

ESTUDO JURÍDICO COMPARATIVO DO SISTEMA JUDICIAL DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E NA ÁUSTRIA: ÓRGÃOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, AÇÕES CONSTITUCIONAIS, TIPOLOGIA DECISÓRIA E EFEITOS DA DECISÃO

Gabriel Dias Marques da Cruz¹
Yago da Costa Nunes dos Santos²

RESUMO: O objetivo central deste trabalho é realizar mesocomparação entre os sistemas judiciais de declaração de constitucionalidade existentes no Brasil e na Áustria. A pesquisa comparativa realizada considerou não apenas os aspectos jurídico-positivos de cada ordenamento, mas também as respectivas jurisprudências. Assim, realçou-se a importância de Ruy Barbosa para a estruturação do controle judicial de constitucionalidade no Brasil, de natureza difusa, com inspiração no modelo norte-americano; e a relevância de Hans Kelsen para o delineamento do sistema de jurisdição constitucional na Constituição austríaca de 1920. Ao final, foi feito cotejo entre as semelhanças e as diferenças referentes aos órgãos de jurisdição constitucional de cada país, às ações constitucionais, à tipologia decisória e os efeitos da decisão.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Jurisdição constitucional. Direito comparado.

ABSTRACT: The central purpose of this paper is to carry out a meso-comparison between the judicial review systems existing in Brazil and Austria. This comparative research focused not only on the positive legal aspects of each system, but also on their respective cultures. Thus, it highlighted the importance of Ruy Barbosa for structuring the Brazilian judicial review system, of a diffuse nature, inspired by the North American model; moreover, it explored the relevance of Hans Kelsen's role for outlining the judicial review in the Austrian Constitution of 1920. Finally, a comparison was made between the similarities and differences regarding the bodies of constitutional jurisdiction in each country, also comparing their constitutional actions, decision-making typology and the effects of the judicial review decision.

Keywords: Constitutionality review. Judicial review. Comparative law.

¹ Professor Visitante da Universidade de Paris 2 - Panthéon-Assas. Mestre e Doutor em Direito do Estado - USP. Professor de Direito Constitucional da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. E-mail: gabriel_dmc@yahoo.com.br.

² Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito (FBD). Professor da Pós-graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito (FBD) e da graduação em Direito da Faculdade Batista Brasileira (FBB). Advogado. E-mail: yago.cnunes@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo central realizar *mesocomparação*³ entre os modelos judiciais de declaração de constitucionalidade existentes no Brasil e na Áustria. Para tanto, serão considerados não apenas os aspectos jurídico-positivos decorrentes de cada ordenamento particular, mas, igualmente, a cultura jurídica de cada país, como propõe Pierre Legrand⁴.

De partida, no item 2, será apresentada noção introdutória sobre o conceito de jurisdição constitucional, a fim de possibilitar ao leitor a melhor compreensão do modo como a Áustria e o Brasil articularam seus respectivos modelos de declaração judicial de constitucionalidade das leis.

No item 3, demonstrar-se-á a importância de Hans Kelsen para a estruturação da jurisdição constitucional na Constituição austríaca de 1920. O intuito dessa exposição é o de explorar o panorama contextual a partir do qual se raciocinou o delineamento do controle judicial de constitucionalidade na Áustria, que havia acabado de ser vencida na Primeira Guerra Mundial e que se reestruturava enquanto República Federativa.

Com esse arcabouço, tornar-se-á possível investigar a maneira como a jurisdição constitucional austríaca é exercida atualmente. Percebe-se, no item 4, que a Áustria possui controle judicial de constitucionalidade do tipo concentrado, pois somente o Tribunal Constitucional pode exercer tal função; e que as decisões judiciais declaratórias de inconstitucionalidade, via de regra, têm efeitos *ex nunc*, embora vinculem a todos (eficácia *erga omnes*).

Na sequência, no item 5, será evidenciada a relevância de Ruy Barbosa para a estruturação da Constituição Republicana de 1891, sobretudo no que diz respeito à

³ Mesocomparação consiste em técnica de abordagem do Direito comparado que pode ser compreendida enquanto intermediária entre a macrocomparação e a microcomparação. Ela se relaciona com a comparação entre ramos do Direito, que pode se dar com o Direito Constitucional ou também um aspecto deste, como a jurisdição constitucional, por exemplo. A macrocomparação, por sua vez, tem a ver com a comparação de sistemas jurídicos (common law e civil law, por exemplo) e famílias do Direito, ao passo em que a microcomparação está atrelada à comparação de institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes, como seria uma comparação sobre o contrato de casamento em um e outro país, por exemplo. Para uma abordagem mais aprofundada sobre o tema, conferir: DAVID, René. **Le droit comparé droits d'hier, droits de demain**. Paris. Ed. Econômica, 1982, p. 110; ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Trad. de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 66-67; e mais especificamente SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 148.

⁴ LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

incorporação, no Brasil, de um modelo de controle judicial de constitucionalidade de caráter difuso, inspirado naquele que havia sido desenvolvido, por via pretoriana, nos Estados Unidos da América. Antes mesmo de Kelsen, Ruy Barbosa já pensava na importância de um Tribunal com função de realizar a jurisdição constitucional, de modo a manter a República e a Federação recém criadas no país.

Traçadas essas bases iniciais, o artigo pretende fazer um panorama acerca do controle judicial de constitucionalidade no contexto da Constituição Federal de 1988, a partir do qual serão estudadas as principais ações existentes e os efeitos das decisões.

Por fim, pretende-se esboçar cotejo entre as principais semelhanças e diferenças quanto à declaração judicial da constitucionalidade das leis no Brasil e na Áustria.

2 NOÇÃO SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O signo *jurisdição* tem origem etimológica na palavra latina *jurisdictio*, que, elementarmente, significa *dizer o Direito*. Em sentido forense, como lembra Edvaldo Brito, tal expressão tem a ver com a extensão da competência atribuída ao magistrado para julgar⁵.

Para o referido autor, que se utiliza do jogo de lógica estruturado por Alf Ross, o desempenho de atribuições por parte de uma autoridade (A²), inclusive judicial, sempre dependerá da prévia instituição e delimitação, por outra que lhe seja anterior e superior (A¹), das competências que lhes são designadas. No âmbito do Estado de Direito constitucional, é a partir da manifestação do poder constituinte, força-potência⁶, que se distribuem as competências dos poderes constituídos, as quais normalmente se encontram estabelecidas em uma constituição jurídica. Por isso, nesse tipo de

⁵ BRITO, Edvaldo. **Há, sim, necessidade de mudança, não só, no modo de escolha para o Supremo Tribunal Federal.** In. Democracia e poderes em crise. Organização: Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, Jaime Barreiros Neto, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 176.

⁶ Em outro texto, o mesmo autor, Edvaldo Brito, conceitua o poder constituinte como sendo “potência” ou “força real, força do povo”, que “tem eficácia atual” e, por isso, possui atribuições diferentes de entes que exercem competência, como o legislador que reforma o texto da constituição jurídica. (BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 74-46).

organização política da sociedade, impossibilita-se que uma autoridade atribua a si próprio determinada competência⁷.

Percebe-se, nesse sentido, que a *jurisdição constitucional* é espécie de *função estatal* criada pelo poder constituinte com a finalidade de que determinada autoridade constituída deva, com exclusividade, por intermédio da interpretação constitucional, declarar a compatibilidade ou a incompatibilidade do produto da atividade legislativa ou administrativa com as normas da constituição.

Assim, mesmo que todos os órgãos imbuídos de criar ou executar as leis possam realizar *controle de constitucionalidade em sentido lato*⁸, e ainda que se adote concepção segundo a qual todos são intérpretes da constituição⁹, somente a autoridade possuidora da competência de realizar jurisdição constitucional pode declarar a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo e, por reconhecer sua nulidade, extirpá-lo do ordenamento jurídico¹⁰.

Portanto, quando declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o órgão a quem compete realizar a jurisdição constitucional atua como verdadeiro legislador negativo, na terminologia de Hans Kelsen¹¹. Com isso, não

⁷ BRITO, Edvaldo. **Há, sim, necessidade de mudança, não só, no modo de escolha para o Supremo Tribunal Federal.** In. Democracia e poderes em crise. Organização: Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, Jaime Barreiros Neto, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 176.

⁸ No Brasil, o controle de constitucionalidade, no sentido aqui referido, pode ser feito, por exemplo, pelo Presidente da República, quando veta o projeto de lei em razão de sua inconstitucionalidade, nos termos do art. 66, §1º da Constituição Federal, ou quando a Comissão de Constituição e Justiça, no âmbito do Poder Legislativo, entende pela incompatibilidade do projeto com as normas constitucionais e determina seu arquivamento.

⁹ De acordo com o pensamento de Peter Häberle, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 15).

¹⁰ Nesse sentido, Edvaldo Brito afirma que muito se tem discutido sobre a natureza dos sistemas, se são concentrados ou difusos. No entanto, tem-se deixado de fazer importante distinção, de acordo com a qual a *declaração* de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade é ato privativo de órgão jurisdicional, ao passo em que o *controle* é operado por quantos órgãos estejam incumbidos dos atos de execução das leis. (BRITO, Edvaldo. *Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. Revista Erga Omnes*, v. 7, p. 35-52, 2013, p. 42).

¹¹ Segundo Hans Kelsen, do ponto de vista teórico, “a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como legislador negativo”. (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 151-152).

se está a bitolar a interpretação judicial do Direito e nem a vinculá-la ao silogismo que tentou impor o positivismo jurídico metodológico, mas a reconhecer que somente autoridade específica, criada pelo poder constituinte, pode proclamar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo com eficácia *erga omnes*¹².

O próprio Hans Kelsen reconhecia à autoridade responsável pela jurisdição constitucional certa amplitude interpretativa, a qual se distingue da que goza o legislador apenas em razão de sua extensão. Segundo ele, não há diferença quanto à natureza das funções jurisdicional e legislativa, pois ambas são políticas, existindo, tão somente, distinção no que diz respeito à medida da discricionariedade do magistrado no tocante ao seu poder criativo do Direito, que é reduzida em relação àquela admitida ao Poder Legislativo¹³.

Com esse pressuposto, a doutrina tem afirmado que a jurisdição constitucional, sobretudo quando exercida por Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais, desempenha importante função contramajoritária, vocacionada à proteção dos direitos fundamentais das minorias sociais e políticas¹⁴. A ideia inerente a essa função tem a ver com a concepção de que todos os seres humanos, por serem detentores de direitos fundamentais, são merecedores de igual consideração e respeito¹⁵. Por isso, o fortalecimento da jurisdição constitucional ao redor do mundo se deu, sobretudo,

¹² BRITO, Edvaldo. Teoria da decisão. **Revista do Magistrado**. Salvador: Tribunal de Justiça, n.2, 2005, p. 7.

¹³ Quanto a essa questão, Hans Kelsen esclarece: “Se enxergamos ‘o político’ na resolução de conflitos de interesses, na ‘decisão’ - para usarmos a terminologia de Schmitt - encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. 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, e 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 - a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”. (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 251).

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. A&C Black, 2013, p. 181.

após as duas grandes guerras mundiais e as experiências totalitárias assemelhadas ao nazifascismo¹⁶.

Atualmente, a jurisdição constitucional é compreendida enquanto função que expressa a soberania estatal, sustentando-se no tipo racional de dominação legítima, porque instituída pelo Poder Constituinte. Ela é uma das espécies de controle de constitucionalidade, privativa do Poder Judiciário, único órgão com competência, tanto no Brasil quanto na Áustria, para declarar a constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis¹⁷.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE UM DOS PRIMEIROS¹⁸ MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA E A INFLUÊNCIA DE HANS KELSEN NO EXEMPLO AUSTRIACO

A Primeira Guerra Mundial revelou as debilidades econômicas e institucionais do Império Austro-Húngar. Ao final do conflito o Império vivenciava dificuldades relacionadas à falta de ferrovias, à baixa capacidade industrial, à ausência de matérias

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75-76.

¹⁷ BRITO, Edvaldo. **Há, sim, necessidade de mudança, não só, no modo de escolha para o Supremo Tribunal Federal**. In. Democracia e poderes em crise. Organização: Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, Jaime Barreiros Neto, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 188.

¹⁸ De acordo com Pedro Cruz Villalón, a Tchecoslováquia foi o primeiro Estado a introduzir, em seu ordenamento, traços do que hoje se conhece como sistema europeu de controle judicial de constitucionalidade, antes mesmo da Áustria. (CRUZ VILLALÓN, Pedro et al. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)**. Centro de estudios constitucionales, 1987, p. 286). Contudo, como salienta Dirley da Cunha Júnior com apoio em Capelleti, a Tchecoslováquia não serviu de parâmetro para o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade na Europa, sobretudo em razão de sua tumultuada vida política. Em verdade, a Corte Constitucional tchecoslovaca nem sequer teve a oportunidade de exercer o poder de controle de constitucionalidade das leis (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75). Já Francysco Pablo Feitosa Gonçalves, em trabalho recente, defendeu que as origens históricas do controle concentrado se encontram na América Latina. Segundo ele, “é possível afirmar que as Américas, e a América Latina em particular, pouco ou nada devem à Europa em termos de controle de constitucionalidade, uma vez que o controle concentrado e o controle abstrato têm antecedentes por aqui, e mesmo a ideia de um órgão especial com a atribuição de controlar a constitucionalidade das leis tem seus antecedentes na *Cámara de Censores* e no *Consejo de Estado*. Embora essas experiências de controle de constitucionalidade tenham acontecido em países – literalmente – vizinhos ao Brasil, essas informações permanecem, entretanto, como uma espécie de memória subterrânea, são desconhecidas ou não são lembradas pelos juristas, que permanecem fiéis à versão oficial”. (GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. As origens latino-americanas do controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Direito GV**, v. 19, p. e2339, 2023).

primas e à carência de alimentos, o que gerou situação de fome generalizada em Viena e em outras cidades.

A tais crises econômica e social se somaram os problemas militares decorrentes da guerra, bem como um colapso na legitimidade¹⁹ do poder^{20,21}, mormente depois da morte do imperador Francisco José, em 1916. Por isso, o historiador João Fábio Bertonha afirma que, “com a guerra, o Império Austro-Húngaro conseguiu exatamente o que tentava evitar, ou seja, o seu próprio fim, não apenas como grande potência, mas como Estado e sociedade”²².

Aquele conflito mundial generalizou a ruína política e a crise revolucionária em diversos países da Europa, mas sobretudo nos Estados beligerantes derrotados. Segundo Eric Hobsbawm, em 1919, todos os quatro governantes das potências vencidas (Alemanha, Áustria-Hungria, Turquia e Bulgária) foram destronados, tal como ocorreu com o Czar da Rússia no ano anterior. Além disso, as inquietações político-sociais chegaram a causar abalos mesmo naqueles países europeus vencedores da guerra²³.

Na tentativa de preservar o Império Austro-Húngaro, mediante a reestruturação da Cisleitânia, o Imperador Carlos I convidou as nacionalidades daquela região para formarem comunidades estaduais nas suas áreas de influência. A intenção era que

¹⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior esclarece que o termo “legitimidade”, em razão de sua difusidade, “parece fugir ao controle operacional da dogmática que nele vê uma espécie de limite, um ponto do qual se parte mas que não se elabora, que, portanto, se torna sem especificação e aprofundamentos, matéria esta relegada, assim, à filosofia jurídica, política e social. Constituições, portanto, podem dizer, são tomadas como legítimas pela dogmática, ainda que esta legitimidade possa ser discutível no plano social, político, econômico, cultural. Legitimidade parece, assim, à luz da ciência dogmática do direito, um conceito global, abrangente e sem especificações, pressuposto difuso das suas elaborações técnicas”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia. São Paulo: Atlas, 1989, p. 21).

²⁰ Edvaldo Brito salienta que, ao falar sobre a “dominação legítima”, Max Weber “fornece o conceito de poder, de disciplina, e de dominação, entendendo-se, por esta última, a probabilidade de encontrar obediência a um mandato de determinado conteúdo entre certas pessoas”. (BRITO, Edvaldo. **Há, sim, necessidade de mudança, não só, no modo de escolha para o Supremo Tribunal Federal**. In. Democracia e poderes em crise. Organização: Carlos Eduardo Behrman Rátis Martins, Jaime Barreiros Neto, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 176).

²¹ Para Paulo Bonavides, que adota conceito genérico de poder, este representa “aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária”. Nesse sentido, diz o autor que “com o poder se entrelaçam força e competência, compreendida esta última como a legitimidade oriunda do consentimento”. (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 312).

²² BERTONHA, João Fábio. O império austro-húngaro: o ator desconhecido da Primeira Guerra Mundial. **Esboços: histórias em contextos globais**, v. 21, n. 32, p. 115-137, 2014.

²³ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 53.

os membros do Parlamento de cada região integrassem um Conselho Nacional, no qual representassem os interesses dos respectivos povos.

Porém, o esforço de preservação da Áustria-Hungria foi interpretado, verdadeiramente, como sinal de sua fraqueza e do seu colapso²⁴. Como consequência, diversos estados independentes começaram a emergir rapidamente na região, o que contrastava com a tendência unificadora preferida pelos fundadores da República da Áustria, a qual substituiu a monarquia austríaca juntamente com os Estados tcheco-eslovaco, polonês e iugoslavo²⁵.

Essa incongruência entre o desejo unificador da República e a formação de estados marcados pela independência é relatada por Hans Kelsen. De acordo com ele, a “Resolução sobre as instituições fundamentais do poder do Estado, de 30 de outubro de 1918”, que foi a primeira Constituição provisória da então ainda autodenominada Áustria alemã, atribuiu todo o poder legislativo à Assembleia Nacional Provisória, e o executivo a um Conselho de Estado integrado por vinte membros. Entretanto, paralelamente a essa Constituição provisória de viés centralista, as assembleias estaduais provisórias ou parlamentos estaduais, que se formaram de modo revolucionário nos estados (Länder) da Coroa da antiga Áustria habitados por alemães, tinham promulgado constituições estaduais, as quais reservavam aos estados tanto poder legislativo quanto executivo²⁶.

Portanto, a tentativa de estruturar um Estado unitário, nos termos do texto de 30 de outubro de 1918, não encontrava amparo social. Se assim insistisse, a Constituição Austríaca não passaria de mera folha de papel, dissonante em relação à Constituição real e efetiva, consubstanciada nos fatores reais de poder que regiam a sociedade do seu tempo²⁷.

²⁴ SCHMITZ, Georg. The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918–1920. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 240-265, 2003, p. 241.

²⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 5.

²⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 5.

²⁷ Para Ferdinand Lassalle, “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os valores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar”. (LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 40). Por outro lado, Konrad Hesse defendeu que “Para usar a terminologia acima referida, ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do

Em 18 de novembro de 1918, a referida contradição foi contornada, pois a Assembleia Nacional Provisória editou a “Lei sobre a assunção do poder nos estados”, de modo a reconhecer a existência dos estados criados revolucionariamente²⁸.

Nesse contexto, a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre as competências a serem repartidas entre a União e os estados tornou-se uma das demandas a serem resolvidas pela Assembleia Nacional Constituinte. Havia quem defendesse, sobretudo entre os sociais democratas, uma constituição centralista, com maior força da União sobre os estados; mas também encontrava eco, mormente nos ideais dos socialistas cristãos, o ideário de um federalismo com ênfase nos estados em detrimento da União²⁹.

Como narra Hans Kelsen em sua autobiografia, ele foi chamado, a pedido do seu amigo Karl Renner, que exercia a função de chanceler de Estado do governo provisório da Áustria germânica, para colaborar na preparação da Constituição definitiva daquele Estado. Nessa empreitada, embora ele tenha mantido, sem modificações substanciais, o já existente Tribunal Administrativo, a Corte Imperial foi transformada em verdadeira Corte Constitucional – a primeira desse tipo na história. Como ele mesmo afirma, até então nenhuma Corte havia recebido competência para revogar leis em razão de inconstitucionalidade com efeito geral e não apenas restrito ao caso particular em julgamento³⁰.

O próprio Karl Renner, tal como Georg Jellinek, já havia se manifestado a favor da implementação de um Tribunal Constitucional na Áustria, cujas competências abarcariam a proteção dos direitos dos cidadãos, a verificação da compatibilidade das leis e decretos produzidos pelos estados (*Länder*), e o equilíbrio entre estes últimos e a União³¹. E a atenção de Hans Kelsen se voltou principalmente para este último aspecto: ele passou a defender que a jurisdição constitucional e administrativa –

Estado” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15).

²⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 7.

²⁹ Sobre isso, Sara Lagi relata que “Se os socialistas foram favoráveis a um projeto unitário, o principal partido conservador, os socialistas-cristãos, pressionaram por uma federação, interpretando, assim, o raciocínio dos *Laender*. Ficou imediatamente claro para todos que a opção unitária e centralizada não era viável, pelo que o problema político que se colocou para a Assembleia Nacional Provisória e os partidos políticos, que nela participaram, foi o de determinar quanta liberdade conceder aos *Laender*”. (LAGI, Sara. Hans Kelsen e a corte constitucional austríaca (1918–1929). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 26, n. 1, p. 258-277, 2021, p. 263).

³⁰ KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018, p. 80.

³¹ KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018, p. 261.

exercidas, respectivamente, pela Corte Constitucional e pela Corte Administrativa – estariam a serviço do Estado federativo.

Kelsen raciocinou que, em um Estado federativo, as competências estabelecidas pelo poder constituinte estão distribuídas entre as esferas central e estadual. Assim, a intromissão inconstitucional da legislação do Estado central na competência do estado-membro, ou vice-versa, resultaria em conflito entre lei federal e estadual, a demandar atuação da Corte Constitucional a fim de anular a lei editada em desconformidade com a competência delimitada pela constituição³².

Dessa forma, Kelsen explicita a preocupação existente em relação à necessidade de assegurar a unidade federativa mediante o bloqueio de invasões da União nas competências constitucionalmente designadas aos Estados-membros e vice-versa. Tanto assim que, no texto original da Constituição Austríaca de 1920, concentrou-se a atribuição de realizar a fiscalização da constitucionalidade das leis no âmbito da Corte Constitucional, sendo que “o governo federal e cada governo estadual estão respectivamente habilitados a requerer o exame e a anulação, por inconstitucionalidade, de uma lei estadual ou federal”. Para Kelsen, “o que União e estados fazem valer com tal requerimento – num controle recíproco – é o interesse na constitucionalidade”³³.

Chama a atenção o fato de que, apesar de ter se mantido distante das influências do sistema difuso de declaração de inconstitucionalidade³⁴, desenvolvido,

³² KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 21-22.

³³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 23.

³⁴ Neste escrito, adota-se a concepção de Edvaldo Brito, para quem “a jurisdição constitucional é a função que expressa a soberania do Estado e se sustenta no tipo racional de dominação legítima. Essa função tem incumbência de declarar a validade ou não dos atos dos agentes do Estado, quando se contrastarem com a Constituição e, assim, é a atuação da vontade concreta da lei maior do sistema jurídico, mediante a substituição, pela atividade dos órgãos jurisdicionais, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos que negarem a supremacia dessa lei maior, nesse sistema, seja ao afirmar a existência da sua vontade, seja ao fazê-la, praticamente, efetiva. Essa função é uma das espécies de controle de constitucionalidade, típica do Poder Judiciário, porque somente ele tem atribuição para exercer o que se chama de declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade desses atos dos agentes públicos, sejam os agentes políticos, sejam os administrativos. Controle, todos os agentes do Estado podem fazer, mas, declaração é função exclusiva do Poder Judiciário”. (BRITO, Edvaldo. **Há, sim, necessidade de mudança, não só, no modo de escolha para o Supremo Tribunal Federal**. In. Democracia e poderes em crise. Organização: Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, Jaime Barreiros Neto, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora IASP, 2022, p. 187).

por construção pretoriana³⁵, nos Estados Unidos da América³⁶, Hans Kelsen não ignorava – mas antes pressupunha³⁷ – a superioridade hierárquica da Constituição em relação às leis infraconstitucionais editadas pela União e pelos estados federados.

Nesse sentido, a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis, concentrada sob a Corte Constitucional austríaca, visava assegurar a unidade estatal mediante a eliminação – no caso, a eliminação, via legislação negativa – de todas as normas infraconstitucionais que contrastassem com o texto da Constituição. Como decorrência desse esforço, igualmente se atingiam outros dois objetivos³⁸: evitava-se a profusão de decisões múltiplas e díspares sobre a constitucionalidade das leis no âmbito dos tribunais ordinários; e ainda se forçava obediência ao entendimento da Corte Constitucional sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis,

³⁵ BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista Erga Omnes**, v. 7, p. 35-52, 2013, p. 44.

³⁶ No precedente *Marbury vs. Madison*, para fundamentar a supremacia normativa da Constituição, fundamentou-se que “os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a constituição é escrita. Para que fim os poderes são limitados, e com que intuito se confia à escrita essa delimitação, se a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aqueles que se quis refrear? A distinção entre um governo de limitados ou de ilimitados poderes se extingue desde que tais limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. E uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários. Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modifica-la. [...] Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível”. (LOBO, Américo. **Decisões constitucionais de Marshall**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. 25).

³⁷ Em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen explicitou pensamento segundo o qual “A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 154).

³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2016.

resolvendo-se o problema relativo à ausência do princípio do *stare decisis*³⁹ nos sistemas de *civil law*.

Esse modelo de jurisdição constitucional, essencialmente delineado por Hans Kelsen, foi alvo de mudanças com a reforma constitucional de 1929. Conforme Kelsen relata em sua autobiografia, a referida reforma, iniciada pelos social-cristãos, tinha em primeiro lugar o objetivo de fortalecer o poder do presidente da Federação e, com ele, todo o Executivo, tornando possível um governo sem parlamento. Porém, não menos importante para os reformadores era a eliminação da Corte Constitucional, pelo menos na forma que ela tinha. Isso porque a Corte Constitucional tinha entrado em conflito com o governo⁴⁰.

Fato é que, ainda que a reforma constitucional tenha forçado uma modificação no modo como a Corte Constitucional decidia algumas matérias, fazendo-a se alinhar com o governo, suas linhas gerais foram mantidas, com algumas adaptações.

4 O SISTEMA AUSTRIACO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 01 DE OUTUBRO DE 1920, COM A REFORMA PROMOVIDA EM 1929

Feitas considerações gerais acerca da influência de Hans Kelsen sobre a estruturação da Corte Constitucional Austríaca, cumpre analisar a composição daquele órgão, os efeitos e a tipologia das decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis.

4.1 Órgão de jurisdição constitucional: o Tribunal Constitucional

Na Áustria, a jurisdição constitucional é concentrada no Tribunal Constitucional. A forma de nomeação dos seus membros privilegia a influência das vontades central e estaduais, uma vez que o seu Presidente, o vice-presidente, seis membros adicionais e três suplentes são nomeados pelo Presidente Federal por

³⁹ "Stare decisis" é a abreviação de "stare decisis et non quieta movere", que significa "manter o que foi decidido e não perturbar a calma". O termo "stare decisis" é usado em vários sentidos. Contudo, no seu nível mais básico, "stare decisis" refere-se simplesmente à prática de um tribunal de seguir um precedente, seja ele próprio ou de um tribunal superior. (BARRETT, Amy Coney. *Stare decisis and due process*. **U. Colo. l. reV.**, v. 74, p. 1011, 2003, p. 1016).

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018, p. 93.

recomendação do governo federal. Mas, ao lado disso, seis membros e três suplentes são nomeados pelo Presidente Federal com base em recomendações que elencam três candidatos para cada vaga, cabendo ao Conselho Nacional as de três membros e dois suplentes e, ao Conselho Federal, as de três membros e um suplente.

Os membros nomeados a partir da recomendação do Governo Federal não podem ser escolhidos livremente. Devem eles ser juízes, funcionários administrativos ou professores titulares de cátedra em direito. Bem assim, de acordo com o art. 147, 4, da Constituição austríaca, ficam impedidos de pertencer ao Tribunal Constitucional todos aqueles que forem membros dos governos Federal ou Estaduais, do Conselho Nacional, do Conselho Federal ou de qualquer órgão de representação popular, e ainda as pessoas que estejam empregadas ou exerçam cargo em partido político.

4.2 Legitimidade para suscitar declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade

O artigo 140, 1 da Constituição da Áustria estabelece as hipóteses nas quais o Tribunal Constitucional poderá se pronunciar acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. Hans Kelsen⁴¹ lembra que, no texto originário daquela Constituição, tal declaração somente ocorreria mediante provocação do governo federal, quando se estivesse diante de uma lei estadual; ou a pedido do governo estadual, apenas com relação a leis federais. Ao lado disso, previa-se a possibilidade do exame da constitucionalidade das leis, *ex officio*, sempre que elas figurassem como pressuposto para a decisão de um litígio sujeito à apreciação do Tribunal Constitucional.

Apesar de manter a possibilidade de declaração de constitucionalidade de ofício e a pedido dos governos federal ou estaduais, nos termos acima referidos, a reforma de 1929 ampliou esse rol de legitimados. Atualmente, também podem deflagrar o procedimento de fiscalização da constitucionalidade das leis perante o Tribunal Constitucional, o Tribunal Administrativo, o Supremo Tribunal e os Tribunais de recurso. Bem assim, reconhece-se legitimidade a um terço dos membros do Conselho Nacional ou um terço dos membros do Conselho Federal, se a legislação questionada é federal, sendo ainda permitido aos estados prever, em suas respectivas

⁴¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 23.

constituições, legitimidade semelhante para a tutela da constitucionalidade de suas leis. Além disso, o Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade de leis em razão da alegação feita por pessoa que, em processo subjetivo, argumenta violação direta dos seus direitos em razão de lei incompatível com a Constituição.

Nesse último caso, mesmo que a lei que se defende inconstitucional seja revogada ou ainda que o interessado veja seu direito satisfeito apesar dela, o Tribunal deverá prosseguir no julgamento da questão da constitucionalidade, examinando se a lei era inconstitucional.

4.3 Modos de deflagração da fiscalização da constitucionalidade das leis perante o Tribunal Constitucional

Há hipóteses nas quais a questão sobre a constitucionalidade da lei surge enquanto *questão prejudicial* em caso concreto pendente de julgamento. É o que ocorre quando o procedimento de fiscalização da constitucionalidade das leis perante o Tribunal Constitucional austríaco resulta de pedido do Tribunal Administrativo, do Supremo Tribunal e dos tribunais de recurso. Nessas situações, a questão constitucional vai ser decidida pelo Tribunal Constitucional de maneira abstrata a fim de que, em seguida, seja a solução dada sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto, pelo órgão julgador respectivo.

Mas também há circunstâncias nas quais a constitucionalidade da lei é a *questão principal* do processo. É o que acontece quando o Governo Federal pede que o Tribunal Constitucional declare a inconstitucionalidade de lei editada por estado da federação, ou vice-versa. Aqui, pode-se falar que este tipo de processo é objetivo, porque nele inexistem partes ou interesses subjetivos diretamente em conflito⁴².

Diante desse quadro, é correto dizer que, na Áustria, há dois modos para deflagrar o procedimento de declaração de constitucionalidade: (a) pela forma principal, quando a jurisdição constitucional é provocada de maneira direta, pela via de ação; e (b) pela forma incidental, quando a questão relativa à constitucionalidade da lei surge enquanto questão prejudicial, *incidenter tantum*⁴³.

⁴² Com isso, não se está a dizer que a declaração de constitucionalidade das leis não pode resultar em choque entre os poderes constituídos, mas isso é outra coisa. Sobre o tema, ver: ROCA, F. Javier García. **El conflicto entre órganos constitucionales**. Tecnos, 1987.

⁴³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2016.

4.4. Efeitos da decisão

De acordo com Hans Kelsen, quando o Tribunal Constitucional reconhece a inconstitucionalidade da lei, ela a anula. Nesse caso, a decisão tem natureza constitutiva negativa, pois – de modo semelhante ao que ocorre quando uma lei é revogada – os efeitos da anulação, como regra geral, ocorrem *pro futuro*, isto é, de maneira *ex nunc*⁴⁴.

Excepcionalmente, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, na Áustria, terá efeitos retroativos. É o que ocorre quando se declara a inconstitucionalidade da lei pela via incidental, em virtude do surgimento de *questão constitucional* enquanto prejudicial à resolução do mérito de um caso concreto. Nessa situação, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei atingirá os fatos discutidos no processo subjetivo que deu ensejo ao debate sobre sua compatibilidade com a constituição. Essa ressalva também foi feita por Kelsen, que ainda lembrava de outra circunstância na qual a decisão do Tribunal Constitucional teria eficácia a partir de momento distinto de sua publicação: a hipótese na qual se estabelece, na decisão, um prazo para a cessação da vigência da lei inconstitucional⁴⁵.

Ambas as hipóteses seguem contempladas pela Constituição Austríaca, mesmo após a reforma a que ela foi submetida em 1929. Nos termos do seu artigo 140, 5, a decisão do Tribunal Constitucional que anula uma lei por ser inconstitucional impõe ao Chanceler Federal ou ao Governador do Estado competente a obrigação de publicar a rescisão sem demora. Tal anulação entra em vigor no dia da publicação, a menos que o Tribunal fixe prazo para a rescisão, o qual, se estabelecido, não poderá exceder um ano.

Ademais, considerando-se que a decisão do Tribunal Constitucional que reconhece a inconstitucionalidade da lei a anula, os efeitos que dela decorrem se projetam *erga omnes*, pois a lei é extirpada, doravante, do ordenamento jurídico.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 25.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 25.

5 A ESTRUTURAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: A INFLUÊNCIA DA CONCEPÇÃO NORTE-AMERICANA A PARTIR DA VISÃO DE RUY BARBOSA

Três décadas antes da Constituição Austríaca de 1920, Ruy Barbosa já estruturava, no Brasil, um modelo inaugural de jurisdição constitucional no país, o qual viria a ser normatizado em momento ainda anterior à Constituição da República de 1891⁴⁶.

Ruy Barbosa bebia da experiência norte-americana de jurisdição constitucional⁴⁷, a qual, embora esboçada desde os escritos dos *federalistas*⁴⁸, teve sua primeira manifestação com o caso Marbury contra Madison, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O modelo estadunidense de jurisdição constitucional foi pensado a partir das bases do sistema da *common law*. Nele, qualquer juiz ou tribunal pode fazer controle de constitucionalidade *stricto sensu*, de maneira difusa e incidental, a fim de resolver o litígio delimitado em um caso concreto. Porém, quando a questão constitucional chega à Suprema Corte, pela via recursal, e esta declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, sua decisão tem caráter vinculante *erga omnes*, em virtude do princípio do *stare decisis*⁴⁹.

O Direito brasileiro, por outro lado, é filiado ao sistema da *civil law*, cuja ênfase se encontra nas fontes do direito resultantes do exercício do Poder Legislativo e não em precedentes judiciais⁵⁰. Há quem diga, por essa razão, que o Brasil nem mesmo

⁴⁶ Segundo Dirley da Cunha Júnior, “esse controle já aparecia nítido desde a Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Decreto nº 510, art. 58, §1º, alínea b) e no Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal (art. 9º, parágrafo único, alíneas a e c)” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 92-93).

⁴⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 50.

⁴⁸ No artigo 78, por exemplo, que trata da inamovibilidade do Poder Judiciário, desenvolveu-se raciocínio segundo o qual “todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 459).

⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo?. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, p. 201-212, 2003.

⁵⁰ Como esclarece Antônio Gidi, o *Civil law* em geral, e o processo civil brasileiro em particular, difere do procedimento norte-americano em vários aspectos. O *Civil law* é um sistema rígido e formalista. Os procedimentos são escritos em detalhes elaborados e deixam pouco espaço para a discricionariedade

possui um sistema de precedentes judiciais, a despeito das previsões constantes nos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil⁵¹.

Dadas essas peculiaridades, o modelo difuso de *judicial review* criado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América inspirou, no Brasil, a estruturação, pela via legislativa, do nosso primeiro arquétipo de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Tal como Kelsen viria a defender nos anos subsequentes, Ruy Barbosa acreditava ser função da jurisdição constitucional preservar a existência e o adequado funcionamento da República, evitando intromissões indevidas da periferia no centro e vice-versa.

Nesse sentido, em discurso proferido no Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 1892, Ruy Barbosa denunciava a inconstitucionalidade do Decreto Presidencial que implicava redução da representação de três Estados da federação no Senado Federal. Na ocasião, ele argumentou que, em virtude de tal ato incompatível com o art. 90, §4º da Constituição Federal, “a União Federal está ferida no coração. A União Federal já não existe”. E, por isso, afirmou estar nas mãos do Supremo Tribunal Federal adotar medidas para “conservar a República”⁵².

É verdade que o modelo de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, tal como estruturado por Ruy Barbosa na Constituição de 1891, apresentava alguns inconvenientes. O principal deles, frequentemente citado pela doutrina, é aquele resultante da inexistência, no Brasil, do *stare decisis*, pelo que as decisões sobre a constitucionalidade das leis, mesmo quando proferidas em última instância, não vinculavam as demais esferas do Judiciário e nem mesmo a Administração Pública.

Tentou-se superar tal inconveniente a partir da Constituição de 1934, cujo art. 91, IV, atribuía ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam

judicial em questões processuais. Sob o pressuposto que os códigos são coerentes e exaustivos, as decisões judiciais são tomadas com referência estrita a regras e princípios, com considerações políticas e ‘valores externos’ deixados para o legislador. Como resultado, a lei costuma ser abrangente e deixa pouco espaço para o precedente judicial”. (GIDI, Antonio. *Class actions in Brazil: a model for civil law countries*. **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, n. 2, p. 311-408, 2003, p. 318-319).

⁵¹ Nesse sentido, ver: BRITO, Edvaldo. **ICMS e a PSV 69: insegurança do pronunciamento do STF**. In: *Temas de Direito Tributário: em homenagem a Gilberto Ulhôa Canto*. Organizadores: Gustavo Brigagão e Juselder Cordeiro da Mata. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

⁵² BARBOSA, Ruy. **Oração Perante o Supremo Tribunal Federal**. 1892, p. 155.

sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Já o seu art. 12, IV, §2º criou a representação por inconstitucionalidade, de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República, e que se destinava à garantia dos princípios constitucionais sensíveis violados por lei inconstitucional⁵³.

Desde então, profundas alterações foram feitas no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Aos poucos, ele foi mesclando características típicas do arquétipo estadunidense com outras do europeu. Por isso, muitos chegam a falar na existência de um modelo *misto* ou *híbrido* de controle judicial de constitucionalidade⁵⁴.

A rigor, porém, como esclarece Edvaldo Brito⁵⁵, o Brasil adota *modelo difuso* de controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, porque todo juiz ou tribunal, inclusive o STF, pode realizar a fiscalização da compatibilidade formal e material das normas infraconstitucionais em relação à Constituição. Nesse sistema, há possibilidade de o controle judicial de constitucionalidade ocorrer em um caso concreto, pela via incidental, com eficácia *inter partes*; ou ainda pela via direta ou de ação, cujo julgamento apenas se dá no âmbito do STF, *in abstracto*, e a decisão que declara a constitucionalidade/inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes*.

6 O SISTEMA BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

⁵³ Eram princípios constitucionais sensíveis aqueles elencados no art. 7º, I, “a” a “h” da Constituição de 1934, quais sejam: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões.

⁵⁴ Nesse sentido, por exemplo: MENDES, Gilmar. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/39724758/1237_Mendes__Gilmar._O_controle_da_constitucionalidade_no_Brasil-libre.pdf?1446753383=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DControle_de_Constitucionalidade_EUA_Out.pdf&Expires=1700619829&Signature=KpaMjZsHZm56Ri2chqBPb5J0a8UMg3nqg72lp7kZvIBhBk815tGzlyZtaZ7r2oOT~T XT2GdGww7LBPiy51cOrv7BRoKukbeBwjPQhMgC97FaMJCI4YOE2z0a52PEVjR3PUvGX4sBzTT5G PmBlcu5viXR4UDLv6b4X9cxEGA3ooFnMbAkWGRFJR8MNchXcyoJuGcsabBAjUcmaBuoqIXJeeiT 64g0cepPXtMOF2kXO8tqr1DJCJRExiU3sVWX6Ww6QnLDfmwoRJYdrvZZ4jlp~8g~Owmws8r9Qy~eV 6pwB1oppbO7gnd017uW~iH2vdZ4nLvAUUg9xbTFjW3AWBlg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em 21 nov. 2023.

⁵⁵ BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista Erga Omnes**, v. 7, p. 35-52, 2013

A Assembleia Nacional Constituinte, cujos trabalhos se iniciaram em 1º de fevereiro de 1987, foi típica manifestação do Poder Constituinte⁵⁶ enquanto *potência de natureza jurídica*⁵⁷ vocacionada à produção de uma constituição escrita. A sua ambiência foi marcada pela pluralidade de ideias, pela ausência de um projeto hegemônico consolidado⁵⁸, por intensa dissidência interna e desconfiança mútua entre seus membros, inclusive dentro dos partidos políticos⁵⁹.

Esse contexto fomentou o “entrincheiramento” constitucional de direitos e prerrogativas pelos mais diversos segmentos da sociedade, que tentavam afastar os seus interesses do debate típico da esfera política ordinária⁶⁰. O resultado foi uma Constituição compromissária⁶¹, consideravelmente extensa e excessivamente prolixa.

⁵⁶ Luís Roberto Barroso afirma que “em razão de a Assembleia Constituinte ter sido convocada por emenda constitucional, houve quem sustentasse não ter sido a Constituição de 1988 obra do poder constituinte originário, mas, sim, de um poder reformador, derivado, que não expressava a soberania popular. Não se está aqui de acordo com esse ponto de vista. O poder constituinte é um fato político, consistindo na capacidade de elaborar e fazer valer uma Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008, p. 191).

⁵⁷ Concorde-se com Edvaldo Brito quando o autor refuta a ideia segundo a qual o poder constituinte seria um mero fato. Para ele, “o poder constituinte tem de estar no meio jurídico, sob pena de carência de legitimidade das regras que estabelece que serão até passíveis de censura daqueles a quem incumbe encontrá-las compatíveis com os valores fundamentais antes referidos, se elas não estiverem conforme estes valores” (BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 72).

⁵⁸ Para Couto e Arantes, o “processo descentralizado, o quorum de maioria simples e a ausência de um projeto-base do qual se pudesse partir, constituíram fatores favoráveis à introdução no texto dos mais variados dispositivos, bastando para isso que estes contassem com o apoio substancial de algum grupo de pressão ou bancada parlamentar e não ferissem os interesses da maioria congressual. Nesse sentido, pode-se dizer que as negociações travadas em torno da elaboração da nova Carta ocorreram sob a égide de um amplo *log rolling*: ao apoio de um grupo X a medidas patrocinadas pelo grupo Y, retribuir-se-ia noutra ocasião com o apoio do grupo Y a uma medida de interesse do grupo X” (COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006, p. 44).

⁵⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 375-393, 2018, p. 377.

⁶⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007.

Caso adotada a classificação feita por Otto Bachof⁶², poder-se-ia ainda afirmar que o texto abarca diversas temáticas apenas formalmente constitucionais⁶³.

O Supremo Tribunal Federal também foi alvo de disputas e os seus próprios membros atuaram estrategicamente durante o processo constituinte, de modo a preservar e, inclusive, ampliar as suas competências. Andrei Koerner e Ligia Barros de Freitas relatam que, entre 10 de julho e 12 de agosto de 1987 o jornal Folha de São Paulo noticiou as intensas negociações entre o STF e a direção da Assembleia Nacional Constituinte, de modo a obstar a tentativa de diminuição das atribuições do tribunal e evitar a criação de uma Corte Constitucional⁶⁴.

Como produto da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a acumular as seguintes funções: (i) Corte Constitucional, responsável por realizar jurisdição constitucional ou controle judicial abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos; (ii) foro especializado no julgamento de certas autoridades e na apreciação originária de atos secundários dos demais Poderes; e (iii) ainda funciona enquanto tribunal de recursos, já que é a última instância judicial no Brasil⁶⁵.

Às competências inicialmente previstas no texto original da Constituição Federal de 1988 como sendo do STF somaram-se ainda outras decorrentes das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99⁶⁶ e das Emendas Constitucionais nº 3/1993 e de nº 45/2004.

⁶² De acordo com classificação feita por Otto Bachof, “Constituição em sentido formal será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais - particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração - ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos accidental, das disposições escritas da Constituição. Por Constituição em sentido material entende-se em geral o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objetiva mas funcionalmente, então a Constituição em sentido material será o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador”. (BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 39).

⁶³ Edvaldo Brito rechaça a classificação feita por Otto Bachof. Segundo seu raciocínio, deve-se renegar tal dicotomia, uma vez que o Estado atua em todas as esferas da sociedade, de modo que a Constituição Federal precisa refletir toda essa atuação. Assim, nas palavras do professor baiano, “todas as normas do texto constitucional são normas com juridicidade; a natureza jurídica dessas normas, todas elas, é de norma constitucional”. (BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 56).

⁶⁴ KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, p. 141-184, 2013, p. 167.

⁶⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018, p. 166-169.

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4ª ed. revista, ampliada e atualizada: Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

O STF possui onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade. A Constituição Federal estabelece que tais membros do tribunal devem ter notável saber jurídico e reputação ilibada, incumbindo ao Presidente da República indicar-lhes, a fim de que sejam eles submetidos à aprovação pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal e, então, nomeados para o cargo.

Nos últimos anos, tem-se notado aumento da demanda social em prol de maior diversidade no âmbito do STF. Há quem argumente que o tribunal exerce uma espécie de papel representativo, ao lado das funções contramajoritária e iluminista⁶⁷. Mas independentemente dessa visão, à qual este trabalho não adere, fato é que o princípio do pluralismo deve obrigar que o Supremo Tribunal Federal, enquanto um dos Poderes do Estado brasileiro, contemple as diversidades regionais, étnicas e culturais do país⁶⁸.

6.1 Principais ações

Com o controle judicial de constitucionalidade exercido em casos concretos, de modo incidental, convive o controle judicial de constitucionalidade exercido de maneira abstrata, cuja competência, nesta última hipótese, recai exclusivamente sobre o Supremo Tribunal Federal.

São quatro as principais ações aptas a viabilizar o controle judicial da constitucionalidade das leis de modo abstrato: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)* é o instrumento processual, colocado à disposição de certas autoridades ou entes legitimados pela Constituição

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

⁶⁸ BRITO, Edvaldo. **Há, sim, necessidade de mudança, não só, no modo de escolha para o Supremo Tribunal Federal**. In. Democracia e poderes em crise. Organização: Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, Jaime Barreiros Neto, Rodolfo Pamplona Filho e Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora IASP, 2022.

Federal⁶⁹, destinado à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. O parâmetro de aferição de tal compatibilidade normativa é, exclusivamente, a Constituição vigente no momento da edição da norma infraconstitucional questionada⁷⁰ e o pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo depende de voto nesse sentido proferido pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 97 da Constituição.

A *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)*, nas palavras de Gilmar Mendes, é uma ADI “com sinal trocado”. Isso porque a ADC visa a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, tendo caráter ambivalente em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade⁷¹. É preciso salientar, quanto à ADC, que sua admissibilidade depende da demonstração, pelo legitimado⁷² proponente da ação, da existência de *controvérsia judicial relevante* sobre a norma ou as normas cuja declaração de constitucionalidade se pretende⁷³.

A *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)* visa combater as omissões inconstitucionais resultantes de lacuna normativa ou da existência de ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente. Por meio dela, reconhece-se a inadimplência do dever constitucional de legislar⁷⁴.

⁶⁹ Estão legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição Federal: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02**. Relator Ministro Paulo Brossard. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>. Acesso em 26 nov. 2023.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/39724758/1237_Mendes__Gilmar._O_controle_da_constitucionalidade_no_Brasil-libre.pdf?1446753383=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DControle_de_Constitucionalidade_EUA_Out.pdf&Expires=1700619829&Signature=KpaMjZsHZm56Ri2chqBPb5J0a8UMg3nqg72lp7kZvIBhBk815tGzlyZtaZ7r2oOT~T XT2GdGww7LBPiy51cOrv7BRoKukbeBwjPQhMgC97FaMJCi4YOE2z0a52PEVjR3PUvGX4sBzTT5G PmBlcu5viXR4UDLv6b4X9cxEGA3ooFnMbAkWGRFJR8MNchXcyoJuGcsabBAjUcmaBuoqIXIxeiT 64g0cepPXtMOF2kXO8tqr1DJCJRExIU3sVWX6Ww6QnLDfmwoRJYdrvZZ4jlp~8g~Owmws8r9Qy~eV 6pwB1oppbO7gnd017uW~iH2vdZ4nLvAUUg9xbTFjW3AWBlg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em 21 nov. 2023.

⁷² Os legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01**. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em 26 nov. 2023.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 412.

Como lembra Luís Roberto Barroso, essa ação foi posta pelo constituinte com a finalidade de coibir a *insinceridade normativa* que existiu nos regimes anteriores⁷⁵. Assim, a ADO pode ser ajuizada para combater a omissão inconstitucional imputável ao Legislativo, quando este descumprir seu dever de editar normas primárias; ao Poder Executivo, sempre que este, embora obrigado, deixar de expedir atos secundários de caráter geral; e mesmo ao Poder Judiciário, em hipóteses nas quais a Constituição lhe confira competência desta natureza⁷⁶.

Essa ação ganha relevo quando se vislumbra a *natureza dirigente* do constitucionalismo brasileiro contemporâneo⁷⁷. Nele, embora todas as normas constitucionais tenham eficácia, algumas têm aplicabilidade indireta, necessitando de integração normativa ou, em último caso, judicial para serem socialmente efetivas⁷⁸. Nesse sentido, a ADO é mecanismo processual que possibilita a colmatação da omissão normativa pelo Supremo Tribunal Federal.

A *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)* é ação referida no art. 102, §1º do Texto Constitucional, que atribui competência ao legislador ordinário para regulamentá-la. De sua análise, logo sobressai a necessidade de compreender o que seria um *preceito* e, mais especificamente, um *preceito fundamental*.

Eduardo García de Enterría associou o signo *preceito* a um tipo de princípio hierarquicamente superior ou mais importante em relação aos demais princípios constitucionais⁷⁹. No Brasil, Gabriel Dias Marques da Cruz, ao analisar a Arguição de Descumprimento Fundamental, defende semelhante perspectiva, pois, para ele, os

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 325.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 329.

⁷⁷ Para José Joaquim Gomes Canotilho, o constitucionalismo dirigente pode ser vislumbrado na medida em que se formalizam constituições econômicas. Nessas constituições, de que é exemplo a portuguesa de 1933, os domínios da ordem econômica e social são formalmente constitucionalizados, fixando-se a nível da constituição formal um quadro jurídico para os bens de produção, agentes econômicos, organização e regulação da economia. Assim, muitas normas da constituição econômica definem programas e estabelecem diretivas para a ordem econômica. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 183).

⁷⁸ Quanto a este aspecto, conferir classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, feita por José Afonso da Silva com base no pensamento de Vezio Crisafulli: DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

⁷⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Editora Civitas, 1991.

preceitos fundamentais consubstanciam conteúdo axiológico ou material hierarquicamente superior em relação aos princípios constitucionais em geral⁸⁰.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão no julgamento da ADPF nº 33, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes⁸¹. Naquela ocasião, o STF articulou fundamentação no sentido de que esse tipo de ação é vocacionada a integrar o controle judicial de constitucionalidade exercido em concreto e em abstrato perante o órgão precipuamente responsável pela guarda da constituição no Brasil⁸². Tudo isso porque a ADPF tem caráter subsidiário e, assim, viabiliza a fiscalização da constitucionalidade, pela via direta, de leis municipais e de normas editadas em momento anterior à promulgação da atual Constituição.

Pelo seu caráter subsidiário, a ADPF também tem sido utilizada para questionar a constitucionalidade do *estado de determinadas coisas*. Nesse sentido, se volta ao combate de problemas estruturais ou complexos⁸³, como se percebe no julgamento da ADPF nº 347, que declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro⁸⁴.

Ao lado dessas ações que viabilizam o controle judicial de constitucionalidade pela via direta, há ainda a possibilidade de suscitar questão incidental sobre inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em qualquer processo. Nessa última hipótese, a decisão apenas vinculará as partes (efeitos *inter partes*) que litigam naquele caso concreto (controle de constitucionalidade *in concreto*).

6.2 Efeitos das decisões

⁸⁰ CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em 26 nov. 2023.

⁸² Embora o Supremo Tribunal Federal seja o órgão precipuamente responsável pela guarda da Constituição, nos termos do seu art. 102, não se pode ignorar que todos os entes estão obrigados e zelar pela manutenção da ordem constitucional, conforme art. 23, I da Constituição Federal.

⁸³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**. 2020. p. 45-81.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 398.

Como lembra Gilmar Mendes, há pontual diferença entre os modelos brasileiro e austríaco quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Isso porque, na Áustria, a lei contrária à Constituição não é inválida e, portanto, não é absolutamente nula, preservando sua força jurídica até sua cassação⁸⁵.

No Brasil, a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a constitucionalidade/inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, de modo abstrato, em processo objetivo, tem por consequência o reconhecimento da sua nulidade. A nulidade é congênita à lei, conforme reconheceu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02⁸⁶.

Por conseguinte, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional deve ser extirpado do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*, e tal decisão tem eficácia *erga omnes*, vinculando todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública federal, estadual e municipal⁸⁷.

Porém, na prática, tem sido comum a *modulação dos efeitos da decisão* declaratória de inconstitucionalidade, com base na Lei nº 9.868/1999, que a admite quando presentes razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público.

Convém traçar breves considerações mais específicas sobre os efeitos das decisões proferidas em ADO e em ADPF. No caso do reconhecimento de mora legislativa ou administrativa inconstitucional no âmbito de ADO, o STF dará ciência ao Poder competente ou dará ordem ao órgão administrativo para a adoção das providências necessárias. Nota-se, ainda, a tendência do STF em adotar posição mais concretista, que entendemos adequada, mediante o estabelecimento de condições para viabilizar o exercício dos direitos obstado pela mora inconstitucional, até que sobrevenha a norma regulamentadora respectiva⁸⁸.

A decisão proferida em ADPF tem efeitos subjetivos semelhantes àqueles da ADI/ADC: tem eficácia contra todos e vincula os demais órgãos, como é típico do exercício da jurisdição constitucional em processo objetivo. Já quanto aos efeitos

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 576.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02**. Relator Ministro Paulo Brossard. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>. Acesso em 26 nov. 2023.

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 590-593.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 347.

objetivos, Luís Roberto Barroso esclarece que vai depender do tipo de ato questionado: se a arguição tiver resultado de ato normativo, serão os efeitos similares aos da declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade; se se tratar de ato administrativo, o acolhimento do pedido poderá conduzir à declaração de nulidade do ato⁸⁹. E não se pode olvidar que, em ADPFs nas quais a matéria subjacente diz respeito a problemas estruturais, a decisão pode implicar desbloqueio institucional ou início de diálogo com os demais ramos do Poder do Estado.

Em todo caso, para garantir a competência do STF e a autoridade de suas decisões vinculantes, a Constituição Federal de 1988 previu, expressamente, a reclamação constitucional⁹⁰. Assim, eventual descumprimento de decisão proferida em ADI, ADC, ADO ou ADPF pode ser combatido mediante a reclamação.

7 CONCLUSÃO

Este estudo visou traçar as principais semelhanças e diferenças entre os modelos de controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil e na Áustria. Nele, notou-se que Ruy Barbosa exerceu fundamental papel no delineamento do controle judicial de constitucionalidade no Brasil, pois, preocupado com a República e o federalismo, viu o Supremo Tribunal Federal como órgão capaz de guardar o equilíbrio que deve haver entre o governo central e as vontades dos demais entes federados.

Na Áustria, Hans Kelsen tinha preocupações semelhantes às de Ruy Barbosa. Dissentindo de Carl Schmitt⁹¹, Kelsen também percebia a necessidade de se criar um Tribunal Constitucional responsável por evitar a invasão dos estados na competência da União e vice-versa. Porém, diferentemente do que se deu no Brasil, onde se instaurou controle judicial de constitucionalidade difuso, em que todo juiz ou tribunal exercita controle de constitucionalidade em sentido estrito, Kelsen preferiu delinear

⁸⁹ Ibidem, p. 397.

⁹⁰ Como lembra Gilmar Mendes, a reclamação é fruto de construção pretoriana, decorrente da teoria dos poderes implícitos dos tribunais. Em 1957, aprovou-se a incorporação da reclamação no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, o qual ganhou força de lei a partir da Constituição de 1967. Apenas em 1988, contudo, a reclamação ganhou *status* constitucional. (MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. **Direito Público**, v. 3, n. 12, 2006, p. 22-23).

⁹¹ O pensamento de Kelsen se opõe àquele defendido por Schmitt em sua obra. Conferir: SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

um modelo de controle concentrado, no qual apenas o Tribunal Constitucional é que exerce o controle judicial da constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Austríaco funciona enquanto autêntico legislador negativo, pois suas decisões que declaram a inconstitucionalidade de determinada lei apenas implicam a sua revogação. Via de regra, os efeitos de tal decisão são *ex nunc*. Já no Brasil sucede o contrário: a decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em processo objetivo tem efeitos *ex tunc*.

Porém, tanto no Brasil quanto na Áustria, a decisão declaratória de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e vincula a todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Trad. de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBOSA, Ruy. **Oração Perante o Supremo Tribunal Federal**. 1892.

BARRETT, Amy Coney. Stare decisis and due process. **U. Colo. L. rev.**, v. 74, p. 1011, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 8, 2008.

BERTONHA, João Fábio. O império austro-húngaro: o ator desconhecido da Primeira Guerra Mundial. **Esboços: histórias em contextos globais**, v. 21, n. 32, p. 115-137, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4ª ed. revista, ampliada e atualizada: Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01**. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>. Acesso em 26 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02**.

Relator Ministro Paulo Brossard. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>. Acesso em 26 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em 26 nov. 2023.

BRITO, Edvaldo. **Há, sim, necessidade de mudança, não só, no modo de**

escolha para o Supremo Tribunal Federal. In. Democracia e poderes em crise.

Organização: Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, Jaime Barreiros Neto,

Rodolfo Pamplona Filho e Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora IASP, 2022.

BRITO, Edvaldo. **ICMS e a PSV 69**: insegurança do pronunciamento do STF. In:

Temas de Direito Tributário: em homenagem a Gilberto Ulhôa Canto. Organizadores:

Gustavo Brigagão e Juselder Cordeiro da Mata. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no

Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos

Fundamentais. **Revista Erga Omnes**, v. 7, p. 35-52, 2013.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio

Fabris Editor, 1993.

BRITO, Edvaldo. Teoria da decisão. **Revista do Magistrado**. Salvador: Tribunal de

Justiça, n.2, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**.

Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e

democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-

62, 2006.

CRUZ VILLALÓN, Pedro et al. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)**. Centro de estudios constitucionales, 1987.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional

Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2016.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DAVID, René. **Le droit comparé droits d'hier, droits de demain**. Paris. Ed. ECONOMICA, 1982.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**. 2020. p. 45-81.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. A&C Black, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia. São Paulo: Atlas, 1989.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La consitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Editora Civitas, 1991.

GIDI, Antonio. Class actions in Brazil: a model for civil law countries. **The American Journal of Comparative Law**, v. 51, n. 2, p. 311-408, 2003.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. As origens latino-americanas do controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Direito GV**, v. 19, p. e2339, 2023.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, p. 141-184, 2013.

LAGI, Sara. Hans Kelsen e a corte constitucional austríaca (1918–1929). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 26, n. 1, p. 258-277, 2021.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

LOBO, Américo. **Decisões constitucionais de Marshall**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. **Direito Público**, v. 3, n. 12, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/39724758/1237_Mendes__Gilmar._O_controle_da_constitucionalidade_no_Brasil-libre.pdf?1446753383=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DControle_de_Constitucionalidade_EUA_Out.pdf&Expires=1700619829&Signature=KpaMjZsHZm56Ri2chqBPb5J0a8UMg3nqg72lp7kZvlBhBk815tGzlyZtaZ7r2oOT~TXT2GdGww7LBPiy51cOrv7BRoKukbeBwjPQhMgC97FaMJCI4YOE2z0a52PEVjR3PUvGX4sBzTT5GPmBlcu5viXR4UDLv6b4X9cxEGA3ooFnMbAkWGRFJR8MNchXcyoJuGcsabBAjUcmaBuoqlXlxJeeiT64g0cepPXtMOF2kXO8tqr1DJCJRExIU3sVWX6Ww6QnLDfmwoRJYdrvZZ4jlp~8g~Owmws8r9Qy~eV6pwB1oppbO7gnd017uW~iH2vdZ4nLvAUUg9xbTFjW3AWBlg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em 21 nov. 2023.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo?. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, p. 201-212, 2003.

ROCA, F. Javier García. **El conflicto entre órganos constitucionales**. Tecnos, 1987.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITZ, Georg. The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918–1920. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 240-265, 2003.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.