

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE: FUNDAMENTOS DO ARRANJO INSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Eduardo Abílio Kerber Diniz<sup>1</sup>*

*Alan Almeida do Amaral<sup>2</sup>*

**Resumo:** Este trabalho analisa, mediante revisão de bibliografia, os antecedentes históricos e os pressupostos teóricos do controle jurisdicional de constitucionalidade, que compõem os fundamentos do arranjo institucional brasileiro. Assim, propõe uma leitura atenciosa, sem pretensão exaustiva, do *Bonham's case*, de *Marbury v. Madison* e do sistema kelseniano. Perpassa por especificidades dos sistemas difuso e concentrado para, didaticamente, distingui-los. Após, enuncia pressupostos teóricos da matéria, quais sejam: a constituição escrita, sua força normativa, a rigidez e supremacia constitucionais, a legitimidade democrática e a dificuldade contramajoritária e, por fim, a cultura e o sentimento constitucional. Apresenta o eixo central do debate entre o constitucionalismo popular e a teoria dos diálogos institucionais. Conclui que não há um “tipo ideal” de pressupostos teóricos, sem olvidar que busca ofertar instrumentos para comunicações mais didáticas. Objetiva servir como contributo parcial ao rompimento do paradigma da complexidade demasiada do controle de constitucionalidade e estimular maiores investigações e estudos acadêmicos sobre o tema.

**Palavras-chaves:** Controle judicial de constitucionalidade, pressupostos, supremacia.

### 1 INTRODUÇÃO

Não raro, no ambiente acadêmico, afirma-se que o modelo brasileiro de controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos decorre da rigidez e da supremacia constitucionais. Esta afirmação, embora não seja incorreta, padece de patente incompletude.

As lacunas que ensejam esse esvaziamento teórico, em análise preliminar, podem gerar a falsa compreensão de que o controle de constitucionalidade é excessivamente complexo.

Não que inexista complexidade na matéria. De fato, há. Entretanto, ela repousa mais fortemente na sua essência. Logo, uma digestão adequada de seus fundamentos é imprescindível a uma análise escorreita desse sistema processual de tutela da Constituição e à desmistificação de

---

<sup>1</sup> Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de SP. Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário de Brasília. Professor Universitário. Universidade Federal de Rondônia. E-mail: eduardo.diniz@unir.br.

<sup>2</sup> Graduando em Direito. Universidade Federal de Rondônia. E-mail: alanalmeidadoamaral@gmail.com.br.

suas demais engrenagens.

O objetivo deste trabalho é analisar o controle jurisdicional de constitucionalidade, preocupando-se, especificamente, com uma leitura atenciosa dos antecedentes do modelo brasileiro, sem pretensão exaustiva, e com o estabelecimento de pressupostos teóricos gerais de justificação da matéria, residentes na teoria e história constitucionais e na sociologia, mediante método dedutivo, com abordagem histórica e com amparo em revisão de literatura.

## 2 A PENUMBROSA GÊNESE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS INSPIRAÇÕES DO ARRANJO INSTITUCIONAL BRASILEIRO

Cunha Jr. leciona que a noção de Constituição é antiga<sup>3</sup>. No mesmo sentido, Lassalle:

Uma Constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos [...] boa ou má, estruturada de uma forma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição *real* e *efetiva*, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam fatores reais do poder, quaisquer que sejam eles<sup>4</sup>.

Colaciona-se o excerto para advertir que a origem do controle jurisdicional de constitucionalidade não se confunde com o surgimento das constituições. Ademais, o argumento de sua indispensabilidade à tutela da supremacia constitucional não procede.

O controle judicial de constitucionalidade volta-se à tutela da supremacia constitucional. Ao ensejo, Villalon apud Cunha Júnior, em tradução livre, o define como “o modo pelo qual um ordenamento reage diante da existência de normas contrárias à Constituição, bem como a garantia jurisdicional de primazia da Constituição sobre o restante do ordenamento”<sup>5</sup>.

Imperioso considerar que a “inconstitucionalidade” não se resume a um vício. Bulos<sup>6</sup> orienta que ela é um juízo de valor, sendo o vício apenas o efeito proporcionado, ou seja, a desconformidade da lei ou ato normativo com a Constituição.

Fato é que o controle judicial de constitucionalidade é apenas um dentre diversos mecanismos de afirmação supremacia constitucional. Em decorrência disso, “é possível afirmar-se numa ordem jurídica a superioridade da Constituição em face da legislação, mas, ainda assim, não se acolher a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade”<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

<sup>4</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000. p. 25.

<sup>5</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>6</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>7</sup> SOUZA NETO, Cristiano Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 32.

Em cenários como esse, utilizar-se-iam “outros meios para assegurar a prevalência da Lei Maior, como a separação dos poderes ou a força da opinião pública”<sup>8</sup>.

Citando Dieter Grimm, Souza Neto e Sarmento ponderam que:

A questão de se um país deve adotar ou não o controle judicial de constitucionalidade não é de princípios, mas sim pragmática. Tal escolha requer um juízo de custo e benefício. A resposta pode variar de acordo com o tempo e as circunstâncias; cada país tem que achar a sua própria solução<sup>9</sup>.

Por isso, infere-se que o controle jurisdicional de constitucionalidade “não é uma consequência lógica inexorável da atribuição de supremacia à Constituição”, tratando-se de “uma escolha sobre o desenho institucional do Estado, que deve ser feita tomando em conta uma comparação entre riscos e vantagens”<sup>10</sup>.

Também há certa imprecisão sobre a gênese do controle de constitucionalidade, bem como autores que enfrentam essa dificuldade. Dentre eles, Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que, entre os séculos V e IV a.C., a *graphe paranomon* ensejava a invalidação de leis contrárias ao Direito:

[...] o Direito [...] era concebido como algo transcendente às leis editadas pelo governante [...]. Mais do que isto, superior a tais leis. [...] Significativa a respeito desta concepção [...] era a ação de “ilegalidade” – a *graphe paranomon* – instituto do direito ateniense do período áureo, o da democracia. Consistia numa ação judicial, a ser apreciada pelo tribunal dos heliastas, na qual se pleiteava a anulação da lei editada pela Assembleia dos cidadãos [...]<sup>11</sup>.

Cappelletti<sup>12</sup> reforça que, à época, distinguia-se *nomói* de *pséfisma*. Cunha Jr., esclarecendo os termos, alude que os *nomói* possuiriam carga constitucional por disporem sobre a organização estatal e demandarem procedimentos agravados para sua alteração. Os *pséfisma* seriam as leis ordinárias, que deviam “conformar-se, formal e materialmente, com os *nomói*”<sup>13</sup>.

Logo, embora os juízes atenienses devessem “julgar segundo os *nomói* e segundo o *pséfisma*, não eram, contudo, obrigados a julgar segundo o *pséfisma*, quando este fosse contrário aos *nomói*”<sup>14</sup>. Portanto:

---

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem, p. 32-33.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 06.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. - trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

<sup>13</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>14</sup> Idem.

[...] era princípio fundamental aquele segundo o qual o decreto, qualquer que fosse o seu conteúdo, devia ser legal, seja na forma, seja na substância. Isto é, ele devia [...] ser constitucional [...] não podia estar em contraste com os *nómoi* vigentes<sup>15</sup>.

Ainda que diante desses esforços doutrinários, não é possível estabelecer, precisamente, o termo inicial do controle judicial de constitucionalidade, embora os estudos apontados relatem um dos primeiros momentos históricos de que se tem notícia, prevalecendo, nos manuais e trabalhos acadêmicos, pesquisas sobre origens formais menos antigas.

Nessa senda, Abboud e Oliveira<sup>16</sup> reconstruíram a origem do controle judicial de constitucionalidade – modelo difuso – com arrimo em dois desses marcos históricos mais recentes: o *Royal College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham case*, na Inglaterra, e o caso *William Marbury v. James Madison*, nos Estados Unidos, sendo certo que o sistema concentrado também compõe o modelo brasileiro, configurando um sistema misto.

## 2.1 Dr. Bonham's Case

Abboud, com amparo em Matteucci, afirma que “controle de constitucionalidade tem sua origem no processo Bonham”<sup>17</sup> contra o Colégio de Médicos de Londres. Este, mediante o *Act of Parliament* de 1540, recebeu a atribuição de admitir e expulsar sócios e sancionar com prisão e/ou multa infratores que praticassem a medicina sem sua licença ou a exercessem erroneamente<sup>18</sup>.

Em 1605, Bonham, formado pela Universidade de Cambridge, solicitou ao Colégio o direito de administrar medicamentos. Seu pedido foi negado, o que não obstou que ele clinicasse, mesmo sem autorização.

Diante disso, no ano seguinte, Bonham foi chamado pelo *Royal College of Physicians* (Colégio de Médicos) a esclarecer os fatos, “ocasião em que foi multado em razão da prática irregular”<sup>19</sup> e “proibido de exercer a medicina, sob pena de prisão”<sup>20</sup>. Entretanto, permaneceu

<sup>15</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Op. Cit.*

<sup>16</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Processo*, v. 229, 03/2014, p. 433.

<sup>17</sup> ABOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, 05/2011, p. 61.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> FERREIRA VICTOR, Sérgio Antônio. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 30.

<sup>20</sup> FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; MELO, José Guilherme Amorim de. *Dr. Bonham case e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://silo.tips/download/dr-bonham-case-e-o-controle-de-constitucionalidade-dr-bonham-case-and-the-consti>>. Acesso em: 31/07/2020, às 19:17.

clanicando e, em repreensão a sua prática, foi preso por determinação do Colégio<sup>21</sup>.

Uma semana depois, obtive a concessão de ordem em um *habeas corpus* no Tribunal *Common Pleas*, presidido Edward Coke. Inconformado, o Colégio resolveu rediscutir o tema no *Kings Bench* que, em fevereiro de 1609, multou Bonham, “por prática ilícita de medicina”, ao pagamento de sessenta libras. Mas, “por não ter essa quantia, foi decretada sua prisão”<sup>22</sup>.

No ano seguinte, Bonham submeteu o caso, novamente, à apreciação da *Court of the Common Pleas*. Em sua defesa, o Colégio alegou que, por lei, era autorizado a “gerir o controle sobre a prática da medicina em Londres, além de impor multas e prisões”<sup>23</sup>.

Por maioria de três votos a dois, a tese vencedora favoreceu Bonham, “em virtude da sofisticada decisão proferida por Edward Coke”<sup>24</sup>.

Coke reconheceu que o *Royal College* teria recebido metade dos valores coletados pela imposição de penalidades, “colocando o Dr. Bonham em julgamento e aplicando sobre ele uma multa” e, por isso, estaria “de fato agindo como juiz em causa própria”<sup>25</sup>.

Para ele, quando um ato do parlamento contrariasse o direito e a razão comuns, a *common law*, além de controlá-lo, o nulificaria<sup>26</sup>.

Desse modo, na Inglaterra, inaugurou-se o controle judicial de constitucionalidade, tendo Coke defendido a nulidade da lei que atribuía ao Colégio “a faculdade de aplicar multas em seu próprio benefício”<sup>27</sup>.

Embora esta tese tenha sido superada na Inglaterra, por ocasião da Revolução Gloriosa de 1688 e a afirmação da supremacia do parlamento – razão pela qual, naquele país, não se adota um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade – ela inspirou a *judicial review* norte-americana.

Dessarte, “paradoxalmente, a supremacia do parlamento na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada supremacia dos juízes, nos Estados Unidos da América!”<sup>28</sup>, cenário que, agora, passa-se a investigar.

---

<sup>21</sup> FERREIRA VICTOR, Sérgio Antônio. *Op. Cit.* p. 30.

<sup>22</sup> ABBoud, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*

<sup>23</sup> FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; MELO, José Guilherme Amorim de. *Op. Cit.*

<sup>24</sup> ABBoud, Georges. *Op. Cit.*

<sup>25</sup> Helmholtz apud PRESGrave, Ana Beatriz Ferreira Rebello. *A vinculação nas decisões de controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal*. Recife: UFPB, 2013, p. 34.

<sup>26</sup> BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Garantia de direitos e separação dos Poderes*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2012, p. 108.

<sup>27</sup> RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *A motivação das decisões judiciais em um Estado de Direito: necessária proteção da segurança jurídica*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2013, p. 24.

<sup>28</sup> CAPPELLETI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 58.

## 2.2 Marbury v. Madison

A disputa emblemática entre William Marbury e James Madison é o *leading case* norte-americano da *judicial review* que reconheceu a supremacia da Constituição e uma garantia fundamental: o direito ao controle de constitucionalidade.

Antes de apresentar os contornos jurídicos da discussão, há considerações históricas, afetas ao momento político então vivenciado, que não podem ser ocultadas.

O período que antecedeu a eleição de Thomas Jefferson, em 1800, foi fervoroso<sup>29</sup>. Ao cabo da corrida eleitoral daquele ano, o federalista John Adams não foi reeleito.

Na ânsia de manutenção de poder no governo de Jefferson – democrata-republicano – os federalistas promoveram diversas reformas nos meses finais de Adams na presidência, interessando à discussão as que criaram novas cortes distritais e ampliaram o número de tribunais federais, com a conseqüente abertura de novos cargos para juízes.

Aprovadas pelo Congresso, as reformas também conferiam a Adams “o poder de nomear juízes federais e juízes de paz, além de reduzir o número de juízes da Suprema Corte de seis para cinco, retirando a possibilidade de nomeação de um novo juiz por parte do novo presidente”<sup>30</sup>.

Essa política, denominada *Circuit Courts Act*<sup>31</sup> ou *Midnight Judges Act*<sup>32</sup>, “teve um claro intuito de preservar a influência do partido federalista nos estados, através da ocupação de cargos estratégicos do Poder Judiciário”<sup>33</sup>.

Nesse toada, confeccionou-se o ato que designava William Marbury como juiz de paz no Distrito de Columbia, Condado de Washington<sup>34</sup>. Mas, no exíguo prazo para sua efetivação, o secretário de Adams, John Marshall, “não conseguiu emitir o diploma de nomeação”<sup>35</sup>.

Com o fim do mandato de Adams e a respectiva sucessão presidencial:

Jefferson recusou-se a comissionar Marbury no cargo de juiz de paz para o qual havia sido devidamente indicado pelo presidente anterior e aprovado pelo Senado. Marbury dirigiu uma petição formal ao novo Secretário de Estado (James Madison) requerendo que este o empossasse no cargo<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> FLAUBERT, Elton. *Republicanos e Democratas: uma breve história*. Disponível em: <<https://www.revistaamalgama.com.br/02/2016/partidos-republicano-democrata-historia/>>. Acesso em: 31/07/2020, às 00:06.

<sup>30</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*

<sup>31</sup> SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundação da supremacia judicial. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 05, n. 03, set-dez/2018.

<sup>32</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>35</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*

<sup>36</sup> FERREIRA VICTOR, Sérgio Antônio. *Op. Cit.*, p. 64.

Porém, Madison recusou o pedido. Inconformado, em 1801, Marbury impetrou uma ação – *writ of mandamus* – na Suprema Corte, objetivando que o judiciário ordenasse Madison a empossá-lo<sup>37</sup>.

O caso foi analisado apenas em fevereiro de 1803.

Frise-se que Marshall não apenas auxiliou a presidência no *Midnight Judges Act*<sup>38</sup>, como também se valeu “do ‘testamento político’ deixado por Adams”<sup>39</sup>, que o indicou como juiz à Suprema Corte.

Nesse ambiente, Marshall – presidente da corte – tinha interesse no caso, tanto pelos benefícios que obteve do *Midnight Judges Act* quanto pelas ameaças de impeachment que cercavam os juízes federalistas<sup>40</sup>. Logo, Marshall:

[...] sabia muito bem que a Suprema Corte não estava em condições de desafiar a autoridade de um Presidente da República recém eleito, que contava com ampla maioria no Congresso e cujo mandato foi conquistado com o objetivo de reformar o legado federalista<sup>41</sup>.

De todo modo, não se olvida que Marshall “lia Coke”<sup>42</sup>, bem ainda que sua decisão tornou-se célebre, porque afirmou a supremacia constitucional em relação às demais leis e atos normativos e reconheceu o “poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição”<sup>43</sup>.

A doutrina bem resume a inteligência do aresto:

[...] afirmou que a garantia de que a Constituição era revestida de supremacia, se apresentando como uma espécie de “lei das leis”, como a *paramount law*, implicava na conclusão lógica de que o Poder Judiciário teria o poder de fiscalizar os atos do Congresso que fossem editados em contrariedade aos seus ditames. A saída de Marshall para a decisão do caso *Marbury vs Madison* foi pela via de uma questão preliminar, não do mérito. Ele reconheceu o acerto do *writ of mandamus* impetrado por Marbury. Entendeu que tal ação era adequada para a tutela do direito em discussão. Porém, afirmou que a Suprema Corte, não poderia julgar o mérito daquela ação em face de uma inconstitucionalidade que viciava, desde a origem, o *Judiciary Act* de 1789. No caso, este ato do Congresso, conferia uma competência originária para a Suprema Corte que

<sup>37</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*

<sup>40</sup> Isso porque, em 1802 deflagrou-se “um processo de impeachment contra um juiz federal vinculado ao partido federalista”, havendo “certo temor de que a mesma manobra pudesse ser estendida aos juízes da Suprema Corte”. *Idem*.

<sup>41</sup> FERREIRA VICTOR, Sérgio Antônio. *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>42</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*

<sup>43</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 62. Antes dessa decisão, o controle de constitucionalidade possuía antecedentes nos EUA. POLLETTI, Ronaldo. *O Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985; SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. *Op. Cit.*;

estava fora das atribuições que lhe foram asseguradas pela Constituição<sup>44</sup>.

Em arremate, Cunha Júnior assevera que

Com a decisão de Marshall, jurídica e logicamente irretorquível, acolheu-se a tese de que as Constituições, sobretudo nos sistemas de Constituições rígidas, são normas jurídicas fundamentais e supremas a quaisquer outras, devendo sempre prevalecer, de tal sorte que, diante da desconformidade entre uma Constituição e uma lei, o juiz é obrigado a aplicar a Constituição e não aplicar a lei, que, nesse caso, é irrita. Nasceu, portanto, com a célebre decisão, o controle judicial da constitucionalidade das leis<sup>45</sup>.

Adverte-se que antes da decisão de Marshall, no processo de Thomas Bonham contra o Colégio de Médicos, afirmou-se a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade e, mais remotamente, na antiguidade, ele era desempenhado, embora sem as especificidades dos antecedentes mais recentes.

Diante de seu caráter fundamental, o direito ao controle difuso de constitucionalidade, como consectário do direito de ação, é assegurado ao jurisdicionado que queira discutir vícios substanciais ou formais de uma lei ou ato normativo como questão prejudicial de mérito, visando, por exemplo, o cumprimento ou a exoneração de uma determinada obrigação.

Ademais, embora se verifique que, com recorrência, o “controle difuso” é tratado como sinônimo de “controle concreto”, os termos são francamente distintos. Ainda que o controle difuso seja concreto no sistema brasileiro, não designam essas expressões o mesmo fenômeno.

A expressão “difuso” se refere a competência de qualquer juiz ou tribunal para apreciar uma alegação de inconstitucionalidade. O termo “concreto”, entretanto, identifica a discussão de inconstitucionalidade num processo em que se busca a pacificação de um conflito de interesses. Mas, não é só.

É incompleta a definição de que o controle concreto se refere, tão somente, à resolução de uma lide. Pode não existir conflito algum e, ainda assim, buscar-se o seu exercício, diante da adoção de procedimentos de jurisdição voluntária, que não dependem de litígio ou controvérsia ao seu regular desenvolvimento, embora admitam que estes exsurjam após a propositura da ação.

### **2.3 O sistema Kelseniano**

Por algum tempo, o modelo difuso foi o único sistema de controle de constitucionalidade adotado pelos países. O fim dessa hegemonia ocorreu em 01/10/1920, com a promulgação da Constituição Austríaca, instituidora do sistema concentrado.

---

<sup>44</sup> ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*

<sup>45</sup> CUNHA JR, Dirley da. *Op. Cit.*, p. 65.



Preliminarmente, adverte-se que a Constituição da Tchecoslováquia, de 29/02/1920, antecipou-se meses à Austríaca, sendo a primeira a dispor sobre o controle concentrado. Mas, por não ter tido “a oportunidade de exercitar o poder de controle de constitucionalidade”<sup>46</sup>, a Tchecoslováquia “não serviu de referência para outros países da Europa”<sup>47</sup>, razão pela qual, historicamente, o modelo sagrou-se como “sistema austríaco”.

Ele também é referenciado como “modelo kelseniano” porque Kelsen, por solicitação do governo austríaco, elaborou o projeto da Constituição de 1920<sup>48</sup>.

Como o sistema concentrado surgiu após o sistema difuso, uma forma didática de explorá-lo é diferenciá-los. Cunha Jr. destaca seguintes aspectos: subjetivo, modal e funcional.

O aspecto **subjetivo** relaciona-se com o organismo que desempenha o controle. Enquanto, no sistema difuso, todos os juízes e tribunais podem exercê-lo, no modelo concentrado a competência é reservada ao Tribunal Constitucional ou a uma Alta Corte. Na pureza do sistema kelseniano, o Tribunal Constitucional desempenharia uma atribuição constitucional autônoma, identificada como uma função legislativa negativa<sup>49</sup>, não possuindo natureza judicial.

No Brasil, adequou-se o sistema concentrado ao desenho institucional, conferindo-se ao STF (Alta Corte<sup>50</sup>) a tutela jurisdicional da CRFB/88 (art. 102, *caput*) e aos Tribunais de Justiça o dever controlar, abstratamente, leis e atos normativos locais em face das Constituições Estaduais (art. 125, §2º, da CF/88).

Pondere-se que o STF reconheceu que os 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”<sup>51</sup>.

No aspecto **modal**, a distinção reside na forma de arguição da (in)constitucionalidade. No modelo difuso, as questões são arguidas incidentalmente, “no curso de uma demanda [...] como fundamento do pedido deduzido”<sup>52</sup>, constituindo questão prejudicial de mérito. Já no modelo concentrado, a questão de constitucionalidade ostenta caráter principal, sendo operacionalizada por processos coletivos especiais<sup>53</sup>.

---

<sup>46</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*

<sup>47</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>49</sup> J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

<sup>50</sup> Cunha JR, Dirley da. *Op. Cit.*, p. 107.

<sup>51</sup> STF, *RE 650898-RS*, Plenário. Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/02/2017 (repercussão geral).

<sup>52</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 108.

<sup>53</sup> O processo coletivo pode ser classificado em relação ao seu objeto. Pode-se falar em processo coletivo comum e especial. Neste, especificamente, residem as ações voltadas ao controle abstrato de constitucionalidade. ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Interesses e direitos difusos e coletivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

Em suma: no controle difuso, a inconstitucionalidade compõe a causa de pedir e, no controle concentrado, é o próprio pedido.

No aspecto **funcional**, discutem-se os efeitos da decisão. Notadamente, no sistema difuso, os efeitos atingem apenas as partes, retroativamente (*ex tunc*), e geram a nulidade absoluta da lei, ao passo que, no sistema concentrado, são gerais e a todos oponíveis (*erga omnes*), prospectivos (*ex nunc*) – em regra – e se situam no plano da anulabilidade, de modo que as relações jurídicas já firmadas ao tempo da declaração de inconstitucionalidade não sejam prejudicadas, porquanto estabelecidas sob a égide de presunção de constitucionalidade das leis.

A exceção à prospectividade dos efeitos da decisão do modelo concentrado decorre do art. 27 da Lei 9.868/99, que estabelece que STF poderá, ao declarar a inconstitucionalidade, a critério de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, “por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O dispositivo não é isento de críticas. Há receio doutrinário quanto a inexistência de “prazo para a manutenção da lei ou ato normativo declarado inconstitucional para além do trânsito em julgado da decisão”<sup>54</sup>.

As preocupações são extremamente válidas. Porém, o dispositivo é regularmente aplicável e demanda reflexões percucientes, precipuamente, por almejar a adequação dos impactos decisórios “às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar”<sup>55</sup>.

### 3 A COMPOSIÇÃO DO SISTEMA: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Segundo o Dicionário Aulete Digital, pressuposto é uma “circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro”<sup>56</sup>. Já a doutrina sentencia que “é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para a sua existência jurídica”<sup>57</sup>.

Adequando os conceitos, os pressupostos teóricos aqui analisados podem ser definidos como fundamentos que precedem a gênese do controle judicial de constitucionalidade brasileiro

---

<sup>54</sup> Idem, p. 248.

<sup>55</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

<sup>56</sup> Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/pressuposto>>. Acesso em: 31/07/2020, às 16:32.

<sup>57</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 350.

e que compõem sua essência, de modo que, sem eles, não haveria que se cogitar sua existência e, especialmente, sua efetividade.

Logo, não cuida esta discussão dos pressupostos processuais, que poderão constatar exigências distintas em ações diferentes, como é o caso da ADPF, subsidiária em relação às demais ações concentradas, bem como na mesma ação, quando se tratar da legitimidade ativa, variável conforme a universalidade ou especialidade da legitimação, etc.

Feito o alerta, passa-se a enunciar os pressupostos teóricos.

### 3.1 A Constituição escrita

A Constituição Brasileira de 1988 é escrita, pois “está reunida em um texto, editado em determinado momento da história do país”<sup>58</sup>. Igualmente, Cunha Jr. assinala que o controle de constitucionalidade requer “um conjunto normativo de princípios e regras escritas, plasmados num texto jurídico supremo”<sup>59</sup>.

Trata-se de pressuposto extraído da classificação das constituições, notadamente, no que se refere à forma da Constituição.

### 3.2 A força normativa da Constituição

A força normativa da Constituição integra o marco teórico-fundamental do neoconstitucionalismo, sendo “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX”<sup>60</sup>.

A rigor, até a Segunda Grande Guerra, as constituições eram tratadas como mera proclamação política, prestando-se apenas para inspirar o legislador<sup>61</sup>.

Ademais, o intérprete não aplicava valores e axiomas que devem informar o ordenamento jurídico, que se traduzia em um sistema fechado em que o legiscentrismo imperava, ainda que projetasse violações dantescas ao ser humano.

Por isso, Barroso leciona que a efetivação dos anseios constitucionais “ficava

---

<sup>58</sup> SOUZA NETO, Cristiano Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>59</sup> Para o autor, constituiriam pressupostos do controle de constitucionalidade: a) a constituição formal; b) a constituição como norma jurídica fundamental, rígida e suprema; c) a previsão de um órgão competente. Nessa esteira, conferir CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 35-37.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 01/08/2020, às 14:23.

<sup>61</sup> Idem, p. 26.

invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”<sup>62</sup>.

O ponto nevrálgico da superação desse período legiscêntrico situa-se na constitucionalização do direito, que compreende a atribuição e o reconhecimento da força normativa das constituições.

Trata-se de um marco alcançado, na Europa, depois da II Guerra Mundial, diante da derrota do nazismo, “num cenário de descrença em relação aos poderes políticos majoritários”<sup>63</sup>.

No Brasil, o processo foi mais lento, promovido pela Constituição atual. Inobstante já existisse um sistema de controle de constitucionalidade, até a Constituição de 1967/69, garantia-se “direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar”<sup>64</sup>.

Não se reconhecia, portanto, a normatividade das constituições brasileiras, tendo cabido à CF/88 e “à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada”<sup>65</sup>.

### 3.3 A rigidez constitucional

A rigidez constitucional não ocupa apenas um espaço na tipologia das constituições. Ela é, também, uma conquista histórica.

Não por outra razão Marshall refletiu que “se ao Congresso fosse autorizado modificar a Constituição do mesmo modo que se altera uma lei ordinária [...] a Constituição seria [...] uma vã tentativa dos homens de limitar um poder que, ao final, sempre se mostra como ilimitado”<sup>66</sup>.

Em um plano formal, a rigidez constitucional reside na proibição de reformas desarrazoadas e inconvenientes, assegurando-se a estabilidade da Constituição.

Conceituando-a, Tavares preleciona que:

[...] a rigidez nada mais é do que a impossibilidade de mudança das normas constitucionais pelo mesmo procedimento adotado para a revitalização da legislação de cunho infraconstitucional<sup>67</sup>.

Em acréscimo, Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

---

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*

<sup>63</sup> SOUZA NETO, Cristiano Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*

<sup>66</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*

<sup>67</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

[...] são as constituições cujo texto apenas pode ser alterado mediante procedimento mais rigoroso (mais exigente) do que aquele procedimento estabelecido para a alteração da legislação ordinária (infraconstitucional), noção que foi cunhada por James Bryce, autor da distinção entre constituições rígidas e flexíveis [...] <sup>68</sup>.

Para Enterría, a rigidez traduzia uma superlegalidade formal <sup>69</sup> por impor formas agravadas de modificação frente aos procedimentos legislativos ordinários.

Destaque-se que, nas constituições flexíveis, subsiste a possibilidade de controle de constitucionalidade, minimamente, no que se refere à inconstitucionalidade formal (juízo de vício procedimental), seguindo as abstrações de Clève <sup>70</sup>.

### 3.4 A supremacia constitucional

Pode-se afirmar que “a supremacia constitucional decorre logicamente da rigidez da Constituição” <sup>71</sup>.

A concepção do ordenamento jurídico como um sistema hierarquizado decorre da obra de Kelsen. Segundo ele, o cume do sistema normativo é ocupado pela Constituição. Portanto, a “pirâmide” kelseniana tem uma norma específica na posição de maior relevo.

Em primeiro plano, a superioridade hierárquica das constituições decorre do seu conteúdo material.

Em segundo plano, tem-se a organização do Estado. Afinal, o desenho institucional e a definição de obrigações estatais reforçam a coerência interna do ordenamento e propiciam maior segurança jurídica, tanto no âmbito doméstico quanto perante os demais atores internacionais.

A supremacia constitucional, que consubstancia uma superlegalidade material <sup>72</sup>, possui dois fundamentos de afirmação: um substantivo ou objetivo e outro genético ou subjetivo <sup>73</sup>.

#### 3.4.1 Fundamento substantivo (objetivo)

O fundamento em questão se refere ao conteúdo das normas. É que alguns temas

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

<sup>69</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

<sup>70</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

<sup>71</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*, p. 36.

<sup>72</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *Op. Cit.*

<sup>73</sup> SOUZA NETO, Cristiano Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

constitucionais “são tão essenciais que devem ser postos fora do alcance das maiorias. Por isso, eles são ‘entrincheirados’ pela Constituição, que os protege até do legislador democraticamente eleito”<sup>74</sup>.

Em resumo, na acepção substantiva, a supremacia seria “um arranjo institucional voltado à proteção de princípios superiores, adotada por um povo ciente de suas próprias limitações e fragilidades”<sup>75</sup> (teoria do pré-compromisso).

### 3.4.2 *Fundamento genético (subjetivo)*

A despeito do fundamento anterior se referir ao conteúdo das normas constitucionais, este remete a sua origem, não exaurindo sua análise na identificação do Poder Constituinte Originário.

Por isso, Pasquier apud Gonçalves aponta que “assim como a fonte de um rio não é a água que brota do manancial, mas é o próprio manancial, a ‘lei’ não representa a origem, porém o resultado da atividade”<sup>76</sup>.

Concretamente, a Constituição de 1988 é resultado de uma intensa mobilização cívica. Portanto, o manancial ao qual o autor se refere é o povo, que titulariza o Poder Constituinte Originário.

Nessa ótica (genética) a supremacia tem a função de proteger as deliberações populares, expressas na Constituição, daquelas outras adotadas pelos representantes e pelas maiorias<sup>77</sup>.

## 3.5 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

O controle judicial de constitucionalidade brasileiro é exercido por emanção constitucional. Todavia, na cuidadosa reflexão de Lenza, “um dos maiores desafios a ser enfrentado é aquele decorrente da dificuldade de se justificar e aceitar o modelo de revisão judicial pelo qual se invalida a vontade do povo materializada no trabalho legislativo”<sup>78</sup>.

Esse desafio adquire proporções ainda maiores na medida em que a jurisdição constitucional se expande com o neoconstitucionalismo<sup>79</sup>.

Alexander Bickel denominou este problema de *counter-majoritarian difficulty*<sup>80</sup>

<sup>74</sup> SOUZA NETO, Cristiano Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 51.

<sup>77</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 25-26.

<sup>78</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 79.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*

<sup>80</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*.

(dificuldade contramajoritária). Nesse ambiente:

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da apontada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário, que decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo [...]”<sup>81</sup>.

Em virtude disso, a contestação ao controle judicial de constitucionalidade “insiste que, em casos assim, a decisão sobre a interpretação mais correta da Constituição deve caber ao povo ou aos seus representantes eleitos, e não a magistrados”<sup>82</sup>. Essa é a inteligência do constitucionalismo popular, que “pode ser definido sob a perspectiva de que o povo – e não os juízes – seriam melhores e mais adequados intérpretes da Constituição”<sup>83</sup>.

Lenza, citando Nimer Sultany, indica que há 4 grupos de autores “nesse contexto da crítica ao modelo de revisão judicial e à denominada ‘dificuldade contramajoritária’”:

“**deniers**”: negam a tensão e, assim, justificam e admitem o modelo de revisão judicial sem maiores dificuldades [...]

“**reconciliers**”: admitem a tensão, mas esta pode ser reconciliada, justificando, por consequência, a revisão judicial [...]

“**endorsers**”: apesar de reconhecerem a impossibilidade de reconciliação da tensão, a endossam, podendo a revisão judicial ser prudencialmente justificada [...]

“**dissolvers**”: dissolvem a tensão na medida em que renunciam à possibilidade de revisão judicial em relação à legislação, caracterizando-a como ilegítima [...]”<sup>84</sup>. (grifo no original)

De plano, acompanhando Lenza, não parece acertado negar o controle judicial de constitucionalidade em sua totalidade.

Notadamente, o princípio democrático não se resume no respeito às maiorias, porque também reconhece que esta não pode massacrar direitos das minorias e de grupos vulneráveis.

Logo, deve-se atender as “regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção de minorias estigmatizadas”<sup>85</sup>.

Desse modo, a legitimidade democrática do Poder Judiciário justificar-se-ia porque:

A jurisdição constitucional [...] tem a função de limitar, racionalizar e controlar o poder estatal, a fim de assegurar a proteção das minorias dos mais fracos e promover a reparação dos perigos que possam surgir para atingir a dignidade humana<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> LENZA, Pedro. *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>84</sup> Idem, p. 80.

<sup>85</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>86</sup> ABOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, vol. 921, 2012, p. 191.

Ademais, os magistrados que desempenham a jurisdição constitucional recebem “do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões”<sup>87</sup>. Inclusive, parece adequado tratar a previsão de um organismo competente não como um pressuposto teórico autônomo, mas como uma espécie do gênero “legitimidade democrática”, contrariamente ao defendido por outros autores<sup>88</sup>.

Mas, se por um lado, é arriscado negar o controle judicial de constitucionalidade e a legitimidade democrática do judiciário, por outro, não se pode duvidar que “a relação entre jurisdição constitucional e democracia envolve uma *tensão sinérgica*”<sup>89</sup>.

A **sinergia** reconhece que, se desempenhado adequadamente, ele “pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e dos direitos fundamentais”<sup>90</sup>.

Já a **tensão** consideraria que, mesmo sendo possível limitar as decisões das maiorias em homenagem ao princípio democrático, “o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo se autogovernar”<sup>91</sup>.

O problema agravar-se-ia no cenário nacional, diante da concepção de que a jurisdição constitucional, especialmente a Corte Suprema (STF) torna-se uma arena de “equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder de ditar a ‘última palavra’ sobre o sentido da Constituição”<sup>92</sup>.

Para Mendes, haveria nisso perigos de conversão da legitimidade da jurisdição constitucional em risco democrático<sup>93</sup>. Portanto:

[...] se não é correto, no debate sob a legitimidade da jurisdição constitucional, idealizar o Legislativo como encarnação da vontade geral do povo, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, supondo que os juízes constitucionais sejam sempre agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia<sup>94</sup>.

Por constatar um problema real e efetivo, o debate precisou encontrar respostas para a questão. A proposta resolutiva de Souza Neto e Sarmento envolve dois aspectos, quais sejam:

<sup>87</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. In: O Poder Judiciário e a Constituição. Porto Alegre, Ajuris, 1977.

<sup>88</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. Cit.*

<sup>89</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

<sup>94</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 40.



(a) a adoção de uma teoria de diálogos constitucionais, que negue tanto à jurisdição constitucional como aos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a ‘última palavra’ sobre o significado das normas constitucionais e (b) a definição de diferentes *standards* de deferência do Poder Judiciários no exercício do controle de constitucionalidade, em face de atos ou omissões dos outros poderes, que sejam sensíveis ao princípio democrático”<sup>95</sup>.

E Barroso, no julgamento da ADI 5.105, reforça que:

[...] a supremacia judicial deve ceder espaço aos chamados diálogos institucionais. Nunca existiria, assim, uma decisão final e definitiva sobre determinada questão constitucional. A interpretação, ainda que consagrada pelo STF, ficaria sempre aberta ao debate público e a novas propostas. Os diálogos institucionais podem se manifestar por meio de diferentes comportamentos, tanto do Congresso como do Supremo. Este último pode, por exemplo, adotar a técnica decisória de apelo ao legislador. Em resumo, verificando que alguma matéria é malversada, mas que sua correção depende de atuação do Poder Legislativo, o STF se pronuncia nesse sentido, dando ciência ao Legislativo de que há uma mudança a ser feita<sup>96</sup>. (grifo nosso)

Como se percebe, a discussão aprofunda-se na teoria e filosofia constitucional, escapando aos limites deste trabalho, mas, apresenta-se o eixo central do debate.

### 3.6 A cultura e o sentimento constitucional

Este pressuposto não pode ser imposto por textos normativos.

É instituto sociológico do qual o direito se serve para fundamentar a importância da supremacia constitucional e, conseqüentemente – considerando o arranjo institucional brasileiro – do controle de constitucionalidade.

Por ele, depreende-se que o povo deve buscar uma adesão cultural à Constituição, especialmente, por ser ele o titular do Poder Constituinte Originário.

Não se quer afirmar que se deve adotar um “culto fetichista”<sup>97</sup> às constituições, porquanto uma idolatria àquilo que foi decidido por gerações anteriores tem a potencialidade de anestesiar o espírito crítico<sup>98</sup> – desaguando no debate sobre a legitimidade intergeracional.

Portanto, o desafio proposto é fazer com que a Constituição seja apropriada nas práticas cotidianas da sociedade, na garantia e na tutela de direitos fundamentais de grupos minoritários ou em situação de vulnerabilidade, dentre outros.

---

<sup>95</sup> Idem.

<sup>96</sup> ADI 5.105/DF, p. 106-107. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 01/08/2020, às 16:34.

<sup>97</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*

<sup>98</sup> Idem.

Finalmente, pode-se afirmar que o objetivo deste pressuposto é o desenvolvimento de uma cultura baseada no compartilhamento de respeito a princípios constitucionais básicos, pertencentes à “Constituição fina”, “ligados sobretudo à democracia e aos direitos fundamentais”<sup>99</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho propôs ao leitor uma investigação dos antecedentes históricos do controle judicial de constitucionalidade e dos pressupostos teóricos deste, na tentativa de contribuir com a exploração dos fundamentos gerais de justificação da matéria e desmistificar o estudo desse sistema processual de tutela da Constituição.

Não há, aqui, “um tipo ideal” de pressupostos teóricos. Mas, por eles, busca-se facilitar “a comunicação no âmbito da disciplina, consistindo em parte relevante de sua linguagem comum”, exercendo “importante função didática”<sup>100</sup>.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*, vol. 921, 07/2012, p. 191.

\_\_\_\_\_. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v. 907, 05/2011, p. 61.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A gênese do controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Processo*, v. 229, 03/2014, p. 433.

ADI 5.105/DF, inteiro teor do acórdão, p. 106-107. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*.

<sup>99</sup> MARK V. TUSHNET apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel. *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>100</sup> Idem, p. 55.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Garantia de direitos e separação dos Poderes*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, Ajuris, 1977.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao processo civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; MELO, José Guilherme Amorim de. *Dr. Bonham case e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://silo.tips/download/dr-bonham-case-e-o-controle-de-constitucionalidade-dr-bonham-case-and-the-consti>>. Acesso em: 31/07/2020, às 19:17.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA VICTOR, Sérgio Antônio. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2013.

FLAUBERT, Elton. *Republicanos e Democratas: uma breve história*. Disponível em: <<https://www.revistaamalgama.com.br/02/2016/partidos-republicano-democrata-historia/>>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

J.J. Gomes, Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

POLLETI, Ronaldo. *O Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. *A vinculação nas decisões de controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes: uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal*. Recife: UFPB, 2013.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *A motivação das decisões judiciais em um Estado de Direito: necessária proteção da segurança jurídica*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2013.

SANTOS, Michele Carvalho; OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. O mito de Marbury v. Madison: a questão da fundação da supremacia judicial. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 05, nº 03, set-dez/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA NETO, Cristiano Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STF. *RE 650898-RS*, Plenário. Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01/02/2017 (repercussão geral).

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Interesses e direitos difusos e coletivos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.