdão que encerra o incidente atinge apenas as partes processuais e naquele processo (a relação dessa decisão com outros processos se insere no estudo da coisa julgada, realizado no item 4.3.6), mesmo quando essa decisão foi proferida por órgãos jurisdicionais que possuem competência para realizar o controle concentrado. Segue sendo prerrogativa do controle concentrado a produção de decisões com eficácia *erga omnes*.

Essa regra convive com a possibilidade de que outros institutos incidam sobre outros elementos perpendiculares ou partes da decisão, expandindo a eficácia da declaração de (in)constitucionalidade.Especificamente quando o controle de constitucionalidade é feito em face de ato legislativo, a Constituição Federal prevê a possibilidade de que órgão legislativo suspenda a execução de lei ou do ato normativo declarado inconstitucional em decisão definitiva (art. 52, X), hipótese que se passa a dedicar algumas linhas.

#### 4.3.5.1 A suspensão da execução da norma por órgão legislativo

O art. 52, X, da CRFB/88 estabelece a competência privativa do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Em simetria ao modelo federal, é possível que os Estados prevejam, a partir da decisão definitiva do Tribunal de Justiça que declare inconstitucionalidade, a possibilidade de representação à Assembleia Legislativa, a fim de que suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei, ato ou decreto estadual ou municipal. [455] Essa suspensão seria instrumentalizada por meio de resolução do órgão legislativo.

Neste item, será feita uma análise da suspensão da execução da norma prevista no modelo federal por encontrar previsão expressa da Constituição Federal, por consubstanciar a base para que a regra seja prevista nos modelos estaduais e também por limitação de espaço, já que uma análise da regra nos modelos estaduais dimanaria um estudo sobre as constituições estaduais, regimento interno e precedentes dos Tribunais de Justiça de cada Estado.

[455] No caso do Tribunal de Justiça de Pernambuco essa competência é estabelecida no art. 14, XXIII, da Constituição Estadual e mencionada no art. 29, parágrafo único, f, do regimento interno. A competência para essa representação é do órgão competente para proferir a decisão definitiva (plenário ou órgão especial do tribunal). Estados como Santa Catarina e São Paulo preveem a mesma competência em sede de suas constituições.

O art. 52, X, da Constituição Federal estabelece regra existente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Carta de 1934 (art. 91, IV), [456] reproduzido nas Constituições de 1946 (art. 101, III, b e c, 200 e 64), de 1967 (arts. 119, III, a, b, c, 116 e 42, VII) e na atual.

No texto da Constituição de 1934, quando só era realizado o controle difuso, a regra exigia que a norma ou o ato tivesse sido declarado inconstitucional pelo Judiciário, sem especificar que essa decisão tinha que ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A regra continuou existindo mesmo com a adoção de instrumentos de controle de constitucionalidade concentrado. Nessa conjuntura, acaso a Corte quisesse que a execução da lei fosse suspendida, teria que enviar a decisão que declarou a inconstitucionalidade para o Senado, ainda que a decisão já tivesse eficácia *erga omnes*.[457] No controle abstrato realizado pelo Supremo, a regra teve aplicação até 1972, quando a Corte interpretou o dispositivo no sentido de que ele só se aplicava ao controle incidental. No mesmo sentido foi disposto em seu regimento interno que é de 1980.

Ao estudar o contexto em que foi elaborado o dispositivo, é possível visualizar que se trata de instituto adotado num momento em que o Senado era coordenador de poderes, o que é possível verificar no art. 88 da Constituição de 1934, que estabelecia a competência do Senado para promover a coordenação dos poderes federais. O objetivo da exigência de resolução do Senado eraadequar a aplicação de modelo de controle difuso importado de um sistema jurídico que adota o *staredecisis*, diversamente do Brasil à época.[458]

De acordo com o regimento interno do Senado (Res. 93/1970), o conhecimento da declaração de inconstitucionalidade se dá mediante o envio de comunicação do Presidente do Tribunal,por meio de uma representação do Procurador-Geral da República ou através de um projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). A comunicação, a representação e o projeto de lei devem ser instruídos com o texto da lei cuja execução se pretende suspender, o acórdão do Supremo, o parecer do Procurador-Geral da República e a versão do registro taquigráfico do julgamento. A comunicação ou representação em plenário deve ser acompanhada do projeto de resolução mencionado, de modo que se não for apresentada no ato de comunicação, será encaminhada à Comissão de Constituição,

---

[456] Art. 91 da CRFB/34: Compete ao Senado Federal: IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

[457] BASTOS, Celso. Controle da constitucionalidade das leis. In: **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 119.

[458] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1198-1200; RAMOS, Elival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195-196.

Justiça e Cidadania para que o elabore (arts. 386-388), cabendo ao Presidente do Senado promulgar a resolução (art. 48, XXVIII).

O art. 52, X, da CRFB/88 exige que haja decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da norma. Por "decisão definitiva" compreende-se a decisão sobre a qual já não cabe mais recurso. Essa decisão tem que ter declarado a inconstitucionalidade. A (não) recepção ou a reafirmação da constitucionalidade da norma pela Corte, o que acontece também na hipótese em que há interpretação conforme a Constituição, torna completamente despicienda a feitura de resolução para conferir uma eficácia que o ato já possui.

A atuação do Senado tem o condão de suspender a eficácia da lei, o que difere de nulificá-la. Incide no campo da eficácia, não da validade. A invalidação da norma é feita pelo Supremo (ver item 3.3.3). Suspender a eficácia de ato legislativo é criar empecilho para que produza efeitos, consubstanciando ato que ataca a executoriedade da lei e, por isso, é utilizada como manobra para expandir a eficácia do que foi decidido pela jurisdição. Por meio da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva, a certeza da inconstitucionalidade atingiria a todos, possuindo eficácia *erga omnes*.

A elaboração de resolução pelo Senado teria por finalidade fazer com que a decisão de inconstitucionalidade da Corteatingisse a todos. Em sentido semelhante, Ivo Dantas destaca que,como a decisão é oriunda de controle incidental, ainda que proferida pelo Supremo Tribunal Federal, possui eficácia intraprocessual e a norma, ainda que inconstitucional, permanece produzindo efeitos fora do caso concreto levado a juízo, só deixando de ser aplicada quando o Senado Federal suspender sua execução. [459]

A doutrina parece já ter atingido unanimidade no sentido de que a resolução de suspensão de execução de lei é um ato político. [460] Por outro lado, há grandes discussões quanto à sua natureza jurídica, sede natureza administrativa ou legislativa. A definição tem relevância também para avaliar a incidência da discricionariedade na sua elaboração.

Da leitura do regimento interno do Senado, é possível aduzir que possui natureza de ato legislativo, tal qual qualquer resolução expedida pelo Senado na materialização de competência privativa (listadas atualmente no art. 52 da CRFB/88), que pode até tratar de

---

[459] DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Direito Processual Constitucional. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 534.

[460] MENDES, Gilmar Ferreira. Executivo e legislativo no controle de constitucionalidade. In: **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 245

matéria administrativa, mas se perfaz por meio de um ato legislativo, de feição geral, dotado de abstração e impessoalidade.

Não foi estabelecida uma natureza diferente para a resolução elaborada com base no inciso X das demais estabelecidas no art. 52 da CRFB/88. O regimento interno do Senado dispõe no art. 213 que, enquanto espécie de proposição, o projeto de resolução é referente às matérias de competência privativas do Senado (art. 52 da CRFB/88), sem estabelecer nenhuma diferenciação entre as espécies legislativas a materializarem os incisos do dispositivo mencionado. O regimento traz regras específicas que instrumentalizam a elaboração da resolução de suspensão da execução de lei, mas sem lhes descaracterizar como resolução.

Por ter natureza legislativa, não há que se falar que o Supremo tem o poder de obrigar o Senado a redigir a resolução, sob pena de patente violação à separação dos poderes. De acordo com o regimento interno do Senado, ao presidente do Supremo compete apenas comunicar o acórdão, sendo possível também que o Procurador Geral apresente representação, ambos os atos (comunicação e representação)seguidos do projeto de resolução pela Comissão (CCJ), passando a tramitar no Senado como definido para qualquer projeto de resolução. Assim, trata-se de ato cuja produção é discricionária, competindo ao órgão legislativo considerar a necessidade de elaborar a resolução ou não.[461]

Isso não quer dizer, por sua vez, que o Senado, acaso conclua pela necessidade de elaborar a resolução, possa redigi-la em conflito com o acórdão do Supremo. O Senado deve avaliar se preenche os requisitos à edição da resolução. Para além de fazer um juízo acerca da necessidade de elaborá-la, deverá considerar aspectos formais da decisão, tais como: se a decisão proferida é definitiva, se nela foi declarada a inconstitucionalidade, se foi respeitado o quórum especial estabelecido. O órgão legislativo, no entanto, não poderá avaliar o conteúdo da decisão. O Senado pode examinar o julgado em sua existência e validade, mas não em sua rescindibilidade.[462]

Em sentido semelhante, ao defender a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal realize controle de constitucionalidade da resolução, o que já aconteceu algumas

[461] Para maior aprofundamento, sugere-se a leitura de artigo de Paulo Brussard, que destaca a impossibilidade de transformar o Senado num órgão meirinho, que apenas carimba a decisão do Supremo. BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. In:**Revista de Informação Legislativa,**Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

[462]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p.86.

vezes, a Corte pressupõe a natureza legislativa da resolução e destaca a impossibilidade de que o Senado adentre no conteúdo da decisão.[463]

A resolução possui efeitos prospectivos (*ex nunc*), defesa que encontra amparo na obra de alguns doutrinadores e em alguns precedentes judiciais, [464-465-466]o que é adequado com a defesa de que a resolução tem natureza legislativa. De igual modo, é adequado com a ideia de que a suspensão da execução atinge a eficácia do ato normativo, fazendo a lei perder eficácia para o futuro. Nesse sentido, considerando que, via de regra, a decisão do Supremo no controle incidental tem efeito retroativo (ver item 4.3.3), é possível afirmar que a invalidação da norma tem efeito retroativo para a relação levada a juízo e a suspensão da eficácia tem efeito prospectivo para os casos análogos.

Sem que haja o que se denomina de jurisprudência consolidada, o Supremo já indicou diversas vezes que pode ser conferido efeito *extunc* à resolução.[467] Ainda que seja possível conferir efeitos retrospectivos à resolução, é importante mencionar que isso não pode ser feito pelo Senado, dado que a modulação de eficácia de lei (resolução) não é atividade própria do legislador.[468] Em paralelo, ela não poderá prejudicar ato jurídico perfeito, a coisa julgada, nem o direito adquirido.

Em que pese todo esse detalhamento, é importante destacar o baixo uso da resolução. Uma pesquisa realizada no sítio eletrônico do Senado Federal indica que, mesmo nas

---

[463] Mencione-se a ADI 3929/MC, por meio do qual o Pleno, sob relatoria da Min. Ellen Gracie, referendou concessão de medida cautelar, numa hipótese em que averiguou que a resolução do Senado havia retirado do mundo jurídico dispositivos de leis estaduais que não haviam tido sua compatibilidade examinada, perante a Constituição Federal, embora formalmente abarcados pela proclamação da inconstitucionalidade do diploma (STF. ADI 3929/MC, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, Julg: 29/08/2007, DJe 11/10/2007).

[464] DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 54-55.

[465] Ao comentar o art, 52, X, da CRFB, consignou "Esse mecanismo tem por finalidade transformar em *erga omnes*, porém com efeitos *ex nunc*" (STF. ADI 3929 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 11- 10-2007).

[466] O dec. 2346/97, destinado à Administração Pública federal direta e indireta, estabelece que o efeito da suspensão tem efeito retroativo, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional.

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia extunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

[467] "A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional" (STF. RMS 17.9176, Rel. Min. Amaral Santos. RDA 105/111).

[468]BARROS, Sérgio Resende de. O Senado e o controle de constitucionalidade. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 1. São Paulo, Método, p. 163-180, jan-jun,2003, p. 170.

hipóteses em que é elaborada, a reincidência do grande lapso temporal existente entre a publicação do acórdão e a elaboração da resoluçãoindica a baixa importância que lhes é dada na prática jurídica.[469]

Essa baixa importância é causada, ou no mínimo alavancada, pela interpretação que o Supremo tem conferido ao art. 52, X, da CRFB/88. Embora se trate de dispositivo redigido com clareza resplandecente, sob o auspício de estar realizando uma mutação constitucional, o Supremo tem ofertado interpretação diversa aos vocábulos.

No julgamento da Rcl 4335/AC, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, o Supremo discutiu a redefiniçãodos contornos do controle difuso realizado pelo Supremo, a partir da possibilidade de uma nova "interpretação" ao dispositivo mencionado.A reclamação constitucional, que foi proposta pela Defensoria Pública, impulsionava a Corte a verificar descumprimento à decisão proferida em *habeas corpus*, em que havia sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal que impedia a progressão de regime para os condenados em crime hediondo. O enfrentamento da questão, por sua vez, exigia que fosse delineado se uma declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo num *habeas corpus* exigiria o procedimento de suspensão pelo Senado para atingir pessoas que não estavam naquele processo.[470]

A Corte, ao aduzir que está realizando uma mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, indicou quesuas decisões, mesmo quando produzidas em controle incidental, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, equiparando à eficácia da decisão em controle abstrato, possuindo eficácia expansiva.[471]Em artigo científico publicado anos antes, Gilmar Mendes já defendia que, diante da "natureza idêntica do controle de constitucionalidade quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns", não seria razoável distinguir os efeitos das decisões proferidas no controle direto e no incidental. O autor ainda destaca que o

---

[469] Realizada uma busca pelo SICON no site do Senado Federal, no dia 07/03/2021, indicando como parâmetro o item "Resolução do Senado Federal – RSF", é possível visualizar que a última resolução de suspensão de execução de lei na forma do art. 52, X, da CRFB/88 é do ano de 2017. Trata-se da res. 15 de 12/09/2017, que suspende a execução do inciso VII do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e a execução do art. 1º da Lei nº 8.540, de 22 de dezembro de 1992, que deu nova redação ao art. 12, inciso V, ao art. 25, incisos I e II, e ao art. 30, inciso IV, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, todos com a redação atualizada até a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que foram declarados inconstitucionais por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 363.852, que foi decidido em 03/02/2010. Nos anos 2020, 2019 e 2018 não foram produzidas resolução de suspensão. Disponível: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao

[470]STF. Rcl 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes, jul: 20/03/2014.

[471] O termo "eficácia expansiva" foi posto na ementa do julgado e saiu do voto do Min. Teori Zavascki, tendo conceituado que se trata de fenômeno universalizado, em razão do conjunto normativo constitucional e infraconstitucional. Difere de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes porque não autoriza ajuizamento de reclamação. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 17 set. 2021.

Supremo pode até mesmo suspender eficácia de leis e atos normativos liminarmente. Arremata indicando que o instituto hoje se assenta em razão de índole exclusivamente histórica, embasando-se num modelo de separação dos poderes já defasado.[472]

A nova "interpretação" dada ao dispositivo aponta que aprodução da resolução pelo órgão legislativo teria o intuito de conferir maior publicidade à decisão do Supremo, mas a eficácia *erga omnes* seria um atributo já da decisão da Corte.

Embora tenha sida dada procedência à Rcl 4335/AC, a defesa da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88 não ganhou adesão da maioria necessária no plenário.[473]Em 2017, a tese foi novamente discutida em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade na qual se fez controle incidental. A ADI foi julgada improcedente, mas foi realizado controle incidental de norma que já havia sido declarada inconstitucional incidentalmente em outra ADI. [474]Na oportunidade, a maioria concluiu pela mutação constitucional do dispositivo, pondo como sustentáculosas teses da abstrativização do controle difuso e da transcendência dos motivos determinantes (esta segunda tese será melhor trabalhada em item seguinte). [475]

Ocorre que o art. 52, X, da CRFB/88 estabelece mecanismo para infirmar a eficácia de lei, não sendo um dado que incide sobre a decisão do Supremo, mas sobre o ato legislativo propriamente dito. Em paralelo, o dispositivo mencionado nada fala sobre efeito vinculante, não podendo uma interpretação extrair esse instituto de seus vocábulos. Acaso seja seguido o

---

[472]Gilmar Mendes há muito defendia a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88. Para o ministro, deve-se alterar a intepretação do dispositivo "a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental". Também afirma que o art. 535 do CPC reforça esse entendimento, assinalando ser premente uma releitura do art. 52, X, da CRFB/88, "no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade". MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun., 2004.

[473] Os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio sequer conheceram da reclamação. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 17 set. 2021.

[474] STF. ADI 3406/RJ, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 29.11.2017;ADI 3470/RJ, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 29.11.2017.

[475] Por meio do julgamento das ADIns 3.406 e 3.470, Rel. Min. Rosa Weber (Info. 886), o STF assinalou: "A Corte declarou, também por maioria e incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995, com efeito vinculante e "erga omnes". A relatora citou a tese desenvolvida há muito pelo Min. Gilmar Mendes, que também foi encampada pelo Min. Celso de Mello. A Min. Cármen Lúcia, ao acompanhar a Min. Rosa Weber, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém. Min. Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que são permissivas – dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal – são também inconstitucionais. Tais votos ampliam a necessidade de discussão da tese dos motivos determinantes em sede do controle incidental de constitucionalidade.

procedimento padrão estabelecido na Constituição e regulamentado pelo regimento interno do Senado, a resolução senatorial pode suspender a execução de lei declarada inconstitucional, o que até pode conferir uma produção de efeitos subjetivos semelhante à uma decisão com eficácia*erga omnes*. Mas o dispositivo nada diz sobre efeitos vinculantes.

A mutação constitucional é instituto cujo conceito é objeto de debate na doutrina. Jellinek, indicado como possível primeiro elaborador teórico do instituto, discorre que a mutação seria necessária diante da incoerência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional (entre a Constituição formal e a Constituição material). Assim como as técnicas de interpretação e os mecanismos de reforma, a mutação constitucional seria um instrumento de atualização da Constituição, mas não se confundiria com elas. Ocorre quando a realidade constitucional afasta parte do texto formal, sem que haja ruptura do sistema, implementando-se por meio da substituição de parte do texto normativo por outro, sem que haja uma reforma formal.[476]

Ainda que se parta dessa concepção, dispondo a mutação constitucional como instituto mais poderoso que a interpretação, por não encontrar limite na disposição textual,[477] o sentido dado à norma prevista no art. 52, X, da CRFB/88 altera uma tradição do sistema jurídico brasileiro. E não é qualquer tradição, mas uma que intenta, diante da contenção da potência da atividade judicante do Supremo (i), introduzir outra função estatal na cadeia (ii) para produzir ato que potencializa a decisão da Corte (iii), fazendo conviver institutos de sistemas de controle de constitucionalidade diversos.

Embora tenhamos experimentado desde a metade do século XX o ativismo judicial, reduzindo a imponência da primeira premissa mencionada (i), a mutação constitucional pretendida tem o condão de alterar o funcionalismo estatal, reduzindo o poder de atuação de órgão legislativo. Mesmo não estando limitada pela disposição textual, uma mudança que toque nos limites pétreos da Constituição (como a separação dos poderes, art. 60, §4º, III, da CRFB/88) não pode acontecer por meio de procedimento informal. Para que o raciocínio sugerido seja implementado é necessário emendar a Constituição, seguindo o procedimento estabelecido para reforma.

---

[476]JELLINEK, Georg. **Mutación de laConstitución.**Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Forster. Onati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 28-30.

[477] Ivo Dantas, numa crítica à mutação constitucional, partindo do pressuposto de que encontra limite no texto escrito da Constituição, constrói que "não é legítima qualquer alteração informal da Constituição que termine por reduzir os significados de opções políticas de equilíbrio estatal, por duvidosas razões de viés "pragmático" ou de "senso comum". Por mais que a atribuição de efeitos gerais e vinculantes a decisão no controle concreto proporcione maior racionalidade e otimização à jurisdição nacional, ao Judiciário não cabe deturpar o sentido do texto constitucional neste propósito". DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 354

4.3.5.2 A decisão no incidente enquanto precedente: a eficácia vinculante e a eficácia transcendente

Como mencionado, a extensão subjetiva da eficácia de uma decisão pode ser analisada enquanto decisão que resolve uma questão num processo e enquanto precedente judicial. Foi constituído no item 4.3.4 que a certeza jurídica, enquanto efeito principal de decisão de conteúdo declaratório, atingeos sujeitos "no" e "do" processo. Isso, no entanto, não impede que outros sujeitos sejam atingidos, como efeito anexo dessa decisão, pelas razões que fundamentaram essa certeza, especialmente porque, enquanto precedente judicial, a decisão produzida no incidente também apresenta um prenúncio de como a Corte entende a questão.[478]

Embora a certeza jurídica assinalada na decisão que encerra o incidente tenha eficácia subjetiva restrita, para além de nortear o enfrentamento do mérito do processo original, a decisão proferida no incidente consubstancia precedente judicial e a norma que se extrai de sua fundamentação, para além do caso em questão, serve como paradigma para casos semelhantes.[479] O julgador, ao decidir um caso concreto, pode vir a ter projetada a sua decisão para o futuro, o que lhes confere maior poder no ato decisório e também maiores responsabilidades.

O precedente se identifica por fornecer uma norma aplicável a casos em julgamento cujos fatos materiais merecem o mesmo tratamento. Nesse sentido, surge numa medida relacional, em que o caso-posterior deve ser resolvido como o caso-precedente. A teoria dos precedentes é formulada com supedâneo nos princípios da segurança jurídica, igualdade e da economia processual. [480]

---

[478] Embora a consideração da decisão enquanto precedente consubstancie estudo de efeito anexo da decisão, desbordando do limite estabelecido – efeito principal -, fez-se necessário pelas razões expostas nas linhas seguintes deste item: sua relação complexa com a eficácia da decisão, o instituto da suspensão da execução de lei pelo órgão legislativo e a coisa julgada.

[479]Neste trabalho, adota-se a distinção feita por Lucas Buril, no sentido de que o termo "precedente judicial" pode servir para caracterizar o precedente enquanto decisão judicial, ato decisório, oportunidade em que se apresenta como sentido *lato* e próprio; bem como para caracterizar o precedente enquanto norma do precedente, a sua *ratiodecidendi*, que consubstancia parcela do precedente, apresentando-se como conceito em sentido estrito ou impróprio do termo. MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.90 e ss.

[480] Michele Taruffo, ao conceituar precedente, destaca a sua diferença com o termo jurisprudência. A jurisprudência difere pelo aspecto quantitativo, de modo que um só precedente já pode atingir sua eficácia ao ser aplicado num segundo caso. Para o autor, no uso da jurisprudência, falta a análise comparativa de fatos, de modo que a aplicação se dá a partir da subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral. A jurisprudência seria um "conjunto de decisões, ou melhor, por um conjunto de subjconjuntos ou de grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões". TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara AntoniaSpadaccini de Teffé. In: **Civilistica.com**. Rio deJaneiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 5. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>. Acesso em 21 de set. 2021.

Antes de avançar nas informações cravadas, é importante destacar que o precedente judicial também pode ter sua eficácia analisada a partir da extensão objetiva e temporal. [481] No entanto, optou-se por investir apenas na análise da extensão subjetiva, já na contramão da restrição ao efeito principal da decisão em análise, por ser dimensão que se põe em complexa relação com a extensão subjetiva da eficácia da decisão enquanto ato que resolve questão, com o instituto da suspensão da execução de lei por órgão legislativo e também com os limites subjetivos da coisa julgada, esta melhor estudada no item seguinte.

Dito isto, frise-se que é característico dos ordenamentos modernos a ampliação da importância das decisões judiciais, mesmo nos sistemas que têm o *civil law* como tradição. A codificação, um de seus traços característicos, trouxe como consequência o crescimento do direito judicial (ver item 2.2.2.2). Intensificando ainda mais esse processo, a revalorização do direito e a reformulação da maneira de pensar e aplicar o Direito, a partir da dissociação entre texto e norma, dispondo a norma como resultado da interpretação, permitiram uma transformação na função jurisdicional, reconhecendo o seu papel criativo no direito (ver item 2.2.3). É possível que, mesmo em países que não tenham o direito judicial como caractere forte de sua tradição matriz, como é o caso do Brasil,[482] reconheça-se a importância da função jurisdicional à concretização de direitos e o precedente judicial como fonte normativa. [483-484]

O alcance da importânciado precedente judicialenquanto fonte do direito, dado que reflete no método de estabelecer graus de obrigatoriedade, varia de sistema para sistema.[485] Na experiência brasileira, é possível encontrar diversos indicadores da maximização da estima

---

[481] *Cf.* ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

[482] Antes do século XIII, a Europa como um todo tinha um direito de caráter consuetudinário. Com o passar dos anos, a ideia de um direito consuetudinário passa a conflitar com o sistema romano-germânico, de modo que a glosa judiciária (direito judicial) dá lugar à glosa erudita (doutrina), o que também permitiu que as leis tivessem mais importância que os costumes. SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano.** São Paulo: Ed. Landy, 2001.

[483] É nesse sentido que caminha a aproximação entre o *common law* e o *civil law*, de modo que na primeira tradição é possível visualizar a maximização do número de textos escritos, tanto em quantidade quanto em importância; bem como, no *civil law*, é possível identificar uma crescente preocupação com o aperfeiçoamento do direito a partir de uma visão dinâmica da segurança jurídico, impondo a necessidade de considerar não só a legislação, mas também a decisão dos juízes.

[484] *Cf.* CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedentes judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

[485] Nesse sentido, Lucas Buril descreve: "A categoria precedente é pertencente à Teoria Geral do Direito, tratando-se de noção fundamental relativa ao próprio funcionamento dos sistemas jurídicos, relacionada também à teoria das fontes normativas.1 Então, havendo Direito os precedentes existirão. Todo sistema jurídico possui precedentes, na medida em que a tomadade decisões para resolução de casos concretos é o momento fundamental da experiência jurídica. Independentemente da adoção ou do reconhecimento da doutrina do *staredecisis*, os precedentes serão existentes e também utilizados, diferindo, entretanto, a forma e a importância que lhes é dada por cada sistema jurídico de direito positivo". MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87.

dos precedentes, sendo tido como "o direito em sua versão final mais elaborada", "fórmula reveladora da coparticipação do Judiciário no fenômeno da frutificação do direito". [486]

Há diversas normas legais vigentes em reconhecimento da magnitude dos precedentes judiciais, potencializando também seus efeitos. [487] O CPC/15 estabelece o dever de os tribunais brasileiros uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente(art. 926 do CPC/15), sob o título "Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais", aplicando-se, portanto, a todos os tribunais do Brasil. [488] Também estabeleceu o dever de dar publicidade aos precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida (§5º do art. 927).

Sem desmerecer a importância de cada tribunal nesse esquema, em espécie, destaque-se a magnitude dos papéis dos Tribunais de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sistema de precedentes, também porque são os órgãos que possuem competência para realizar controle abstrato de constitucionalidade, eixo que numa certa medida os aproxima do objeto deste trabalho.

Os Tribunais de Justiça se dedicam à justiça do caso concreto o que, diante de sua maior aproximação com a realidade, impõe que a forma de construir a fundamentação de suas decisões e eventual *ratiodecidendi* terá um maior aporte fático. Essas Cortes têm importante função na definição da interpretação adequada do direito local, possuindo maior poder de persuasão frente aos juízos a elas vinculados. Ainda, possuem a competência para julgar casos e dar a última decisão em demandas que possivelmente nunca entrarão na esfera de competência de Cortes Superiores.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, realiza o especial papel de corrigir por último a aplicação da lei e conferir unidade ao direito e à prestação jurisdicional. É instado a se manifestar em demandas cujo litígio é apenas um veículo para que a questão de direito seja enfrentada. Os argumentos que compõem a fundamentação de suas decisões se aproximarão menos do caso concreto, de modo que a situação em litígio poderá ser relevante para delinear

---

[486] MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiro e precedentes obrigatórios. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, set-dez, 2018. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2020/06/coisajulgada.pdf>. Acesso em 14 nov. 2021.

[487] Já na Constituição Federal é possível encontrar a previsão de situações que apontam para esse sentido, em que algumas decisões judiciais possuem eficácia expandida, produzindo nos jurisdicionados uma sensação semelhante ao de uma lei cravada pela generalidade. Enquanto legislação infraconstitucional, é possível mencionar o CPC/15, que conta com diversos dispositivos que operacionalizam a construção e aplicação de precedentes judiciais.

[488] O FPPC interpreta esse dispositivo, por meio do enunciado 169, no sentido de que os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir seus próprios precedentes.

elementos do juízo de admissibilidade e os contornos da fundamentação jurídica em debate, mas não será objeto de debate na Corte.

A reformulação da função jurisdicional na tradição *civil law* fez com que asCortessupremas passassem por uma transformação que também alterou seu modelo de julgamento. Quanto mais elevado o nível da Corte da qual emana a decisão, mais autoridade tem, ditando o mais alto grau da eficácia vertical dos precedentes. Diante da importância de seu precedente para todo o sistema, deve ser hiperestimuladoo diálogo no julgamento dos casos, por vezes contando com sujeitos que democratizem esse diálogo, consciente da necessidade de aprofundar o debate cuja conclusão trará razões que deverão ser consideradas, num grau maior ou menor, por todos os juízos do país.[489]

Sem sequer adentrar em outros aspectos que também maximizam as distinções entre os tribunais na forma de elaborar precedentes, tal como a sua composição, o destaque feito pretende evidenciar o reconhecimento de que o papel que esses tribunais desempenham éexercido de maneira diferente e com projeções de dimensões diferentes.[490] Embora este capítulo uniformize, numa certa medida, os espectros da eficácia das decisões que encerram o incidente de arguição de inconstitucionalidade, esse destaque precisava ser feito especialmente em sede da análise da eficácia do precedente, porque é nessa perspectiva que a autoridade de decidir e a forma de construir a regra de julgamento pesam mais.

Da narrativa construída, é extraído um dado que precisa ser frisado: a utilização dos precedentes altera a estrutura da argumentação jurídica num julgamento e o grau de ingerência das questões de fato altera a forma de manejar o precedente.

Ao julgar um caso, o juiz terá que considerar a existência de julgamento precedente de casos semelhantes, de modo que a justificativa de sua aplicação, afastamento do caso ou a superação será passo necessário na construção de sua fundamentação. Ainda, para aplicar um precedente, o juízo-posterior terá que reconhecer a similitude do caso atual com o passado a partir da exata compreensão dos fatos. Identificada similitude, seu trabalho interpretativo se destinará à extração da norma geral do precedente a ser aplicada no caso em julgamento.

---

[489]Michele Taruffo destaca que a adoção de um sistema de precedentes, por si, altera a estrutura da argumentação nos julgamentos. "Esse fator condiciona a estrutura da argumentação jurídica, enquanto esta vem a ter não uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura tópica, no sentido próprio explicado por VIEHWEG em *TopikundJurisprudenz.* Os precedentes representam, de fato, os tòpoi que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da Rechtsfindung e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa (por exemplo, na motivação da sentença)". TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara AntoniaSpadaccini de Teffé. In: **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 5. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>. Acesso em 21 de set. 2021.

[490]*Cf.* MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**, ano 40, vol. 245, jul/2015, São Paulo:Thomson Reuters, 2015.

Quanto maior a ingerência de elementos fáticos na construção da fundamentação jurídica, maior será o trabalho para extrair a norma geral e tornar o julgamento universalizável.

O panorama apresentado intenta demonstrar a potencialização das decisões judiciais a partir do sistema de precedentes. Dele se extrai que, embora a certeza jurídica produzida com declaração de invalidade do ato normativo inconstitucional no incidente de arguição não atinja a vigência do ato, [491] já que, *a priori*, só tem ingerência intraprocessual, as razões firmadas no julgamento se espraiam para outros casos. Isso porque o entendimento do plenário ou órgão especial deve ser considerado pelo própriotribunal, inclusivepelos órgãos fracionários, e pelos juízes a ele vinculados.

Isso é tão factível que a existência de pronunciamento do plenário ou do órgão especial do tribunal sobre a questão impede que incidentede arguição de inconstitucionalidade seja admitido (parágrafo único do art. 949 do CPC/15). A razão que está por traz do empecilho de que incidente com o mesmo objeto seja admitido é o dever de seguir precedentes. Esse dever impõe a vedação de proferir decisão diversa sobre o mesmo objeto, o que geraria desigualdade, e aindacausaria insegurança nos jurisdicionados, que têm a legítima expectativa de que seja tomada decisão semelhante a que já foi tomada para caso similar. De igual modo, o processamento de demanda sobre a qual já houve decisão, cuja *ratio* é aplicável, seria conduta ineficiente, que viola o princípio da economia processual.

Diante do dever de seguir precedentes, e em sendo o acórdão que encerra o incidente um precedente judicial, o órgão colegiado, ao decidir, deve estar consciente da responsabilidade de que a tese que criará será seguida em casos correlatos, só podendo ser afastadaem razão da distinção (*distinguishing*) ou da superação total (*overruling*) ou parcial (*overriding*) quando a conjuntura permitir, seguindo a tônica estabelecida para os demais precedentes.

Embora a esse aspecto não tenha sido dedicadas as linhas merecidas, mais por questão de limitação do objeto de pesquisa que de importância, destaque-se que a aplicação da distinção ou da superação em precedente que decide questão constitucional se faz imperiosa. A interpretação dada à norma constitucional fixa é extremamente danosa porque engessa a Constituição frente a realidade, condenando-a à ineficácia social. Tal qual a Constituição formal é cravada pela relativização de sua imutabilidade, a interpretação que é dada às normas constitucionais, enquanto norma de precedente judicial, deve ser atualizada quando a

[491] Neste trabalho, a vigência é a dimensão espacial da validade.

conjuntura lhes exige e isso não consubstancia violação à coisa julga, conforme será melhor estudado no item 4.3.5.

O fato é que, em resumo, o dever de seguir precedentes traz um *plus* à elaboração das decisões judiciais, exigindo a consideração do potencial elo entre a norma criada para fundamentar a decisão do caso concreto e os casos futuros. Em sua dimensão subjetiva, essa relação entre os casos correlatos é instrumentalizada pela eficácia vinculante.

*4.3.5.2.1 A eficácia vinculante e o grau de obrigatoriedade da decisão do incidente*

Todo precedente judicial possui eficácia vinculante. [492] Anorma de julgamento firmada na fundamentação da decisão é generalizável, aplicando-se aos casos semelhantes futuros.A eficácia vinculante diz sobre a extensão subjetiva da eficácia do precedente, de onde se extrai que os tribunais e os juízos a eles vinculados devem aplicar os precedentes de ofício, sob pena de omissão e denegação da justiça.

Essa eficácia se opera de maneira horizontal e vertical. A vinculação horizontal impõe que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes, razão pela qual devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação. A vinculação vertical, por sua vez, atinge os tribunais e juízes hierarquicamente vinculados. [493]

O estudo da eficácia vinculante de um precedente impõe considerar seus graus de obrigatoriedade, podendo ser mais ou menos forte, o que é estabelecido a partir da organização hierárquica dos órgãos jurisdicionais. Eis a síntese: todo precedente possui algum grau de obrigatoriedade, mas nem todo precedente é obrigatório. Dito de outra forma: embora todos os precedentes tenham eficácia, não possuem a mesma intensidade de eficácia, a mesma força.[494]

Do direito inglês é possível extrair alguns conceitos relevantes para considerar essa diversidade de intensidade. O precedente obrigatório (*bindingprecedent*) é aquele que deve ser seguido em caso análogo, sob pena de invalidade ou de reforma da decisão. Aquele que

---

[492] É muito comum na doutrina a indicação dos termos "precedente vinculante" ou "eficácia vinculante" para precedentes obrigatórios. No entanto, partindo do pressuposto de que todo precedente deve ser considerado pelos órgãos jurisdicionais correspondentes, seria mais adequado indicar que todo precedente tem eficácia vinculante e essa eficácia tem graus de intensidade distintos. A frase que veicula essa nota de rodapé foi construída com base nesse raciocínio.

[493] ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 353-354.

[494]É nessa tessitura que o FPPC sugere, no enunciado n. 315, que nem todas as decisões formam precedentes vinculantes. Na instituição, os precedentes obrigatórios são denominados de vinculantes.

não aplica o precedente obrigatório e deixa de justificar as razões da distinção comete ilegalidade, não diferindo do dever de aplicar a lei.Há também o precedente persuasivo (*persuasiveprecedent*) que serve para construção da argumentação e para o convencimento, mas não deve necessariamente ser seguido, de modo que sua não aplicação não consubstancia erro de julgamento. [495] A sua eficácia vinculante estará no fato de que deve ser considerado pelo julgador do caso-posterior.[496]

Embora no *civil law* seja comum a defesa de que os precedentes possuem eficácia puramente persuasiva, não faltam hipóteses de precedentes obrigatórios (*binding*). A grande diferença é que em sistemas dessa tradição é mais comum que os precedentes obrigatórios sejam indicados pela lei. [497]

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, o art. 927 do CPC/15 traz um rol exemplificativo de precedentes obrigatórios. O dispositivo estabelece que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Nessa conjuntura, é possível indicar que a tese firmada no acórdão que encerra o incidente de arguição de inconstitucionalidade é precedente obrigatório, uma vez que o julgamento do incidente é de competência exclusiva do plenário ou do órgão especial do tribunal. Afinal, o dispositivo mencionado determina que a orientação do plenário ou do órgão

---

[495] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 101-102.

[496]Há diversas classificações sobre os graus de obrigatoriedade, considerando a cogência de sua aplicação. Wambier e Dantas categorizam três graus de obrigatoriedade a partir da (in)existência de medida específica para cobrar a adequação da decisão, apresentando exemplos bastante elucidativos para a pretensão deste trabalho. Para os autores, um precedente de grau forte de obrigatoriedade deve ser respeitado, sob pena de utilização de medida ou ação especialmente concebida para esse fim. Tratam-se dos precedentes obrigatórios, como os previstos no art. 927 do CPC/15, que traz rol exemplificativo de precedentes vinculantes. Os precedentes de grau médio são aqueles cujo desrespeito pode gerar a correção da decisão por meio não concebido necessariamente para esse fim, como um recurso, por exemplo. Um precedente de fraca obrigatoriedade é aquele que decorre do bom senso, da razão de ser das coisas, do que se deve ter o direito razoável de esperar, enquanto justa expectativa da sociedade, como na hipótese em que um juiz já decidiu a questão, ao surgir nova demanda com questão idêntica ele deve decidir da mesma forma, pois a expectativa que assim decida é legítima.WAMBIER, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno.**Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 278-279.

[497] PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 150.

especial é vinculante para o tribunal e os juízes a ele vinculados (inciso V do art. 927 do CPC/15).

Embora óbvio, destaque-se que o fato de estar inserido num rol exemplificativo não coloca a obrigatoriedade de aplicar o precedente como um dado opcional. A qualificadora de exemplificativo apenas indica que há hipóteses de precedente obrigatório que não estão inseridas no rol. É essa característica que permite a defesa de que, ainda que não tenha sido mencionado no art. 927 do CPC/15, toda decisão produzida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, mesmo que fora do incidente de arguição de inconstitucionalidade, deve ter sua norma de julgamento seguida pelos demais órgãos jurisdicionais.

A organização do Judiciário, dispondo o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo no esquema de competências da função jurisdicional, impõe que nosso sistema não pode conviver de maneira legítima com concepções diversas acerca da constitucionalidade de norma, que atinge seu máximo quando o Supremo define o significado do que está em análise. Denegar obrigatoriedade a esse precedente é fragilizar a legitimidade democrática do Judiciário e menoscabar a fundamentação da decisão como meio de legitimação da decisão e, por conseguinte, do controle judicial de constitucionalidade. [498-499]

Em suma, o incidente de arguição de inconstitucionalidade é um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, [500] de modo que a decisão proferida deve ser seguida pelos órgãos do próprio tribunal (vinculação horizontal obrigatória) e pelos juízos a ele vinculados (vinculação vertical obrigatória). Isso quer dizer que um juiz de direito da comarca de Caruaru está obrigado a seguir o precedente firmado no incidente julgado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão do incidente proferida pelo órgão especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, por sua vez, é precedente meramente persuasivo para o juiz de direito de Maceió-AL.

---

[498] MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 246-247.

[499] É importante destacar que essa posição não é unânime. Há autores que indicam que, mesmo que se trate de rol exemplificativo, ao cuidadosamente mencionar no inciso I as "decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade", o legislador teria considerado mesmo deixar de fora as decisões em controle difuso. Antes mesmo da promulgação do CPC/15, havia defesa de que está inserido numa escala intermediária entre os precedentes vinculantes e os meramente persuasivos, tratando-se de decisão com eficácia impositiva intermediária, aquela que não precisa ser obrigatoriamente seguida, mas que é dotada de efeitos impositivos para além do julgado, com mais força que um precedente persuasivo. MELLO, Patrícia Perrone de Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de janeiro: Renovar, 2008, p. 64-66.

[500] Em sentido semelhante: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 675.

Essa defesa materializa o princípio democrático, uma vez que permite que seja valorizado o diálogo travado durante o processo cognitivo de criar o direito a partir da interpretação e do caso concreto. Também não viola o princípio da legalidade nem a separação dos poderes, uma vez que a criação da norma de julgamento universalizável se dá a partir do exercício da função jurisdicional, tendo o legislador reconhecido a relevância dessa norma para o ordenamento jurídico (art, 927 do CPC, *vg*), devendo ser aplicada para resolver casos semelhantes.[501]

Diante de tudo o que foi exposto é necessário diferenciar a eficácia vinculante do precedente da eficácia subjetiva da decisão, enquanto ato que resolve questão. Em espécie, a eficácia subjetiva da decisão que resolve a questão prejudicial constitucional diz sobre quem é atingido pelo efeito principal da decisão (a certeza jurídica), operando-se dentro do processoe entre as partes do processo (*inter partes*). A eficácia vinculante, por sua vez, diz sobre a extensão subjetiva da decisão enquanto precedente, fazendo com que a razão de decidir seja considerada por todos os órgãos do Judiciário, do tribunal que proferiu aos órgãos que lhes são vinculados.

Uma outra diferença, que diz sobre o aspecto temporal, é que a eficácia vinculante se aplica de maneira prospectiva, vinculando o futuro, de modo que não será legítimo ir de encontro ao posicionamento jurisdicional apenas a partir desse pronunciamento.[502]Diversamente, a certeza jurídica enquanto efeito principal da decisão, *a priori*, vincula retroativamente, retroagindo até a produção do ato sobre o qual se tinha dúvida (ver item 4.3.3).

É importante destacar ainda que, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de ato legislativo, a eficácia vinculante opera nos jurisdicionados uma sensação semelhante à suspensão da execução da lei pelo órgão legislativo (art. 52, X, da CRFB/88). Embora operem sensações semelhantes, os institutos não se confundem nem anulam a relevância um do outro.

A suspensão de execução de ato legislativo, como consequência de decisão definitiva que declara a inconstitucionalidade, incide sobre o plano da eficácia do ato legislativo (ver item 4.3.4.1), impedindo que a lei seja aplicada por qualquer sujeito. A declaração de inconstitucionalidade em precedente obrigatório, por sua vez, não tem o condão de retirar a vigência de ato legislativo. A norma de julgamento deverá ser considerada pelos órgãos

[501]*Cf.* ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 347.
[502]MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Inconstitucionalidade irregularmente declarada por via incidental**. Direito Aplicado II. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 239.

jurisdicionais vinculados ao tribunal que proferiu a decisão, estando impedidos de aplicar a lei declarada inconstitucional. Em paralelo, a suspensão da execução é instituto que tem potencial de incidir apenas sobre o ato legislativo inconstitucional, não podendo ser aplicado em atos normativos de natureza diversa.

Nesse sentido, a eficácia vinculante, mesmo de precedente obrigatório, e o instituto do art. 52, X, da CRFB/88 consubstanciam institutos compatíveis, uma vez que atingem planos e atos diversos. A suspensão da execução de lei atinge diretamente qualquer sujeito que venha a utilizar a norma declarada inconstitucional. A eficácia vinculante se opera no funcionalismo da jurisdição e, a depender da disposição do órgão na escala hierárquica de organização da função jurisdicional, pode servir apenas como tática argumentativa.

Destaque-se que a obrigatoriedade de um precedente não se confunde com o efeito vinculante resguardado para algumas decisões e súmulas pela Constituição. É importante situar o tema a partir da doutrina do *staredecisis*, por se tratar de instituto criado para compatibilizar sistemas de controle de tradição *civil law* com o *staredecisis*, experenciado no sistema jurídico norte-americano e apresentado como fundamento para a realização do controle de constitucionalidade de maneira difusa.

*4.3.5.2.2 A doutrina do staredecisis e o efeito vinculante*

A doutrina do *staredecisisdecisis et non quieta movere* ("mantenha a decisão e não modifique o decidido") representa um comando de coerência aos juízes no sentido de que os precedentes devem ser respeitados. Consubstancia um mecanismo da função jurisdicional anglo-americanaque estabelece vinculação vertical e horizontal às decisões proferidas, [503] permitindo a uniformização da jurisprudência, impondo que o juiz considere esse fator desde o momento da produção da decisão.[504] A imposição de que uma decisão que resolve um caso serve de orientação para outros casos semelhantes perpassa a consideração da organização hierárquica do sistema jurisdicional.[505]

---

[503] "É importante perceber que todas as decisões nos Estados Unidos da América do Norte formam precedentes vinculantes apenas para os tribunais e juízes vinculados hierarquicamente sob a mesma jurisdição, ou seja, juízes e tribunais da mesma estrutura judicial". ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 134.

[504]"An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent [...] has therefore focused on the use of yesterday's precedents in today's decision. But in all equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today's decision as a precedent for tomorrow's decisionmakers. Today is not only yesterday's tomorrow; it is also tomorrow's yesterday". SCHAUER, Frederick. Precedent. In: **Stan-ford Law Review,** v. 30, n. 3, 1987. p. 571-573.

[505]Para Marinoni, o fundamento primevo da vinculação dos magistrados aos precedentes seria a disposição hierárquica do sistema de jurisdição. A defesa de que o juiz cria direito (natureza constitutiva das decisões) não é

Cunhado em sistemas de tradição*common law*, o *staredecisis* foi sendo construído pela prática judiciária e consolidou-se apenas no século XIX,[506] no mesmo período em que a tradição *civil law* vivia a era da codificação. Essa discrepância diz mais sobre a conjuntura (política, social, filosófica e cultural) de cada tradição do que sobre a impossibilidade de convivência dos institutos. Na verdade, a consolidação posterior do *staredecisis* já é um dado que aponta a possibilidade de sua vivência independente do *common law*. Aliás, muitos sistemas de tradição *civil law*, que dispõem a lei como fonte primordial, adotam o *staredecisis*, ainda que num sentido diferente, não sendo um elemento que identifica propriamente a distinção entre as tradições.

Diversos fatores contribuem para que o *staredecisis* norte-americano tenha um tônus diverso no Brasil, o que não impede a afirmação de que aqui há um sistema de precedentes. No *common law*, o *staredecisis* foi criado pela prática judiciária, não pela ciência do Direito. O que o legitima é o fato de ter sido construído e aplicado ao longo dos anos. No Brasil, cujo direito legislado sempre foi encarado como fonte primordial, evidentemente a forma de construir um sistema de precedentes se dá de maneira diferente. [507]

Em sistemas de tradição *civil law*, os precedentes costumam ter um poder meramente persuasivo. No entanto, não faltam exemplos de precedentes dotados de maior rigidez. Em espécie, parcelas da teoria de precedentes obrigatórios foi apresentada como uma solução para sistemas codificados, depois de reconhecida sua limitação para ofertar respostas suficientes. [508]

A codificação trouxe como ressaca o aumento do direito judicial, marcado pelo subjetivismo, abalizando a passagem da razão para a vontade, que cria espaços para o decisionismo. No Brasil, a doutrina dos precedentes foi paulatinamente construída no intuito de reduzir os reflexos do subjetivismo e, também por essa razão, é comum que muitos juízes entendam que aplicar um precedente é fazer subsunção de uma norma abstrata ao caso concreto-posterior, muitas vezes sem considerar o quadro fático em que foi elaborada a decisão do caso-precedente.

---

pressuposto para o *staredecisis* (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 28).

[506] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: RT, 2010, p. 32-33.

[507]Sem aprofundar o ponto da cultura do direito escrito, o número de decisões judiciais produzidas pelo Supremo Tribunal Federal é imensamente maior que o produzido pela *HouseofLords* inglesa e pela Suprema Corte americana. Isso dificulta tremendamente a vivência de um sistema de precedentes.

[508]PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146.

Essa experiência fez com que, no nosso sistema de precedentes, imperasse o objetivismo. [509] A vinculatividade é prevista para algumas espécies no intuito de reduzir o espaço de discricionariedade e, ao mesmo tempo, garantir racionalidade, previsibilidade e igualdade.[510]

O efeito vinculante é instituto que encontra sua origem em sistema de tradição *civil law*. Foi importado pelo Brasil a partir do modelo europeu de controle concentrado, embora não tenha sido elaborado apenas para esse tipo de demanda.Como o modelo de controle europeu foi cunhado em sistemas sob forte influência da tradição *civil law*, aonde inexistia o *staredecisis*, o efeito vinculante tinha o poder de reforçar as decisões do tribunal constitucional em matéria de controle de constitucionalidade, pondo fim à tomada de decisão em contrariedade ao que já foi decidido pela Corte.

Nessa tessitura, é importante destacar que o efeito vinculante não corresponde exatamente à doutrina do *staredecisis*. Esta, apresenta-se como instrumento de coerência interna da prestação jurisdicional, sendo possível que um juízo de piso, *v.g.*, revise um precedente, inclusive porque nem todo precedente é obrigatório no *staredecisis*. Ainda que seja possível afirmar que o Brasil experencia o *staredecisis* eque as decisões judiciais são dotadas de autoridade, não se confunde com o sentido anglo-americano.[511]

No Brasil, o efeito vinculante está previsto no art. 102, §2º (incluído pela EC n. 3/93 e alterado pela EC n. 45/04) e no art. 103-A da CRFB/88 (incluído pela EC n. 45/04). Esse efeito foi imposto para as ações de controle concentrado de constitucionalidade e para a súmula vinculante. Impõe que a decisão vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [512] Eis um

---

[509] "Em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação *reduz-se* à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes - operação que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, nº II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 - e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmulas, jurisprudência,precedente: Uma escalada e seus riscos. In: **Temas de direito processual (nona série)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 300).

[510] ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 370.

[511] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 112.

[512]Para Gilmar Mendes, o efeito vinculante abrange o dispositivo e a fundamentação determinante, assemelhando-se ao que, neste trabalho, é identificado como eficácia transcendente. O autor não diferencia também eficácia vinculante de efeito vinculante. "Tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes". MENDES, Gilmar. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: **Revista Jurídica Virtual**. V. 1, n. 4, ago, 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>. Acesso em 15 nov. 2021.

dos fatores que diferenciam a dimensão da eficácia das decisões proferidas em controle concentrado e em controle difuso. As decisões proferidas em controle abstrato e concentrado podem até produzir uma norma de julgamento que deva ser considerada por todo o aparato jurisdicional. Mas as decisões produzidas em controle difuso, mesmo que pelo Supremo, não possuem efeito vinculante porque se trata de efeito que precisa de previsão na Constituição por vincular órgãos do Executivo, abalizando a separação dos poderes.

Embora também diga sobre a extensão subjetiva da eficácia de decisão proferida, o efeito vinculante vai além da eficácia vinculante e dos precedentes cravados pela obrigatoriedade. Impõe que sujeitos estatais fora do aparato do Judiciário e do processo respeitem e apliquem as razões da decisão proferida. Os precedentes obrigatórios não vinculam a Administração Pública, lhes sendo apenas persuasivo, como são para um particular qualquer. A obrigatoriedade se restringe aos órgãos jurisdicionais.

Acomodados esses diversos elementos que dizem sobre a extensão subjetiva da eficácia do precedente, faz-se premente evidenciar o que significa eficácia transcendente, por ser fator que se põe numa relação complexa com a eficácia da decisão enquanto ato que resolve questão.

*4.3.5.2.3 A eficácia transcendente: a ratio decidendi como limite à extensão objetiva da eficácia vinculante*

O precedente judicial é composto por diversos elementos, tais como o contexto fático, justificação, regra do caso e, em se tratando de decisão colegiada, costuma contar ainda com a presença dos argumentos divergentes. Por óbvio, a aplicação do precedente não consubstancia a sua transposição completa para o caso posterior semelhante.A determinação de qual parte da decisão configura a norma jurídica universalizável perpassa a identificação da regra do julgamento a ser aplicada nos casos posteriores.

Embora seja natural afirmar que a fundamentação da decisão é que é transportada do caso-precedente para o caso-posterior, a fundamentação jurídica colhida na justificação de uma decisão diz sobre o caso particular. As razões, que nela estão dispostas, é que dizem sobre a unidade do direito e elas que consubstanciam a norma de julgamento a ser aplicada no caso sucessivo. Embora ambas (fundamentação e razão) sejam colhidas na justificação do precedente, não são equivalentes.[513]

[513] MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**, ano 40, vol. 245, jul/2015, São Paulo:Thomson Reuters, 2015.

Há muito, o *common law*elabora a distinção existente entre a norma do julgamento e as argumentações que são dispostas na justificação, mas que não constituem a razão da decisão. Isso porque nessa tradição, como é cediço, a decisão judicial nunca foi vista como um ato que diz respeito apenas às partes, interessando aos potenciais jurisdicionados e sendo elementar para a promoção da igualdade através do exercício da função jurisdicional.

Essa norma do julgamento é a *ratiodecidendi*, o que dá corpo à decisão e à sua eficácia enquanto precedente. Ela que vincula enquanto precedente, num grau ou noutro, os órgãos jurisdicionais. E a possibilidade de que essa norma seja transportada para outros casos pressupõe que o precedente possua eficácia transcendente. A eficácia transcendente diz sobre a possibilidade de exportar as razões de decidir de uma decisão para resolver outro litígio semelhante, sendo uma qualificadora que diz sobre a extensão objetiva da eficácia vinculante.

Os conceitos dispostos para *ratiodecidendi* costumam utilizar termos qualificadores sob uma perspectiva relacional entre a decisão e a solução ofertada ao caso concreto, consubstanciando a tese jurídica necessária e suficiente para resolver o caso. Nesse sentido, a razão de decidir seria a tese que foi imprescindível para resolver a questão de maneira suficiente, sendo determinante e essencial. [514]

Com supedâneo na doutrina de MacCormick, Marinoni traz uma crítica aos conceitos que se restringem a apontar a suficiência da tese para resolver o litígio. O autor destaca que há uma diferença entre o caminho obrigatório e o caminho bastante; se é obrigatório, não há como chegar no fim sem passar por ele. O caminho suficiente é o que tem aptidão para encontrar a solução. A fundamentação que configura a *ratiodecidendi*, "além de se mostrar suficiente ao alcance da solução do caso, espelha uma interpretação ou uma solução que o caso especificamente exige".[515]

Por óbvio, a definição de qual solução é exatamente a que o caso exige perpassa um grau de subjetivismo, em que o juiz do caso indica qual a melhor interpretação da norma que, na sua opinião, deve ser a que melhor resolve o caso.

Em sentido antagônico, o *obter dictum* é aquela argumentação contida na justificação da decisão que, embora seja útil à compreensão da decisão, não é parte integrante da regra de

---

[514]"A *ratiodecidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se essencial e determinante e consubstancia o precedente". MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**, ano 40, vol. 245, jul/2015, São Paulo: Thomson Reuters, 2015, p. 344.

[515] MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. In: **Revista de Processo**, vol.264/2017, p. 357-394, fev/2017, São Paulo: Thomson Reuters, p. 6.

julgamento.[516]Consubstancia a parte que não oferece sentido ao direito ou às razões justificadoras da decisão, dizendo respeito às questões que não estão inseridas no elemento que permite o alcance da decisão.[517] Por essa razão, pode até representar um aporte conceitual, mas não constitui o precedente em sentido próprio.[518]

A possibilidade de utilização de argumentos de diversas naturezas impõe que toda decisão deve ser muito bem fundamentada. A necessidade de fundamentar a decisão não se esgota na indicação dos argumentos mais razoáveis na ótica do julgador. É necessário que esgote os argumentos que poderiam influenciar o objeto de debate, inclusive os que foram levantados apenas por uma das partes no processo, atendendo ao art. 489, §1º, do CPC/15.[519]

Não suficiente, deve haver clareza acerca de quais foram os motivos determinantes para proferir a decisão. Em se tratando da decisão que encerra o incidente de arguição de inconstitucionalidade, essa clareza auxiliária o julgamento da causa principal e facilitará sua aplicação como precedente.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já se manifestou no sentido de que os motivos determinantes de uma decisão não vinculam.[520] Com isso, afirma que o ordenamento jurídico brasileiro não adota da teoria da transcendência dos motivos determinantes.[521]

No entanto, diante do exposto sobre a abstrativização do controle difuso (ver item 4.3.1.1), parece adequada a defesa de que é sobre os motivos determinantes do acórdão

---

[516] "Os *obiterdicta*não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedente nas decisões de casos subsequentes vez que não condicionaram a decisão do caso anterior" TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara AntoniaSpadaccini de Teffé. In: **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 6-7. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>. Acesso em 21 de set. 2021.

[517] MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento colegiado e precedente. In: **Revista de Processo**, vol.264/2017, p. 357-394, fev/2017, São Paulo: Thomson Reuters, p. 6.

[518] PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149.

[519]Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[520] A Corte, no entanto, a aplica quando modula efeitos em processos subjetivos ou quando invoca precedentes análogos para solucionar casos de acordo com a orientação firmada nos julgamentos invocados.

[521] Info. 887, STF. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo615.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

produzido no incidente que incide a eficácia vinculante, de modo que os motivos determinantes não se destinam apenas aos sujeitos do processo originário.

A defesa de que os motivos determinantes transcendem os limites do processo, sendo de observância obrigatória, não esvaziaria a necessidade de o Senado atribuir eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade no controle difuso. A resolução do Senado tem o poder de suspender a execução de lei, (i) mas nem todo ato normativo declarado inconstitucional no controle incidental tem natureza legislativa; (ii) a suspensão da execução de lei produz efeitos diferentes da eficácia transcendente. Esta destina-se aos órgãos jurisdicionais, considerando a organização hierárquica, tendo o poder de fazer com que o raciocínio exposto, a partir dos fatos e dos motivos jurídicos determinantes para o caso, seja vinculante para outros casos, inclusive para atos normativos diversos, que tivessem o mesmo teor.

### 4.3.6 Autoridade da coisa julgada e seu regime jurídico

Neste trabalho, a análise da coisa julgada é realizada a partir da diferenciação de seu sentido com a eficácia da decisão, no intuito de compatibilizar os institutos. O estudo se faz necessário porque (i) não é pacífica na doutrina a relação da eficácia da decisão com a coisa julgadae também porque (ii)a dimensão subjetiva da coisa julgada se põe numa complexa relação com os institutos estudados neste capítulo.

A construção doutrinária da coisa julgada perpassa uma discussão que tem como origem a confusão entre eficácia da decisão e a coisa julgada. Essa confusão tem como raiz a identificação da eficácia com a imperatividade decisão. No entanto, eficácia e coisa julgada são atributos independentes, sendo possível que a decisão produza efeitos e não haja coisa julgada. Conforme destaca Barbosa Moreira, isso não impede, no entanto, que o trânsito em julgado demarque o momento de produção de efeitos como regra. É possível estabelecer que uma sentença só produza efeitos quando se tornar imutável, sem que isso implique indicar que eficácia e imutabilidade são a mesma coisa.[522]

Estabelecido que eficácia da decisão e coisa julgada são institutos autônomos, é importante situar a relação entre o efeito principal de uma decisão de conteúdo preponderantemente declaratório, que é a certeza jurídica, e a coisa julgada.A certeza jurídica, enquanto efeito principal da declaração, põe fim a uma dúvida. Essa certeza ganha

[522]BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista de Processo**. Vol. 6, p. 679, out/2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5164729/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf>. Acesso em 26 jul. 2021.

estabilidade a partir de outro fenômeno processual; a coisa julgada. Com a coisa julgada, a certeza jurídica passa a ser definitiva, revestida de autoridade.

A coisa julgada é um efeito jurídicoque decorre do ato jurídico em sentido estrito que é a decisão (ver item 4.2).Sua força é proveniente da eficácia declaratória da sentença, sem que com ela se confunda.É a norma concreta da decisão, enunciando uma situação jurídica que foi submetida à autoridade do Judiciário.

A coisa julgada possui funções negativa e positiva que se destinam à jurisdição. A função negativa impede que a mesma causa seja enfrentada novamente; a função positiva vincula os juízos de eventual demanda posterior ao que já foi decidido anteriormente, considerando a relação jurídica como elemento identificador.A coisa julgada impede que outro juízo decida sobre a mesma coisa ou que desconsidere o que já foi decidido, enquanto a eficácia da decisão, de modo geral, se destina aos jurisdicionados.

Estabelecido como se dá a relação da eficácia da decisão com a coisa julgada, é importante definir alguns elementos conceituais da coisa julgada para, por fim, situar sua dimensão subjetiva frente aos outros institutos estudados.

A coisa julgada é tutelada pela Constituição com o fim de proteger a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), [523] corolário do Estado de Direito. Conceituada por norma infraconstitucional, consubstancia "a decisão judicial de que já não caiba recurso" (art.6º, §3º, LINDB).Na doutrina, seu conceito é controverso. Desde a natureza jurídica do instituto, o estudo da matéria perpassa a análise pormenorizada do contributo de diversos autores, sem atingir consenso algum.[524]

A coisa julgada material é uma autoridade que atinge decisões de mérito e que torna imutável e indiscutível o conteúdo da decisão quando não couber mais recursos (art. 502, CPC/15).[525]Sendo assim, é possível afirmar quetem como elementos nucleares a imutabilidade e a indiscutibilidade. A imutabilidade implica na impossibilidade de alterar a

[523] CABRAL, Antônio do Passo. Coisa Julgada e Preclusão na Tradição Europeia-Continental Clássica. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 56.

[524] A análise da natureza jurídica da coisa julgada perpassa o estudo de teorias materiais e processuais que. As teorias materiais propõem que a coisa julgada constitui direitos, permitindo uma nova configuração ao submetido em juízo. Liga a coisa julgada diretamente ao direito material. As teorias processuais partem do pressuposto de que a coisa julgada deixa a posição substancial submetida intocável. A decisão vinculará porque implica numa norma de julgamento, uma vez que a situação jurídica que se constitui tem natureza estritamente processual. A partir desses elementos surgem diversas vertentes.

[525] Com o CPC/73, a coisa julgada material era a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

decisão, blindando-a de qualquer alteração posterior. A indiscutibilidade é técnica que permite a imunização da decisão, consubstanciando mecanismo preclusivo. [526]

A imutabilidade e aindiscutibilidade gerada pela coisa julgada atingem o dispositivo da sentença, delineando seu limite objetivo, dizendo respeito às partes que litigaram na ação, podendo beneficiar, mas não prejudicar, terceiros, o que delineia os limites subjetivos da coisa julgada (art. 506 do CPC/15). Terceiros seriam atingidos pela eficácia vinculante da decisão, mas não pela coisa julgada.[527]Para além desse regramento geral, que parte da premissa de que a coisa julgada se dá*inter partes*, também é possível que, diante de autorização legal, a coisa julgada seja *erga omnes* ou *ultra partes*, autorizando que terceiros sejam diretamente prejudicados pela coisa julgada.

Em espécie, a decisão em análise neste trabalho é aquela que julga a arguição de inconstitucionalidade, não a que resolve a causa principal, da qual o acórdão do incidente é parte de sua fundamentação.

Nunca houve consenso se a decisão que enfrenta a constitucionalidade de norma faz coisa julgada. [528] Especificamente quanto à decisão em controle difuso, questiona-se se faria coisa julgada ao menos entre as partes do processo, já que o controle difuso é feito de modo incidental. [529]Majoritariamente, construiu-se na doutrina que a inconstitucionalidade

---

[526] CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 90.

[527] TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.68.

[528] Há grandes discussões na doutrina sobre se o acórdão proferido em sede do controle de constitucionalidade abstrato possui a autoridade de coisa julgada, a maioria da doutrina (da parcela que enfrenta a questão) defende que a decisão que declara a inconstitucionalidade reveste-se de coisa julgada material. Diz-se que, diante da declaração de inconstitucionalidade de norma, a coisa julgada impede novo pronunciamento sobre a mesma matéria. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 225. No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos processuais da ADIN e da ADC. In: **Ações Constitucionais**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 525; PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos sistema e efeitos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 232. Inclusive, quando o art. 26 da Lei n. 9.868/99 veda a ação rescisória, parece pressupor e enfrentar que a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei faz coisa julgada. Para a maioria da doutrina, a reafirmação da constitucionalidade, por sua vez, só faria coisa julgada formal. Nesse sentido, BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 225; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Aspectos processuais da ADIN e da ADC. In: **Ações Constitucionais**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 525. Em uma análise crítica, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi concluem que não haveria que se falar em coisa julgada material, tão somente em preclusão final. A defesa da formação de coisa julgada implicaria que o legislador violaria preceito constitucional ("a lei não pode prejudicar a coisa julgada") quando eventualmente editasse lei de conteúdo idêntico ou semelhante (o que é permitido no ordenamento brasileiro). Os autores também defendem que, uma vez extirpado do ordenamento jurídico, o dispositivo não poderia ser objeto de outra ação em razão da impossibilidade jurídica do pedido, não da coisa julgada. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011, p. 196.

[529] José Afonso da Silva já afirmou que, em sede de controle difuso, na hipótese em que haja declaração de inconstitucionalidade, essa declaração transita em julgado com efeito apenas entre as partes do caso concreto. (SILVA, José Afonso da. Um pouco de direito constitucional comparado. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 163-164). Para Celso Bastos, a decisão faz coisa julgada nos limites do caso. (BASTOS, Celso. Controle da

levantada por via incidental não está revestida pela autoridade da coisa julgada porque o enfrentamento de questões prejudiciais não tem aptidão para fazer coisa julgada material. [530]

A decisão que encerra o incidente de arguição de inconstitucionalidade se opera numa conjuntura um pouco mais complexa, pois o mérito do incidente é a (in)constitucionalidade de norma, produzindo-se uma decisão que tem como mérito a análiseda (in)constitucionalidade norma, ainda que se opere em incidente que é extensão de processo subjetivo.

Particularmente, a decisão que encerra o incidente de arguição de inconstitucionalidade faz coisa julgada material, sem que isso viole a imutabilidade relativa que protege a Constituição. A coisa julgada diz sobre a indiscutibilidade e imutabilidade nos limites da questão levada à juízo, sem que isso implique no engessamento da Constituição. Como a análise da (in)compatibilidade da norma perante a Constituição é o mérito do incidente,atrai o regime geral de coisa julgada.

Diante da declaração de inconstitucionalidade produzida no incidente em análise,o efeito prático direto é a invalidação da norma inconstitucional a partir da relação de prejudicialidade. A coisa julgada estabiliza esse cenário, impedindo que o mesmo juízo ou outro enfrente novamente a mesma questão ou que desrespeite o que foi decidido, aplicando a norma declarada inconstitucional.

No que tange à declaração de constitucionalidade, destaque-se que, conforme demonstrado no item 3.2.3 é de competência do juízo da causa principal, integrando a fundamentação da decisão, de modo que não é admitida a instauração do incidente aduzindo a constitucionalidade de norma (item 3.2.4). Outrossim, em sendo concluído o julgamento no incidente proferindo a constitucionalidade da norma, essa decisão também fará coisa julgada, estabilizando-se o que foi decidido. A questão, por sua vez, poderá ser novamente enfrentada diante de novos fatos ou argumentos.

Em todo caso, o controle realizado de modo incidental, ainda que não seja feito pelo pleno ou órgão especial de Tribunal, faz coisa julgada em razão do efeito preclusivo (art. 508 do CPC/15). Mesmo naquelas demandas em que a questão constitucional sequer foi trazida como prejudicial, é protegida pela coisa julgada porque "a definitividade e a estabilidade da decisão judicial são elementos indispensáveis à afirmação da autoridade do Estado". [531]Com

---

constitucionalidade das leis. In: Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 118).

[530] GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas". In: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. V. 25, 29-37. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista25.asp>. Acesso em 27 set. 2021.

[531] MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 18-20, p.52.

isso, quer-se dizer que, mesmo que se trate de julgamento produzido em incidente, a decisão faz coisa julgada, tornando-se imutável e indiscutível. A certeza jurídica que produz faz coisa julgada.

Destaque-se que, mesmo que a defesa de que a decisão do incidente de arguição faz coisa julgada seja contrastada, o debate perde relevância diante de outros elementos da eficácia do acórdão. Conforme já demonstrado, a decisão produzida no incidente de arguição de inconstitucionalidade pode produzir efeitos anexos. Enquanto precedente judicial, é composta por norma de julgamento, razão de decidir (*ratiodecidendi*), que deve ser considerada em casos futuros semelhantes, em razão da eficácia vinculante, pelo tribunal que produziu a decisão e pelos órgãos jurisdicionais a ele vinculados. Esse fator impõe que os jurisdicionados saibam a tendência decisória a ser seguida.

Essa decisão autoriza o ajuizamento de reclamação, a fim de preservar a competência do tribunal ou de garantir a autoridade da decisão. Com o advento do CPC/15, a reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal,competindo ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir (§1º do art. 988).

# 5 CONCLUSÃO

1. O sistema de controle difuso de constitucionalidade é constituído sob a ideia de que todos os juízes têm o dever-poder de, no exercício de sua competência, exarar um juízo acerca da constitucionalidade de norma. Esse sistema de controle foi elaborado com forte influência do direito norte-americano, através da doutrina do *judicial review*, que tinha como premissas a supremacia constitucional, experenciada a partir de um texto escrito e rígido, e a possibilidade de fiscalização dos atos legislativos pelo Judiciário.
2. O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro importou esse modelo norte-americano, mas o incrementou com diversos elementos do modelo de controle europeu. Para além de ter um sistema de controle misto, o Basil imbricou institutos de modelos distintos de países com tradições diferentes. É por causa disso que, no nosso sistema, convivem, *v.g.,* (i) a autorização para que todos os juízes realizem controle de constitucionalidade e (ii) uma norma de contenção do juízo singular, mediante a determinação de que apenas órgão especial ou plenário de tribunal pode declarar inconstitucionalidade (art. 97 da CRFB/88).
3. A segunda metade do século XX permitiu que alguns países em redemocratização potencializassem a força normativa de suas Constituições, reconhecendo a dimensão axiológica do Direito que instrumentaliza sua conexão com a realidade social também através de normas principiológicas. A complexidade de fatores que levou à vivência do Estado Democrático de Direito implementou uma forma também substancial de verificar a validade das normas, a partir da Constituição em sentido material. Esse cenário contribuiu para uma transformação na função jurisdicional e, por conseguinte, no funcionalismo estatal.
4. A jurisdição passa a ter um importante papel na realização do projeto constitucional, reconhecida sua elementaridade, mesmo em países que viveram a supremacia do Parlamento por anos, para a efetivação de direitos e para a realização e defesa do conteúdo da Constituição. O processo constitucional seria o instrumento disponível para impulsionar a jurisdição constitucional. Consubstancia verdadeiro marco do processo democrático e manifestação da concepção garantista da Constituição e do processo.
5. Especialmente, o processo constitucional em que se tutela a supremacia da Constituição pode ser tipificado, em consideração ao tipo de pretensão deduzida, como

processos de índole objetiva e subjetiva, espécies que conformam o sistema constitucional brasileiro. Em espécie, o processo constitucional subjetivo, desenvolve-se quando o pedido se volta para a tutela de interesses do cidadão, de modo que a fiscalização da constitucionalidade se dá de maneira prejudicial à demanda.

6. Enquanto prejudicial, a questão constitucional se apresenta como questão de cuja solução do mérito depende do teor de seu enfrentamento. Acaso oposta em sede de tribunal e em demanda que não seja de competência do plenário, será enfrentada a partir do "incidente de arguição de inconstitucionalidade".
7. O incidente de arguição de inconstitucionalidade é uma técnica processual disposta para que a questão prejudicial constitucional, diante da dúvida sobre a constitucionalidade de normativa que embasa o direito subjetivo que se pretende proteger, seja levada para o órgão competente no tribunal. Tem como pilares fundamentais o acesso à justiça, a ampla defesa, a prejudicialidade da questão constitucional para a causa principal e a colegialidade qualificada. Tem natureza jurídica de procedimento incidental autônomo. Através dele, é resolvida questão prejudicial constitucional por meio de procedimento que permite a elaboração de um juízo denso sobre a (in)constitucionalidade, de modo que a resolução dada consubstancia efetivo julgamento sobre a constitucionalidade de norma.
8. Respeitadas as regras de legitimidade, competência e cabimento, bem como delimitado adequadamente o objeto do incidente, a partir da definição clara da Constituição-paradigma e do ato normativo-paradigmado, o processamento do incidente se inicia pelo juízo de admissibilidade. Uma vez admitido, será devidamente instruído a fim de que seja julgado e produzido acórdão que efetivamente julga da (in)constitucionalidade da norma, de maneira objetiva. Decidido o incidente, o órgão originário, competente para o julgamento da causa principal, receberá o processo, devendo enfrentar o mérito a partir do tônus dado à questão prejudicial. O acórdão do incidente é irrecorrível, salvo por embargos de declaração, e integra a decisão a ser produzida sobre a causa principal, não podendo ser escusada pelo órgão originário.
9. O acórdão que encerra o incidente, enquanto espécie de decisão judicial, é ato jurídico em sentido estrito, caracterizado por ser um ato volitivo e consciente, cuja declaração ou manifestação de vontade é um dado irrelevante para definir a categoria jurídica consequente. Disso se extrai que os efeitos que produz são independentes da vontade que lhes é elementar, de modo que o ordenamento jurídico que os define. Um acórdão,

portanto, é uma espécie de fato jurídico que tem potência para produzir efeitos e esses efeitos não estão no campo de disposição dos sujeitos.

10. Analisar o plano da eficácia de espécie de fato jurídico significa, conforme Barbosa Moreira, identificar a aptidão para produzir efeitos (eficácia em abstrato) ou o conjunto de efeitos produzidos (eficácia em concreto). Estudar o plano da eficácia de uma decisão judicial significa considerar os seus efeitos, que provocam alterações no mundo dos fatos. Os efeitos da decisão dizem respeito ao que a decisão opera na realidade, sendo um elemento extrínseco ao ato jurídico; são autônomos entre si e diferem da eficácia porque esta representa a aptidão (em abstrato) para produzir efeitos, enquanto estes representam a repercussão da decisão em concreto. Nessa linha, é possível afirmar que os efeitos consubstanciam a repercussão da norma jurídica individualizada enquanto conteúdo da decisão
11. Embora com ele não se confunda, a identificação do conteúdo do ato jurídico permite identificar qual o seu efeito principal. Em espécie, o acórdão que encerra o incidente de arguição tem conteúdo preponderantemente declaratório, deflagrando a invalidade de ato normativo, à similitude do que acontece no controle concentrado de constitucionalidade. Em verdade, os modelos de controle se diferenciam apenas quanto à eficácia. Por ter conteúdo declaratório, o efeito principal da decisão do incidente é a certeza jurídica. Esse efeito principal pode ser problematizado a partir de sua extensão objetiva, temporal e subjetiva. Na análise de cada um desses espectros é possível visualizar a distinção e também a aproximação entre a eficácia da decisão no controle difuso e concentrado, diante da teoria da abstrativização do controle difuso, que não se aplica apenas no Supremo Tribunal Federal, mas também nos demais tribunais.
12. A extensão objetiva da certeza jurídica recai sobre o juízo feito acerca da norma cuja constitucionalidade foi perquirida, sanando a dúvida sobre sua validade, no limite em que prejudica o enfrentamento do mérito do processo original.
13. A extensão temporal se dá, via de regra, de maneira retroativa, uma vez que se trata de ato de conteúdo declaratório. Uma decisão que declara a invalidade de ato, deflagra a sua nulidade e como, *a priori*, um ato nulo não produz efeitos, a certeza encontrada precisa possuir eficácia retroativa,retroagindo até o momento em que ato inconstitucional começou a produzir efeitos, ou seja, a partir da vigência da norma. Outrossim, embora a regra seja que um fato jurídico inválido não produz efeitos, é

possível que, eventualmente, os produza, sendo admitida a modulação da extensão temporal da eficácia, em homenagem à segurança jurídica.

14. No que tange à extensão subjetiva, enquanto decisão que resolve uma questão num processo, o acórdão produz certeza jurídica intraprocessual, atingindo apenas as partes envolvidas e naquele processo. Segue sendo prerrogativa do modelo de controle concentrado a produção de decisões com eficácia *erga omnes*. Essa regra, no entanto, convive com a possibilidade de que outros institutos incidam sobre outros elementos perpendiculares ou partes da decisão, expandindo a eficácia da declaração de (in)constitucionalidade.
15. No que tange aos atos normativos de natureza legal, a suspensão da execução de norma pelo Legislativo (Senado, na instância federal; Assembleia Legislativa, na instância estadual), através de resolução, depois da declaração definitiva de inconstitucionalidade (art. 52, X, da CRFB/88), é um mecanismo que incide sobre o plano da eficácia do ato legislativo e tem o condão de atingir qualquer sujeito, inclusive a partes nas suas relações extraprocessuais.
16. Paralelo a esse fato, a decisão produzida no incidente de arguição de inconstitucionalidade pode produzir efeitos anexos. Enquanto precedente judicial, é composta por norma de julgamento, razão de decidir (*ratiodecidendi*), que deve ser considerada em casos futuros semelhantes, em razão da eficácia vinculante, pelo tribunal que produziu a decisão e pelos órgãos jurisdicionais a ele vinculados. Nesse espeque, ao avaliar o grau de vinculabilidade, foi constatado que a decisão no incidente de arguição de inconstitucionalidade consubstancia precedente obrigatório (art. 927, V, do CPC/15), estando inserido no microssistema de precedentes obrigatórios.
17. Em suma, a extensão subjetiva da eficácia da decisão que enfrenta questão se dirige às partes do processo e no âmbito do processo. O instituto da suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva incide sobre o ato legislativo, preenchidos os requisitos (declarada a inconstitucionalidade pelo TJ ou STF por decisão definitiva) se destina a todos os sujeitos que a lei era aplicada. A eficácia da decisão enquanto precedente se destina aos órgãos jurisdicionais, considerando a organização hierárquica. A eficácia vinculante diz sobre a dimensão da eficácia subjetiva das decisões enquanto precedente; a eficácia transcendente diz sobre a dimensão objetiva da decisão enquanto precedente; o efeito vinculante incide em hipóteses indicadas na Constituição e tem como destinatários o Judiciário e os órgãos

da Administração Pública. A coisa julgada, por sua vez, não se confunde com a eficácia da decisão e é instituto que limita os órgãos jurisdicionais, em sentido positivo e negativo, quando diante de demanda com o mesmo objeto.

# REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. Tradução de Eduardo Ribeiro Moreira. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, vol.9, jan/mar, pp.71-95, 2009.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de laConstitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la democracia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Norma Jurídica como expressão simbólica. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 3, n. 2., p. 257-288, 2017.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los TribunalesConstitucionales de sudamérica a principiosdelsiglo XXI. In: **Ius et Praxis**, 2003, v. 9, n. 2, p. 59-131. ISSN 0718-0012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000200003>. Acesso em: 10 mai. 2021.

ALENCASTRO, Emiliane. DANTAS, Francisco Ivo. Os fundamentos da interpretação conforme a Constituição: crônica de uma morte anunciada na jurisdição constitucional. In: **Constitucionalismo Democrático e Justiça Constitucional**. Curitiba: BrazilPublishing, 2021.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação ao Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **A ordem pública no direito processual civil.** Tese de doutorado. Orientador: Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p.22. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1900033/mod_resource/content/1/Aprigliano%20-%20Ordem%20p%C3%BAblica%20-%20vers%C3%A3o%20completa.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Ed. RT, 1977.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro.** Parte Geral: institutos fundamentais. Volume II. Tomo 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. In: **Revista Eletrônica TRT3**, n. 55-56, pp. 56-68. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/jose_baracho.pdf>. Acesso em 13 mai. 2021.

_____. Teoria geral da Justiça Constitucional. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano XXII, n. 4, 2004. Disponível em: <https://periodicos-des.cecom.ufmg.br>. Acesso em 04 mai. 2021.

_____. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 90, 2004, pp. 69-169. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4>. Acesso em 20 mai. 2021.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis. In: **Doutrinas Essenciais**.Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista de Processo**. Vol. 6, p. 679, out/2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5164729/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf>. Acesso em 26 jul. 2021.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: **Temas de direito processual** - quarta série. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

_____. **Inconstitucionalidade irregularmente declarada por via incidental**. Direito Aplicado II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____.**O novo processo civil brasileiro**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____**. Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. Sentença executiva? In: **Revista de processo**, vol. 114/2004, p. 147-162, mar-abr, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4527509/mod_resource/content/1/BARBOSA%20MOREIRA%2C%20Jos%C3%A9%20Carlos.%20Senten%C3%A7a%20executiva%3F.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

_____. Súmulas, jurisprudência, precedente: Uma escalada e seus riscos. In: **Temas de direito processual (nona série)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Rui. Discurso de posse de Rui Barbosa, como presidente, no Instituto dos Advogados, em 19 de novembro de 1914. História da ordem dos Advogados do Brasil. Vol 3. Brasília: OAB-ed., 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. O Senado e o controle de constitucionalidade. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 1. São Paulo, ESDC, Método, p. 163-180, jan-jun, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BELAUNDE, Domingo García. **DerechoProcesal Constitucional**. Bogotá: Temis, 2001.

_____. Dos cuestiones disputadas sobre elDerechoprocesal constitucional. In: **Revista Iberoamericana de DerechoProcesal Constitucional**. México: Porrúa, 2007.

BELTRÁN, Isaac. La codificaciónenel contexto de laconsolidacióndel Estado moderno. In: **Revista de Derecho Privado**, n. 8, p. 17-27, 2005.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, G. A. **Curso de Filosofia do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BITTAR, Eduardo. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos. In: **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2010.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O caminho para um federalismo das regiões. In: **Inf. Leg. Brasília**, ano 17, n. 65, jan/mar, pp. 115-126, 1980.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei. In: **Revista Direito Público**, v. 2, n. 8, abr./jun., p. 154-162, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R. **La Justicia Constitucional como garantía de la Constitución**. 4ª ed. Caracas: Fundación de Derecho Público Editorial Jurídica venezolana, 2016.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. In: **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

BRYCE, James. **Constitucionesflexibles y constituciones rígidas**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: EJEA, 1964.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. "Juicio de Amparo" e Mandado de Segurança (contrastes e confrontos). In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 56, p. 172-231. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66387>. Acesso em 24 set. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, vol. 126, p. 59, Ago / 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio AntonioFrabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____. **La jurisdicción constitucional de lalibertad**. Tradução por Héctor Fix-Zamudio. México, UNAM, 1961.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. **Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle**. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1981_num_33_2_3285>. Acesso em: 08 jun. 2021.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, nº 65, jan./mar. 1992.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão da legitimidade da Justiça Constitucional. Tradução Fernando Sá. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 99, n. 366, p. 127-150, mar./ abr. 2003. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892/40768. Acesso em: 17 mai. 2021.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do contrôle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tomo II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

COSSIO, Carlos. **La teoria egologicadelderecho y el concepto jurídico de libertad**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos delDerechoProcesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1977.

_____. **Lasgarantíasconstitucionalesdelproceso civil**. Estudios de derechoprocesal civil. T. 1. Buenos Aires: Depalma, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. In: **Revista Inf. Legislativa**, Brasília, 25, n. 99, jul/set, 1988, pp. 69-90. Visualizado em:https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181860/000439755.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 22 mai. 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Precedentes judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a desistência da ação. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 120, 2005.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo:** Direito Processual Constitucional**.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: R**evista dos Tribunais.** São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DICEY, Albert Venn. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 8ª ed. Londres: 1915. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf. Acesso em 27 mai. 2021.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. Salvador, JusPodivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil. **Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Temas delordenamientoprocesal**. Madrid: Tecnos, 1969.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Lande Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Trad. Pilar Allegue. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estado do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Luiz Pinto. Princípio da supremacia da constituição e controle de constitucionalidade das leis. In: **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución y proceso civil em Latinoamérica.** México: UNAM, 1974.

_____. **Introducción al estudio de la defensa de laConstituciónenelordenamiento mexicano**. 2ª ed. México: UNAM, 1998.

_____. **La garantia jurisdiccional de laConstitución Mexicana**. Ensayo de una estructuraciónprocesaldel amparo. México: UNAM, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IMDPC, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Hermenêutica e supremacia constitucional: elprincipio de lainterpretación conforme laconstitución de todo el ordenamento. In: **Direito Constitucional**. Vol I. Teoria Geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1981.

GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da Lei 9.868/1999. In: **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GÓMEZ, Cipriano. La teoria general delproceso y elderechoprocesal constitucional. In: **DerechoProcesal Constitucional**. Tomo I. México: Ed. Porruá, 2006.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Introducción al derechoprocesal constitucional**. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ed. QuartierLatin do Brasil, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a intepretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia - entre facticidade e validade**. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist**. Cambridge: Hackett Publishing Company Inc., 2005.

HARTMANN, Guilherme Kronemberg. O processo enquanto instrumento para controle de constitucionalidade. In**: Processo Constituciona**l. Org.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HAURIOU, Maurice. **Principes de Droit Public**. 12ª ed. Paris: LibrairieRecueilSirey, 1916.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOERSTER, Norbert. **En defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000.

JELLINEK, George. **La DéclarationdesDroits de L'Homme et duCitoyen. Contribution a l'HistoireduDroitConstitutionnelModerne**. Trad. Georges S Fardis. Paris: Albert Fontemoing, 1902.

_____. **Mutación de laConstitución.** Trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Forster. Onati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

_____. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de Los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JONES, Harry W. Our uncommon common law. In **Tennessee Law Review.**Vol 42, Spring, N. 3, p. 443-463, 1975. Disponível em: https://law.hofstra.edu/currentstudents/academics/academicresources/readingassignmentsandsyllabi/2018-19/fall/firstyear/civilprocedure/sample/supplemental-readings.pdf. Acesso em 04 mai. 2021.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Tradução por Jean François Cleaver. In: **Direito Público**, Doutrina Estrangeira, p. 90-130, n. 1, jul-ago-set/2003. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br › article. Acesso em 10 mai. 2021.

_____. **Jurisdição constitucional.** Revisão Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, p. 255-275, jul./dez. – 2003. Disponível em: http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50. Acesso em 06 mai. 2021.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: La Salle, 1953.

LANDA, César. Autonomíaprocesaldel Tribunal Constitucional. In: **Aspectos delderechoprocesal constitucional**. Lima: IDEMSA, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stonner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36 n. 141 jan./mar., p. 99-109, 1999. Disponível em: http://www.olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf Acesso em: 22 jun. 2021.

_____. O controle de constitucionalidade das leis e o direito adquirido. In: **Rev. Info. Leg**., Brasília, v. 27, a. 106, abr/jun, 1990.

LOCKE, John. **SecondTreatiseofgovernment**. Disponível em: https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf Acesso em: 17 mai. 2021.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, pp. 37-44. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/172/ril_v43_n172_p37.pdf. Acesso em 07 mai. 2021.

MAIOR, Silvério Souto. Fundamentos para uma nova teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Dissertação de mestrado. In: **Faculdade de Direito de Recife**, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2019.

_____. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiro e precedentes obrigatórios. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, set-dez, 2018. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2020/06/coisajulgada.pdf>. Acesso em 14 nov. 2021.

_____. Julgamento colegiado e precedente. In: **Revista de Processo**, vol.264/2017, p. 357-394, fev/2017, São Paulo: Thomson Reuters, 2017.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** O novo regime das relações contratuais. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTÍNEZ, Fernando Rey. Una relectura der Dr. Bonham's case y de laaportación de Sir Edward Coke a lacreación de la judicial review. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo ZaldivarLelo de Larrea (orgs.). **La cienciadelderechoprocesal constitucional**. Estudiosenhomenaje a Héctor Fix-Zamudio. Mexico: Marcial Pons, 2008

MATTEUCCI, Nicola. **Organizacióndel poder y libertad**. Historiadel constitucionalismo moderno. Trad. F. J. Ansuatégui Roig y M. Martinez Meira. Madrid: Trotta, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Existência.São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Eficácia.São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Patrícia Perrone de Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** Estudos de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Executivo e legislativo no controle de constitucionalidade. In: **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. Vol. V. Defesa da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: **Revista Jurídica Virtual**. V. 1, n. 4, ago, 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>. Acesso em 15 nov. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 162, abr-jun, 2004.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do amicus curiae nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. In: **Direito Público**, Brasília, n. 17, p. 36-37, jul./set. 2007.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Fiscalização da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil.** Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**, ano 40, vol. 245, jul/2015, São Paulo: Thomson Reuters, 2015.

MONTESQUIEU. **De l'espritdeslois**. Paris: Flammarion, 2008.

MOORE, Blaine Free. **The Supreme Court and unconstitutional legislation**. New York: AMS Press, 1913.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 6º ed., São Paulo: RT, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1996.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Marcelo. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 21, n. 84, out/dez, 1984. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181581/000414206.pdf?sequence=3&isAllowed=yAcesso em: 18 jun. 2021.

_____. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PELAYO, Manuel García. **Estado legal y Estado constitucional de Derecho**. Madrid: CEC, 1991.

PENCO, Ángel Acedo. El orden público actual como límite a la autonomia privada de lavoluntadenladoctrina y lajurisprudencia. In: **Anuario de laFaculdad de Derecho. Universidad de Extremadura**, n. 14-15, p. 323-392, 1996-1997.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Fundamentos atuais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Empr. Publi. Técnicas, 1932.

_____.**Tratado das ações**. Vol. I- II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I-V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964-1983.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Arts. 444 a 475. Tomo V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Columbia University Press, 1993.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Clarendon Press, 1979.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A justiça constitucional em sociedade democrática. In: **Julgar**, n. 34, 2018, Almedina, pp. 101-109. Disponível em http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/01/JULGAR-34-05-JSR.pdf. Acesso em 10 mai. de 2021.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral.** Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

ROQUE, NathaliCampitelli. Tutela declaratória. In: **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. Tomo 3. Processo civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/tutela-declaratoria_5b1ebd6dd4862.pdf Acesso em: 18 jul. 2021.

ROSA, André Vicente Pires. **Lasomisiones legislativas y sucontrol constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.

SCHAUER, Frederick. Precedent. In: **Stan-ford Law Review,** v. 30, n. 3, 1987. Disponível em: http://www.nonpublication.com/schauer.html. Acesso em 15 nov. 2021.

SCHMITT, Carl. **La defensa de laConstitución**. Tradução Manuel Sanchez Sarto. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SEGADO, Francisco Fernández. L**a justicia constitucional ante elsiglo XXI**: laprogresivaconvergencia de lossistemas americano y europeo-kelseniano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano.** São Paulo: Ed. Landy, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa** (Qu'est-ce que leTiersÉtat?*).* Trad. Norma Azevedo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

_____. **Qu'est-ce que le Tiers-État?** Paris: Éditions du Boucher, 2002. Disponível em: <http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2021.

_____. **Observaciones sobre el informe del comité de constitución acerca de lanuevaorganización de Francia**. Introdução, estudo preliminar e compliação: David Pantoja Morán. Fondo de Cultura Económica: México, 1993.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado. O que é a "common law", em particular, a dos EUA. In: **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, Universidade de São Paulo, 92, 1997, pp. 163-198. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/. Acesso em 21 mai. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p.257-301, mai/ago., 2003.

_____; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. In: **R. Opin. Jur**., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara AntoniaSpadaccini de Teffé. In: **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>. Acesso em 21 de set. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 168, 2009.

THAYER, James Bradley. The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. In: **Harvard Law Review**, Oct. 25, 1893, Vol. 7, No. 3, pp. 129-156, Oct. 25, 1893. Disponívelem: https://www.jstor.org/stable/pdf/1322284.pdf?refreqid=excelsior%3A18382ba7c89f4cd3349db62afb04802f. Acesso em 10 mai. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VAREJÃO, Marcela. A ordem pública brasileira: entre positivismos e liberalismos, atualidade da Escola do Recife e de Sílvio Romero. In: **Prima Facie**, v. 3, n. 5, p. 173–193, 2010. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4496/3386. Acesso em: 06 jun. 2021.

VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. Trad. Ivone Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLFE, Christopher. **Judicial Activism**. Bulwark of Freedom or precarious security? Disponível em: http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf Acesso em: 10 jul. 2021.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas: 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo**. El derecho dúctil**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial. In: **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr%20-%20formatado.pdf Acesso em: 14 jul. 2021.

_____. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2001.