



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ HENRIQUE KRASSUSKI FORTES

SUPREMO PROCESSO CONSTITUCIONAL:
A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO *ESTRITO* E O SEU ADEQUADO
MÓDULO PROCESSUAL

CURITIBA

2023

LUIZ HENRIQUE KRASSUSKI FORTES

SUPREMO PROCESSO CONSTITUCIONAL:
A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO *ESTRITO* E O SEU ADEQUADO
MÓDULO PROCESSUAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em
Direito, área de concentração Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

Co-orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Fortes, Luiz Henrique Krassuski
Supremo processo constitucional: a guarda da constituição em sentido *estricto* e o seu adequado módulo processual / Luiz Henrique Krassuski Fortes. – Curitiba, 2023.
1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.
Orientador: Clayton de Albuquerque Maranhão.
Coorientador: Luiz Guilherme Marinoni.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Direito constitucional. 3. Direito processual. 4. Controle de constitucionalidade. I. Maranhão, Clayton de Albuquerque. II. Marinoni, Luiz Guilherme. III. Título. IV. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecária: Eglem Maria Veronese Fujimoto – CRB-9/1217

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia onze de setembro de dois mil e vinte e três às 09:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **LUIZ HENRIQUE KRASSUSKI FORTES**, intitulada: **Supremo Processo Constitucional: a guarda da Constituição em sentido estrito e o seu adequado módulo processual**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), PAULA PESSOA PEREIRA (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA), DANIEL FRANCISCO MITIDIERO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), VERA KARAM DE CHUEIRI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), LUIZ EDSON FACHIN (CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela **APROVAÇÃO**. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Aprovado, com recomendação de publicação, após as correções sugeridas pela banca.

CURITIBA, 11 de Setembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

11/09/2023 18:42:32.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

13/09/2023 17:29:28.0

PAULA PESSOA PEREIRA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica

13/09/2023 15:51:41.0

DANIEL FRANCISCO MITIDIERO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

12/09/2023 14:04:42.0

VERA KARAM DE CHUEIRI

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

15/09/2023 08:12:25.0

LUIZ EDSON FACHIN

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **LUIZ HENRIQUE KRASSUSKI FORTES** intitulada: **Supremo Processo Constitucional: a guarda da Constituição em sentido estrito e o seu adequado módulo processual**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 11 de Setembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

11/09/2023 18:42:32.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

13/09/2023 17:29:28.0

PAULA PESSOA PEREIRA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica

13/09/2023 15:51:41.0

DANIEL FRANCISCO MITIDIERO
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

12/09/2023 14:04:42.0

VERA KARAM DE CHUEIRI
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

15/09/2023 08:12:25.0

LUIZ EDSON FACHIN
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA)

À Ministra Rosa Weber, Presidente do Supremo Tribunal Federal, e aos corajosos servidores da Corte, respectivamente pela liderança como chefe do Poder Judiciário brasileiro e pela altivez demonstrada em face do desafiante 8 de janeiro de 2023.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos de teses são um dos *locais* mais interessantes e belos de toda a academia. Pequenos ou longos, diretos ou grandiloquentes, objetivos ou emotivos, a plasticidade *estrutural* é uma de suas características mais curiosas e evidentes.

Sua *função* não é menos fascinante do que nobre: trazer à luz um conjunto de relações, vivências e afetos importantes durante todo o processo de gestação das teses. Da investigação à construção do fio narrativo dos resultados da pesquisa, passando pelos impactos desse processo no escritor e nos seus interlocutores. Não se escreve *sozinho* uma tese. Não se escreve *incólume* uma tese.

De outro lado, os agradecimentos são um convite à bisbilhotagem legítima e bem-intencionada sobre a vida que permeia *o trabalho acadêmico* e que vai *para além dele*. Ainda assim, inserem-se em um *gênero* dotado de algumas convenções que serão repetidas. Os exemplos são vários, como o necessário registro de responsabilidade exclusiva do pesquisador pela investigação empreendida. Aqui não é diferente: toda e qualquer insuficiência ou falha argumentativa somente podem ser atribuídas ao autor.

Ainda assim, o fato inocultável é que não se escreve solitariamente. A angústia da página em branco, somada à piscadela cínica do cursor enquanto não digitamos, induzem a pensar que estamos isolados. Nada mais do que ilusão. Parafraseando Walt Whitman, *somos vastos, contemos multidões*¹. Aos que compõem os vários mundos que habitam em mim, não posso deixar de lhes agradecer. A alguns deles, mais de uma vez.

De partida, ao Samuel Rodrigues, ao Fernando Bivar, ao Fernando Saleta, à Dayane e ao Welber Oliveira, à Eduarda Chacon Rosas, à Desdêmona Arruda, ao Dr. Roberto e à Dona Célia Rosas, por todo o apoio e suporte diante da emergência médica mais inusitada que vivi.

Ao Prof. Dr. Clayton Maranhão, meu orientador e guia, e ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, meu coorientador, sempre mestre e interlocutor, pelos ensinamentos, incentivos intelectuais, troca de ideias, inclusão em projetos instigantes e, acima de tudo, pela liberdade acadêmica e pelo debate de alto nível em que gentilmente me inserem. Este trabalho é fruto das importantes provocações intelectuais de vocês dois, bem como de seu incentivo constante.

¹ WHITMAN, Walt. **Song of Myself**: with a complete commentary. Introduction and commentary by Ed Folsom and Christopher Merrill. Iowa City: University of Iowa Press, 2016, p. 180: “Do I contradict myself? / Very well then I contradict myself, / (I am large, I contain multitudes.)”. Vale registrar o comentário de Christopher Merrill: “He [Whitman] will seek his ‘Me myself’ not only in nature but in the multitudes of people he encounters daily, people who will challenge him to widen his sense of who he is”, *Op. cit.*, p. 18.

Sinto-me prestigiado pelas relações verdadeiras, respeitosas e estimulantes que temos nutrido ao longo desses anos.

Aos membros da minha banca, Ministro e Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, pela sua humanidade, seu exemplo na vida, na academia e na jurisdição constitucional. Além, é claro, pela gratidão da oportunidade honrosa de ter servido à Suprema Corte do meu país. À Prof^ª. Dr^ª. Vera Chueiri, por ter acolhido este jovem processualista nos debates refinados que semeia sobre *constitucionalismo* e *democracia*, na interseção desafiadora entre Direito Constitucional, Filosofia Política e Teoria do Direito; a ela, também, por ter me recomendado, como boa mestra, não ter receio de utilizar a *navalha de Occam*. Ao Prof. Dr. Daniel Mitidiero, pelo impacto que teve em minha trajetória acadêmica e profissional, e seu exemplo constante de que é possível conciliar profundidade e leveza. À Prof^ª. Dr^ª. Paula Pessoa Pereira, por me permitir sempre um diálogo frutuoso, franco e frugal, sobre o direito, suas vivências e suas consequências.

Aos meus amigos e familiares, que mais diretamente se fizeram presentes nos últimos anos, ajudando a presente tese a *alcançar o papel*, cada um a seu modo. Cada um a seu tempo.

À minha irmã, Chris, por me incentivar desde muito cedo a ver o colorido da vida, sem esquecer de alimentar a inquietude da alma. Você respira arte e transpira poesia. À minha irmã, Natasha, exemplo de primor e dedicação, pela sua vocação natural para agregar, acolher e fazer o bem. Obrigado por trazer segurança, paz e tanta felicidade, mesmo nos momentos mais desafiadores.

À minha mãe, Rita, pelo seu amor manifestado não apenas em grandes declarações, mas em presença nos pequenos gestos do dia-a-dia. Agradeço-lhe também por ser a responsável por me apresentar vários dos companheiros de escrita (entre eles, *Paul, John, Chico, Freddie, Vinicius...*). Ao meu pai, Oswaldo, e à minha madrastra, Sandra, pelas várias lições.

À Eduarda Chacon Rosas, minha *terceira irmã*, pensadora, poetisa e advogada brilhante, pelo tanto que compartilhamos, em uma conversa permanente e rica que parece vir de outras vidas, da angústia à leveza: *“this is water”*. Ao Samuel Rodrigues, vocalista do *The Henriques*, pelo seu altruísmo, intelecto afiado e pelas inúmeras xícaras de café. Um viva às risadas largas, entregues mesmo diante das coisas mais absurdas!

Aos amigos que me ajudaram a manejar as viagens entre Brasília e Curitiba, equilibrando os pratos entre advocacia, docência e doutorado. À Gisele e ao Luiz Wowk, meus pais adotivos, e aos Daltro Pereira (Ricardo, Sylvia, Júlia e Lucas), pela disposição para cuidar do Ermenegildo, além da resiliência quase sobrenatural para aguentar um número bastante expressivo de piadas infames ao longo desses anos.

Ao Miguel Godoy, parceiro de mudança para Brasília. Sou grato por compartilharmos a ideia de que as *regras processuais importam*, especialmente na *jurisdição constitucional*. O processo importa. E importa muito.

À Paula e à Mércia Dorotéia, carinhosamente *Binha e Binha-mãe*, que fazem com que meu coração bata naturalmente no ritmo forte, multicolorido e intenso da Bahia. Pela abertura, incentivo e suporte, *pepeô!* À Dayane, ao Welber e ao Joaquim Oliveira, a que se somam a Débora e o Ricardo (coletivamente “*os vizinhos*”), pela cumplicidade e amizade que não são só de pantufa. À Desdêmona Arruda, pela sobrevivência à hostilidade de todas as incertezas da pandemia, pelo *The Daily* comentado *diariamente*, e por todos os carboidratos. Em um jocoso *Fauci cognato*, obrigado por toda a *food for thought!*

Ao Fabiano Tesolin, pela abertura, discussão sobre aspectos importantes da presente tese, além de todas as oportunidades de colaboração acadêmica. Ao Daniel Marinho e ao William Pugliese, professores talentosos, *literalmente* do Norte ao Sul do país, pela interlocução e amizade! Ao Felipe Frank, pela parceria desta e de tantas jornadas. Ao Roan Costa e ao Luiz Henrique Budant, por todos os *eventos e narrativas*. À Marcella Ferraro pelas emoções acadêmicas, na graduação, no mestrado e, como não poderia deixar de ser, no doutorado.

Aos membros da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil - ABPC, pelo debate afiado e no estado da arte do processo, bem como por terem me confiado o cargo de Secretário-Geral. Em especial, agradeço à Carol Caputo, ao Guilherme Pupe, à Daniela Moraes, à Fernanda Lage e ao Paulo Mendes, com quem pude trocar mais de perto algumas impressões sobre gargalos do nosso Processo Constitucional, a partir de sua vasta experiência como professores, pesquisadores e talentosos advogados, públicos e privados.

Aos meus alunos e monitores na Faculdade de Direito da UnB, em que pudemos explorar a prática jurídica cível a partir do *Direito e Literatura*, acompanhando os dramas e as teses jurídicas de Maria da Paz, Catarina e Madalena (elaboradas com muita criatividade por todos!). Aos meus orientandos e alunos de pós-graduação na Faculdade Presbiteriana Mackenzie e no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), pelos instigantes debates sobre o Processo Civil e Constitucional perante o STJ e o STF.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, minha *alma mater*, e ao seu Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), por todos os seus professores e servidores que o tornam um centro de referência no país e no exterior, a quem agradeço nas pessoas de sua coordenadora, Prof^ª. Dr^ª. Vera Chueiri, e da servidora Vanessa Hoshina (amiga, exemplo

e, acima de tudo, guerreira!), sempre dispostas a ajudar a navegar as agruras da pesquisa científica e as dificuldades burocráticas.

Aos professores César Serbena, Clayton Maranhão, Luiz Guilherme Marinoni, Ricardo Marcelo Fonseca, Sérgio Arenhart e Vera Chueiri, pelas excelentes matérias cursadas no doutorado, em que discutimos de *direito probatório à Derrida*, do *Processo Civil ao Processo Constitucional*, da *História à Teoria do Direito e do Estado*, sempre em aulas permeadas por um debate genuíno, profundo e democrático.

Aos meus colegas do PPGD, com quem pude conviver mais de perto ao longo de diversas atividades no doutorado, disciplinas, congressos, núcleos de pesquisa (*Direito Processual Civil Comparado e Constitucionalismo e Democracia*), eventos e palestras, agradeço pelo ambiente estimulante e pela parceria. Obviamente, o mútuo incentivo no momento final de escrita, qualificação e defesa de nossas teses, foi imprescindível. Por todos, registro agradecimento especial ao Victor Romfeld e à Bruna Hanthorne.

Agradeço também aos colegas nas mais variadas carreiras jurídicas, tanto nas assessorias da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal, quanto na advocacia, no Mattos Filho, no BFBM e no Marinoni Advocacia, locais em que pude viver na prática os vasos comunicantes da retroalimentação frutificante entre teoria e prática.

Agradeço em especial à Bruna Hanthorne, à Carol Caputo, à Eduarda Rosas, ao Fernando Bivar, ao Fabiano Tesolin, ao Guilherme Pupe, à Nina Pencak, ao Rodrigo Nery, ao Samuel Rodrigues, ao Saul Leal e ao William Pugliese, pelo diálogo e leitura crítica de trechos desse trabalho.

Também não poderia deixar de destacar o *Ermê*, já mencionado indiretamente nos agradecimentos. Até mesmo a ilusão do isolamento não durou mais do que alguns segundos no ambiente em que finalizo estas linhas. Tive, a bem da verdade, um pequeno ser de quatro patas ao meu lado durante toda essa jornada. A possibilidade de caber nele tanto amor, altruísmo e companheirismo é um mistério. Independente da resposta a essa charada, sei que sou grato por todo diminuto grama que compõe seus pouco mais de 2kg.

Finalizo com a esperança – e a ousadia – de agradecer a você, futura interlocutora e futuro interlocutor, pelo tempo que dedicou às ideias propostas nesta tese, seja para refletir sobre elas (ou *a partir* delas), as criticar ou, quem sabe, acolher.

O resultado dessa jornada buscou entregar em um texto curto, direto e objetivo, em sua reivindicação *crítico-descritiva* - a *guarda da Constituição* em sentido processual -, a revelar um importante convite a futuros convites *prescritivo-normativos*. Isso é, os impactos da *guarda da Constituição em sentido estrito* no *módulo processual* para a implementação dessa

importante função *específica* do Supremo Tribunal Federal. Tem-se, aqui, um novo alicerce para o Processo Constitucional *perante* o STF, ou, como aqui se propõe nominar, o *Supremo Processo Constitucional*.

A motivação por detrás do trabalho foi de colaborar para o debate sobre o aprimoramento da jurisdição constitucional brasileira, a partir de uma nova chave de leitura para algumas das inúmeras e instigantes questões que afligem o nosso Direito Processual Constitucional, em especial quando olhamos para o *agir processual específico* do Supremo Tribunal Federal *como* guardião da Constituição.

Como se sabe, todo fim é um recomeço, um convite a uma nova etapa de diálogo. Que possamos, academia, juristas e cidadãos, ser colaboradores da permanente reconstrução dos *plenários* a quem a *nossa* Constituição *atribuiu*, dentre tantas outras competências, *a nobre função de guardá-la*.

“(...) The difficulty lies, not in the new ideas, but in escaping from the old ones, which ramify, for those brought up as most of us have been, into every corner of our minds”.

John Maynard Keynes

(The General Theory of Employment, Interest and Money, 1936)

RESUMO

A presente investigação parte da identificação de lacuna dogmática no Direito Processual Constitucional brasileiro, qual seja, a ausência de compreensão da função expressa de guarda da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal pelo Direito Constitucional positivo, que parta de uma metodologia *indutiva* (dos dispositivos normativos à sua reconstrução teórico-dogmática), e não *dedutiva* (de modelos teóricos, comumente extraíveis do Direito Comparado, ao Direito Constitucional positivo). O trabalho divide-se em duas partes. Na primeira, delineiam-se a insuficiência das respostas dogmáticas hoje predominantes, a insuficiência dos arquétipos de jurisdição constitucional geralmente adotados, os recortes metodológicos necessários para apresentação de uma nova resposta sobre o tema, e a definição dos pressupostos teórico-metodológicos. Na segunda parte, são analisadas, sob lupa, as competências constitucionais do STF, bem como a interpretação da corte sobre a própria competência, de modo a se extrair, em perspectiva crítico-descritiva, a tese, reveladora do sentido constitucional positivo estrito da função de guarda da Constituição.

Palavras-chave: 1. Competências do Supremo Tribunal Federal; 2. Direito processual constitucional; 3. Controle de constitucionalidade; 4. Guarda da constituição em sentido estrito; 5. Módulo processual adequado.

ABSTRACT

The present investigation has its starting point on the identification of a dogmatical gap in the Brazilian Constitutional Procedural Law doctrine, that is, the lack of understanding of the textual function of safeguarding the Constitution attributed to the Federal Supreme Court by the positive Constitutional Law, by an inductive methodology (from the normative provisions to its theoretical-dogmatic reconstruction), and not by a deductive approach (from theoretical models, commonly extracted from the Comparative Constitutional Law, towards the Brazilian constitutional positive norms). The thesis is divided into two parts. In the first, are outlined: the insufficiency of the currently predominant dogmatic answers, the inadequacy of the archetypes of constitutional jurisdiction broadly adopted, the methodological outlines necessary to present a new approach on the subject, and the definition of the baseline theoretical-methodological assumptions. In the second part, the Federal Supreme Court Constitutional power rules are scrutinized, as well as the court's interpretation of its own jurisdiction, in order to extract, in a critical-descriptive perspective, the thesis, revealing a strict normative constitutional meaning of the function of safeguarding the Constitution.

Keywords: 1. Powers of the Federal Supreme Court; 2. Constitutional procedural law; 3. Judicial review; 4. Safeguarding the constitution in the strictest sense; 5. Due procedural unit.

RIASSUNTO

Questa ricerca parte dall'identificazione di una lacuna dogmatica nel diritto processuale costituzionale brasiliano, vale a dire la mancata comprensione dell'espressa funzione di tutela della Costituzione attribuita alla Corte Suprema dal diritto costituzionale positivo, che parte da una metodologia induttiva (dalle disposizioni normative alla sua ricostruzione teorico-dogmatica), e non deduttiva (da modelli teorici, comunemente estratti dal Diritto Comparato, al Diritto Costituzionale positivo). Il lavoro è diviso in due parti. La prima delinea l'insufficienza delle risposte dogmatiche oggi prevalenti, l'insufficienza degli archetipi di giurisdizione costituzionale generalmente adottati, gli approcci metodologici necessari per presentare una nuova risposta sul tema e la definizione dei presupposti teorico-metodologici. Nella seconda parte, vengono analizzati i poteri costituzionali della STF, nonché l'interpretazione della Corte della propria giurisdizione, al fine di estrarre, in una prospettiva critico-descrittiva, la tesi, rivelandone il significato costituzionale strettamente positivo della funzione di custode della Costituzione.

Parole chiave: 1. Competenze della Corte Suprema; 2. Diritto processuale costituzionale; 3. Controllo di costituzionalità; 4. Custodire la costituzione nel senso più stretto; 5. Modulo procedurale adeguato.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO	–	Ação Cível Originária
ADC	–	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIO	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	–	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AO	–	Ação Originária
AP	–	Ação Penal
CC	–	Conflito de Competência
CJ	–	Conflito de Jurisdição
CNJ	–	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	–	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	–	Código de Processo Civil
CRFB	–	Constituição da República Federativa do Brasil
DJ	–	Diário de Justiça
DOU	–	Diário Oficial da União
ED	–	Embargos de Declaração
EXT	–	Extradição
HC	–	<i>Habeas Corpus</i>
INQ	–	Inquérito
LSN	–	Lei de Segurança Nacional
MC	–	Medida Cautelar
MI	–	Mandado de Injunção
PET	–	Petição
QC	–	Queixa Crime
QO	–	Questão de Ordem
RC	–	Recurso Crime
RCL	–	Reclamação
RG	–	Repercussão Geral
RHC	–	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
RI	–	Representação Interventiva
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	17
	PARTE I: PREÂMBULO INVESTIGATIVO. A CARTOGRAFIA DA JORNADA SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OS RECORTES METODOLÓGICOS NECESSÁRIOS PARA APRESENTAR NOVO OLHAR SOBRE O PROCESSO CONSTITUCIONAL A PARTIR DAS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À CORTE <i>PELA</i> CONSTITUIÇÃO.....	25
2.	DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: DA INSUFICIÊNCIA ANALÍTICA DOS MODELOS IDEAIS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À ARQUITETURA CONCRETA DA <i>GUARDA DA CONSTITUIÇÃO</i> ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO.....	26
2.1.	O problema de pesquisa, a delimitação do percurso metodológico, e os recortes necessários para ser viável a apresentação de um novo olhar sobre um tema dogmático clássico da disciplina do Direito Processual Constitucional.....	27
2.2.	A(s) lacuna(s): as insuficiências dos arquétipos de <i>Corte Suprema</i> (modelo americano) e <i>Tribunal Constitucional</i> (modelo europeu) para explicar e orientar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal na função de guardar a Constituição.....	40
2.3.	Arremate: o que a presente tese <i>não é</i> , recortes temporais, esclarecimentos redacionais e os <i>pressupostos teóricos</i> de onde se parte nessa jornada investigativa teórico-dogmática sobre o processo constitucional brasileiro <i>perante</i> o Supremo Tribunal Federal.....	59
	PARTE II – SUPREMO PROCESSO CONSTITUCIONAL: DAS FUNÇÕES DO STF À <i>GUARDA DA CONSTITUIÇÃO</i> EM SENTIDO POSITIVO, ESTRITO E PROCESSUAL.....	71
3.	DAS COMPETÊNCIAS ÀS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO: O QUE SIGNIFICA COMPETIR AO STF <i>PRECIPUAMENTE</i> A <i>GUARDA DA CONSTITUIÇÃO</i> ?.....	72
3.1.	O que a arquitetura constitucional nos diz sobre a <i>função de guarda da Constituição</i> pelo Supremo Tribunal Federal?.....	72
3.2.	As competências outorgadas ao STF ligadas à <i>funcionalidade da estruturação concreta da separação de poderes no Direito Constitucional positivo</i>	82
3.2.1.	As competências <i>criminais</i> originárias.....	92
3.2.1.1.	A competência <i>criminal comum</i> de altas autoridades da República, da cúpula dos demais poderes, da cúpula de órgãos de controle e do próprio Poder Judiciário.....	92
3.2.1.2.	A competência para julgamento de crimes de responsabilidade.....	99
3.2.1.3.	A competência para julgamento de <i>habeas corpus</i>	101
3.2.1.4.	A competência para julgamento de <i>extradição</i> solicitada por Estado estrangeiro.....	103
3.2.1.5.	A competência para julgamento da <i>revisão criminal</i> de seus julgados e para a execução de sentença <i>criminal</i> nas causas de sua competência originária.....	104
3.2.2.	As competências <i>criminais</i> recursais <i>ordinárias</i>	105

3.2.2.1.	A competência para julgamento de <i>recurso ordinário</i> em <i>habeas corpus</i> , decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão	105
3.2.2.2.	A competência para julgamento de <i>recurso ordinário</i> de <i>crime político</i>	106
3.2.3.	As competências <i>cíveis</i> originárias	108
3.2.3.1.	A competência para julgamento de <i>mandado de segurança</i> e <i>habeas data</i>	108
3.2.3.2.	A competência para julgamento entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e União (ou Território), Estados e Distrito Federal	109
3.2.3.3.	A competência para julgamento de <i>causas</i> e <i>conflitos</i> federativos (União vs. Estado(s), União vs. Distrito Federal, Estado(s)/Distrito Federal vs. Estado(s)/Distrito Federal)	110
3.2.3.4.	A competência para julgamento das <i>ações</i> contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público	111
3.2.3.5.	As competências de preservação intrassistêmica do Poder Judiciário.....	115
3.2.3.5.1.	A competência para julgamento da <i>ação</i> em que <i>todos os membros da magistratura</i> sejam <i>direta</i> ou <i>indiretamente</i> interessados	116
3.2.3.5.2.	A competência para julgamento da <i>ação</i> em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam <i>impedidos</i> ou sejam <i>direta</i> ou <i>indiretamente</i> interessados	118
3.2.3.5.3.	A competência para julgamento de <i>conflitos de competência</i> entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre Tribunais Superiores e qualquer outro Tribunal.....	119
3.2.3.6.	A competência para julgamento da <i>ação rescisória</i> de seus julgados e para a execução de sentença <i>cível</i> nas causas de sua competência originária	120
3.2.4.	A competência <i>cível</i> recursal <i>ordinária</i> : competência para julgamento de <i>recurso ordinário</i> em mandado de segurança, <i>habeas data</i> , mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão	122
3.2.5.	A competência de autopreservação do STF: a hipótese da <i>reclamação</i> para preservação de suas competências e para garantir a autoridade de suas decisões e de <i>súmulas vinculantes</i>	123
3.2.6.	Excurso: a competência para julgar a representação <i>interventiva</i> prevista no art. 36, III, CRFB	126
3.2.7.	O <i>fio condutor</i> das competências constitucionais do STF justificada na separação de poderes	128
3.3.	As competências que não respondem diretamente à separação de poderes: sua conexão com a função principal do STF de <i>guardar a Constituição</i>	129
3.3.1.	A competência recursal <i>extraordinária</i> para julgamento de <i>recurso extraordinário</i> proveniente de <i>caso com questão constitucional</i> dotada de repercussão geral.....	129
3.3.2.	A competência para julgamento de <i>ação direta de inconstitucionalidade</i> de lei ou ato normativo federal ou estadual e a <i>ação declaratória de constitucionalidade</i> de lei ou ato normativo federal	134

3.3.3.	A competência para <i>julgar</i> o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.....	137
3.3.4.	A competência para dirimir <i>omissão inconstitucional</i> : competência para julgar a <i>ação direta de inconstitucionalidade por omissão</i> e <i>mandado de injunção</i> quando a norma regulamentadora for atribuição dos órgãos de cúpula dos demais Poderes, do próprio Supremo Tribunal Federal ou de um dos Tribunais Superiores	139
3.3.5.	A competência para julgar <i>arguição de descumprimento de preceito fundamental</i>	142
3.3.6.	A competência para aprovar <i>súmula vinculante</i>	143
3.4.	Reivindicação crítico-descritiva da tese: o sentido técnico-processual <i>estrito de guardar a Constituição</i> e a abertura para o <i>Supremo Processo Constitucional</i>	144
4.	CONCLUSÕES	149
	PÓS-ESCRITO: A PESQUISA, O PESQUISADOR E O OBJETO DE ESTUDO	150
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

1. INTRODUÇÃO

O processo constitucional judicial vigente no país é dotado de um desenho complexo. Esse fato é de constatação trivial pela leitura do Capítulo III, do Título IV da Constituição, que versa sobre o Poder Judiciário.

Nele se pode ver, a partir de voo panorâmico sobre os dispositivos normativos, a coexistência de inúmeros órgãos com competência para exercer a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade (de rigor, *todos* os juízes e tribunais ao julgarem os casos concretos, à luz dos arts. 102, III, *caput*, e 97, CRFB), que pode se dar de forma incidental ou principal, por meio de ações em que a questão constitucional é veiculada como objeto do processo (arts. 102, III, e 97; e art. 102, I, *a e p*, §1º, art. 103, §2º, e art. 125, §2º, CRFB), com simultaneidade de controles estadual e federal, perante os Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Na hierarquia *intra* judiciário e no desenho *inter poderes*, o STF emerge como órgão de cúpula, a quem cabe, *precipualemente*, a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB), com diversas competências jurisdicionais originárias, recursais ordinárias, recursais extraordinárias e, ainda, a atribuição de poder editar súmulas com caráter vinculante.

Para além dessa primeira aproximação bastante sintética ao desenho da normatividade constitucional da matéria, não se pode esquecer que, qualquer que seja o estudo que se pretenda realizar sobre o Direito Processual Constitucional *brasileiro*, não é possível ignorar que se está diante de um objeto de estudo que é vivido em uma experiência social, judicial e constitucional, com inúmeras engrenagens em movimento e vários pontos de fricção.

Isso exige um especial esforço interpretativo por parte da doutrina, seja para compreendê-lo, seja para buscar explicá-lo racionalmente, isso é, para entender de forma coerente o *processo* que orienta e conduz o exercício da jurisdição constitucional. O ponto é reforçado ainda mais quando se tem como endereço investigativo específico o STF e *todas as suas funções atribuídas expressamente pela Constituição*. Complexidade não falta.

Para além do cardápio grande de atribuições da corte², são vários os caminhos que levam o Supremo a decidir sobre as mais diversas matérias. Estes caminhos, por sua vez, se interrelacionam por inúmeras conexões recíprocas que dificilmente são encaixáveis em

² Nesta tese os termos “corte” e “tribunal” são utilizados de forma intercambiável para se referir ao STF, no sentido mais comum e coloquial que identifica ambos os termos. Isso porque metodologicamente não serão utilizados e subscritos *modelos teóricos* prescritivos específicos para *cortes supremas* ou *tribunais constitucionais*, de modo que não haveria ganho explicativo em uma distinção entre *tribunal* e *corte*. Sobre o ponto, ver o CAPÍTULO I.

qualquer taxonomia de “modelos de justiça constitucional”, ou mesmo que possam ser facilmente apreendidos ou reconduzidos a outras experiências existentes no direito comparado³.

Do conjunto de dispositivos normativos emerge, por si só, a necessidade de uma bússola metodológica-interpretativa, que nos dê um caminho claro para navegar com segurança as regras e princípios processuais específicos que informam o adequado funcionamento do STF na função de guardar a Constituição.

A resposta comumente dada pela doutrina para outorga de coerência costuma partir de *tipos ideais* para o funcionamento do tribunal, permeados por uma análise sofisticada do direito processual, entremeada com aportes *essenciais* de ramos distintos do saber, tais como a Teoria do Direito. Mas é preciso mais. O convite que se faz nesta tese é para que se olhe para o Supremo na construção de sua estrutura e de sua principal função (*guardar a Constituição*), fñcada, antes de tudo, no Direito Constitucional positivo.

Ou seja, avaliar e pensar a estruturação do seu *processo* não apenas de modo a responder a um tipo ideal de corte constitucional ou de suprema corte, mas, partindo da conformação constitucional positiva, oferecer uma leitura doutrinário-dogmática capaz de servir de *fundamento, suporte e complemento* aos modelos *prescritivos* existentes, com olhar atento na própria confiança depositada positivamente no STF pelo sistema constitucional. O que se propõe é fazer a passagem de uma metodologia *dedutiva* para uma abordagem *indutiva* do Processo Constitucional brasileiro *perante o Supremo*, percurso curiosamente pouco utilizado no enfrentamento do tema.

Assim, entende-se que o momento recomenda não mais olhar para a jurisdição constitucional e para o processo constitucional a partir *apenas* de modelos ancorados com exclusividade na história do controle de constitucionalidade (e nas experiências de Direito Comparado), ou, então, nas modificações pelas quais passaram os dispositivos normativos da ordem constitucional vigente em contraposição às ordens constitucionais anteriores (inclusive sob a perspectiva do poder constituinte reformador). Também não basta pensar o problema a

³ Pense-se no cabimento de recurso extraordinário (instrumento tradicionalmente vinculado ao chamado controle difuso de constitucionalidade) interposto contra acórdão de Tribunal de Justiça que julga ação direta de inconstitucionalidade estadual (instrumento tradicionalmente vinculado ao “controle concentrado” de constitucionalidade ou, mais corretamente, controle principal de constitucionalidade), quando se está diante de parâmetro de controle estadual (norma de Constituição Estadual) que seja decorrente de dispositivo de *reprodução obrigatória*, pela Constituição Estadual, de dispositivo da Constituição Federal. De forma até mesmo intuitiva, casos como esse, isso é, o cabimento de recurso extraordinário em ação direta de inconstitucionalidade – nem um pouco novo na jurisprudência do Tribunal, que admite a hipótese há mais de 30 (trinta) anos, pelo menos desde a Reclamação nº 383 – mostram que a vivência da jurisdição constitucional brasileira aponta para a opacidade das fronteiras dogmático-classificadoras que pareceriam, de início, nítidas e claras quando analisados tipos e/ou modelos ideais (STF, Rcl nº 383, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/5/1993).

partir de um olhar lastreado majoritária ou exclusivamente em modelos teóricos *prescritivos* fincados na Teoria do Direito e da Filosofia Política.

O problema específico enfrentado pela tese é, em uma perspectiva teórico-dogmática, partir do que dispõe a Constituição e das reinterpretações das competências da corte realizadas diacronicamente pelo STF, para, então, apresentar respostas aos dilemas da jurisdição constitucional que sejam, a um só tempo, coerentes entre si, diferente do que tem se constatado na *prática* do tribunal e em parte considerável dos trabalhos monográficos sobre o Processo Constitucional brasileiro⁴.

Perceba-se, portanto, que assim como a doutrina nacional desenvolveu de forma sofisticada o direito de ação *como* direito fundamental e elemento estruturante para o *processo civil constitucionalizado*, não se está aqui em busca de uma mera descrição “procedimental” para exercício da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade⁵. Em

⁴ Alguns exemplos de dúvidas genuínas, com respostas contraditórias ofertadas pela corte e pela doutrina: qual é ou deve ser a interrelação entre *ação direta de inconstitucionalidade* e o *recurso extraordinário*? Como e em que medida seus *efeitos* são distintos? Qual a relação entre *ação direta de inconstitucionalidade estadual*, o *recurso extraordinário* e *ação direta de inconstitucionalidade* perante o STF? Como conciliar, em um mesmo tribunal, a competência para julgar *mandado de injunção* e *ações penais originárias*? Antes disso: há sequer uma conciliação possível entre tais competências constitucionais? Todas elas são abarcadas pelo guarda-chuva “*guardar a Constituição*”? Qual o *quórum* para modulação de efeitos de decisões sobre constitucionalidade? É adequado ou razoável que esse quórum seja distinto a depender do instrumento processual em que a jurisdição do tribunal é provocada, isso é, por meio de recurso extraordinário ou de ação direta de inconstitucionalidade? A modulação de efeitos impacta de que forma o dogma da *nulidade da lei inconstitucional*? É possível justificar uma regra unitária quanto aos efeitos do julgamento de constitucionalidade pelo STF? A busca da fixação de “teses interpretativas” pela corte, mesmo no *controle principal* e dito *abstrato* de constitucionalidade, é apenas uma boa prática do tribunal, uma imposição do CPC, ou representa a concretização de um mandamento constitucional para o desempenho da *função* de guarda da Constituição? Há um módulo processual para o funcionamento do tribunal na função de *guardar a Constituição*? Qual o papel reservado ao plenário e às turmas do tribunal? Há algum comando constitucional que imponha que determinadas ações sejam julgadas pela composição integral do STF? Toda e qualquer distribuição de competência interna da corte pode ser livremente regulamentada por normas regimentais?

⁵ A questão é muito similar à reconstrução dogmática do direito fundamental de ação no âmbito do Direito Processual Civil. Isso porque se buscou olhar para a nossa ordem constitucional concreta para, na sequência, identificar dois elementos importantes na interseção entre jurisdição e ação, a partir do art. 5º, XXXV, CRFB: (i) a necessidade de sua imbricação, como direito político, com as necessidades do direito material, de modo a prestar a tutela adequada e tempestiva capaz de outorgar aquilo que é exigido e prometido pelo direito material; e (ii) o fato de que, no exercício dessa função, confiou-se aos juízes brasileiros o poder de controlar a constitucionalidade da lei, o que inclui controlar a omissão total ou parcial decorrente da insuficiência da proteção processual adequada para o direito material (art. 102, III, CRFB). Destaca-se aqui MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil V.1: teoria do Processo Civil**. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2023. *E-book*. Veja-se que nesse sofisticado caminho de construção teórica, porém, há um endereço no direito material muito claro para dimensionar a construção da necessidade da tutela adequada. Quanto à tutela da própria Constituição, por outro lado, por uma questão até mesmo lógica, temos que olhar para a própria ordem constitucional positiva para entender como ela criou, ou não, o instrumento de sua própria proteção. Como se verá, a função de guarda da Constituição, atribuída ao STF, não se confunde com a jurisdição constitucional/controlado de constitucionalidade difuso atribuído a todas as juízas e juízes brasileiros, e possui contornos bem específicos, que revelam o delineamento da “ação de constitucionalidade”, decorrente do art. 102, *caput*, CRFB, e das competências do STF diretamente ligadas à guarda da Constituição, assim como a conjugação do art. 5º, XXXV, e do art. 102, III, CRFB, revelam os contornos do direito fundamental de ação em nossa ordem constitucional. É a partir desses contornos positivos que se podem pensar nas técnicas adequadas para a tutela do Direito Constitucional.

realidade, está-se diante de empreendimento que busca a *ação constitucional perante o STF* para alcance das tutelas idôneas à proteção do Direito Constitucional. E de como, a partir de seu desenho no Direito Constitucional positivo, essa ação é conformada. Descreve-se o assento normativo e constitucional positivo para dele se extrair o norte capaz de outorgar coerência à interpretação do processo constitucional *perante* o Supremo.

Como bem alerta Luiz Guilherme Marinoni, “*é chegado o momento de perceber, a despeito de um equívoco já difundido, que há apenas uma ação constitucional, ou melhor, que existe uma única ação para o alcance das várias tutelas idôneas à proteção do direito constitucional*”⁶. O autor, na sequência, aduz de forma certa, “*(...) parte-se da individualização das formas de tutela de que o direito constitucional é carente para, diante das técnicas processuais predispostas ou necessárias ao se alcance, utilizar-se a ação*”⁷.

A presente tese, em outras palavras, busca apresentar o fundamento *positivo* para a *ação constitucional* de que fala Marinoni e que, intuitivamente e de forma não expressa, o STF tem se valido para afirmar a *plasticidade* entre os vários instrumentos para a tutela da Constituição. Dessa construção, *crítico-descritiva* do direito positivo, por sua vez, emergem inúmeros exemplos possíveis de consequências práticas na outorga de unidade ao sistema processual constitucional, em especial as intercambialidades das técnicas utilizadas no desempenho da *função de guarda da Constituição* por meio dos instrumentos à disposição da corte, da *ação direta de inconstitucionalidade à arguição de descumprimento de preceito fundamental*, da *repercussão geral no recurso extraordinário ao mandado de injunção* etc.

Assim, passa-se de um “problema da vida”, mesmo que teórico – a complexidade do desenho institucional do Supremo –, para o problema teórico-dogmático, fincado no Direito Constitucional positivo, sobre o qual a tese se debruça especificamente. Isso é, a *descrição* da existência de um elemento condutor capaz de outorgar, a partir da positividade constitucional, sentido específico para a função de *guarda da Constituição* pelo STF e, conseqüentemente, para uma futura reconstrução *prescritiva* de seu processo adequado. De forma analítica, o problema da tese pode ser enunciado a partir de três perguntas:

1. Há um fio condutor dogmático-processual, extraível da própria Constituição em vigor e das reconstruções de sentido feitas pelo próprio STF sobre a interpretação de suas competências, que nos permita propor uma chave de leitura uniforme para

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: RT, 2021. p. 1.178.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional...**, *Idem*, p. 1.179.

compreender o que significa *guardar a Constituição* em um sentido *estricto e processual*?

2. É possível extrapolar, a partir dessa compreensão constitucional, elementos necessários e suficientes para a construção do *módulo processual adequado* para o desempenho da função de *guarda da Constituição* pelo STF? Em outras palavras, é possível apresentar uma construção dogmática que possa responder, de forma coerente e satisfatória, às inúmeras perguntas que são levantadas diariamente sobre o complexo processo constitucional brasileiro, tornando-o cognoscível e operativo a partir de uma teoria-base uniforme?
3. É viável fazer essa reconstrução em um trabalho monográfico que seja, ao mesmo tempo, direto e objetivo, prescindindo de uma longa reconstrução histórico-dogmática dos diversos modelos de jurisdição constitucional inspiradores dos instrumentos que compõem hoje o cardápio de caminhos processuais à disposição do STF para guardar a Constituição?

Busca-se responder afirmativamente às três indagações, por meio da construção de um arcabouço conceitual que perpassa especialmente a já mencionada dimensão *crítico-descritiva*. Para tanto, o início da jornada está situado no *caput* do art. 102 da CF, que estabelece competir ao STF, *precipualemente*, a guarda da Constituição.

A frase “*compete (...) precipualemente, a guarda da Constituição*” não é desimportante ou desprovida de significado. Até mesmo porque é a única hipótese em todo o texto constitucional de atribuição *expressa* de uma *função* a um órgão de cúpula de Poder.

Além disso, o próprio texto constitucional convida à reflexão de que na corte coexistem a função de *guarda da Constituição* com outra (s) possível (veis) função (ões) “não expressa(s)”. É preciso, portanto, desvelar de destrinchar as justificativas normativas das competências do STF que estão ligadas à função de guarda da Constituição de suas demais funções.

Bem vistas as coisas, se a guarda da Constituição é a função *precípua*, a principal ou a mais importante da corte, há que se reconhecer, até mesmo por questão de lógica, que são pressupostas *outras funções* pela Constituição às inúmeras competências que atribuiu ao tribunal. No entanto, antes de tudo, e essa é uma preocupação central nesta reflexão, é preciso

tomar o cuidado de não trivializar a *função* que é enunciada de forma explícita pela nossa ordem constitucional. Afinal, se tudo é guardar a Constituição, nada é guardar a Constituição.

Como se verá, o vocábulo “precipualemente”, e as suas consequências para definição do que constitui o *guardar a Constituição*, não foi explorado em sua capacidade explicativa pela doutrina brasileira, nem tampouco pela prática do STF para compreender o significado e conformação da *guarda da Constituição*, sendo geralmente utilizado tão somente como reafirmação retórica do poder da corte.

A *função* e a *estrutura* do próprio Supremo, porém, nos revelam um sentido *processual* específico para a guarda da Constituição, abordagem inédita até hoje e que pode colaborar tanto para o aprimoramento de modelos exclusivamente prescritivos (que tratam do *dever ser* de uma corte suprema ou tribunal constitucional), quanto a apresentação de respostas práticas para incongruências relevantes na prática do tribunal (o Supremo *que é*).

Como se demonstrará, a chave de leitura da tese, que parte da *descrição* conceitual da *guarda da Constituição*, é um “segredo escondido à luz do dia” na praça pública da doutrina e do texto constitucional, em suas várias interpretações. Feito o registro introdutório da lacuna e de como esta tese pretende preenchê-la, confira-se analiticamente a *estrutura* desta investigação.

Em síntese: a tese responde à busca por uma chave de leitura para o Processo Constitucional perante o STF⁸, a partir da construção dogmática crítica do sentido processual *estrito* de *guardar a Constituição*. Descendo uma camada a mais no sentido do enfrentamento do problema e da hipótese de trabalho, a partir dessa descrição conceitual da *guarda da Constituição* em sua conformação no Direito Constitucional *positivo*, será possível identificar o elo informativo do desempenho dessa função (sua *reivindicação crítico-descritiva*), que será capaz de abrir um convite para, em investigações posteriores específicas, interpretar e integrar os diplomas normativos vigentes que regem o Processo Constitucional perante o STF (as possíveis repercussões *prescritivas* da tese).

Refletindo essa ambição, o texto divide-se em duas partes. Na PARTE I, tem-se, a bem da verdade, o PREÂMBULO INVESTIGATIVO, que guiará, no CAPÍTULO 1, o percurso investigativo e narrativo da tese, as lacunas na dogmática atual do Processo Constitucional brasileiro, a metodologia adotada, além de grifar os pressupostos teórico-conceituais capazes de situar a

⁸ Não é objeto desta tese tratar da jurisdição constitucional *estadual e principal* perante os Tribunais de Justiça.

jornada, que tem como suas fontes o Direito Constitucional positivo e as compreensões diacrônicas do STF sobre suas próprias competências⁹.

De posse do nosso mapa metodológico, inaugura-se a PARTE II, em que se busca construir o conceito de *guarda da Constituição em sentido estrito*, a partir da análise das competências constitucionais do STF.

Para tanto, no CAPÍTULO 2 são analisadas *sob lupa* as competências da corte, demonstrando que esse componente *estrutural* é vinculado a duas grandes *funções* atribuídas ao STF pela Constituição.

Como se evidenciará, todas as competências constitucionais da corte podem ser reconduzidas a duas grandes *razões de ser* sob o prisma funcional, a partir da *confiança* depositada pela Constituição no Supremo. Isso porque: ou bem dizem respeito ao desenho constitucional concreto de separação de poderes (na dimensão de *freios e contrapesos* – e da tensão intrassistêmica por ela pressuposta – ou de *vedação a acúmulo indevido e soberano do poder estatal* por um dos poderes do estado, permitindo o seu *adequado funcionamento*); ou bem, por exclusão, estão ligadas à densificação do sentido constitucional estrito de *guarda da Constituição* enunciado pelo *caput* do art. 102, CRFB.

Assim, demonstra-se haver, de um lado, regras de atribuição de competência da corte estabelecidas concretamente para o funcionamento dialogal da cúpula dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a evitar antinomias, impedir espaços de indeterminação decisória e, ainda, modular a realização e acomodação de conflitos institucionais. De outro, tem-se competências que, por exclusão, estão ligadas à função *específica* enunciada pelo próprio *caput* do art. 102 da CRFB, de *guardar a Constituição*. E, portanto, apontam para o seu significado *estrito* e processual, uma vez que não conseguem ser reconduzíveis ou sequer justificáveis funcionalmente do mesmo modo que as demais atribuições de poder à corte.

Como se verá, como consequência, pode-se agora fazer o sentido investigativo inverso, que implica o reconhecimento de haver um fundamento uniforme, verdadeiro *modelo constitucional* de desempenho da função expressa e específica atribuída pela Constituição ao

⁹ De rigor, o objetivo é evidenciar os recortes metodológicos que viabilizam que se lance um novo olhar sobre um tema clássico e com grande produção doutrinária. O processo constitucional e a jurisdição constitucional pelo Supremo, como se sabe, não são temas novos ou sobre os quais haja escassez de produção teórica ou jurisprudencial. Para não ficar à deriva no oceano de decisões do Supremo que compõe a sua jurisprudência, nem tampouco se perca no vasto mar de explicações doutrinárias para o agir processual da corte na perspectiva teórica do Direito Processual, precisamos de uma cartografia que evidencie o problema, por onde navegaremos, e, simultaneamente, separe o que é essencial para a presente jornada de eventuais questões paralelas, ainda que possam ser interessantes ou mesmo pontos para diálogo futuro com a presente tese.

STF no contexto da jurisdição constitucional (*guardar a Constituição*), que, a bem da verdade, corresponde à “*ação constitucional*” para a guarda da Constituição a que alude Marinoni.

Em outras palavras, a tese defende, descritivamente, que há um sentido estrito, processual, para a *guarda da Constituição pelo Supremo*, do qual decorrem a constatação de suas necessidades específicas e potencialidades específicas de leitura - e de releitura -, ao longo do tempo.

Dessa constatação, conclui-se a reivindicação *crítico-descritiva* e central da tese, capaz de dar as bases para a edificação do *Supremo Processo Constitucional*, isso é, uma dogmática do Direito Processual Constitucional cuja principal atenção é voltada para o funcionamento processual *do* Supremo Tribunal Federal *na função* de guardar a Constituição, tal como lastreada no Direito Constitucional positivo vigente.

PARTE I: PREÂMBULO INVESTIGATIVO. A CARTOGRAFIA DA JORNADA SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OS RECORTES METODOLÓGICOS NECESSÁRIOS PARA APRESENTAR NOVO OLHAR SOBRE O PROCESSO CONSTITUCIONAL A PARTIR DAS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À CORTE PELA CONSTITUIÇÃO

Ao Supremo Tribunal Federal atribuiu-se a função de *guardar a Constituição*. Tudo que o Supremo *faz*, porém, está vocacionado à guarda da Constituição? O próprio texto normativo constitucional nos dá importante pista ao se utilizar do vocábulo *precipualemente*, indicando que para além de sua principal função, a corte possui inúmeras competências, as quais respondem a possíveis outras razões constitucionais relevantes.

As respostas doutrinárias, porém, geralmente transparecem dois discursos comuns. Ou a questão sequer é colocada, isso é, o Supremo aparece como *guardião da Constituição* e não se problematizam as granularidades decorrentes do exercício de todas as suas competências, tampouco são investigadas as suas “razões de ser”. Ou, então, parte-se de uma metodologia *dedutiva*, a partir de modelos ideais, que acabam por identificar a *guarda da Constituição* com o exercício da jurisdição constitucional por meio das ações de controle principal de constitucionalidade e do recurso extraordinário.

O Supremo, aqui, aparece como o encontro híbrido e desengonçado de dois modelos distintos, os paradigmas *americano* e *européu* de controle de constitucionalidade, em uma taxonomia que é universalmente tida como de pouca serventia em sua capacidade explicativa para a riqueza da jurisdição constitucional contemporânea.

Ambas as soluções narrativas são insuficientes, implicando respostas contraditórias, com consequências graves para a vivência da jurisdição constitucional. Os exemplos dessa abordagem desprovida de *fio condutor comum* transparecem no dia a dia do STF: adoção de espaços decisórios distintos para hipóteses similares, exigência de *quóruns* distintos para utilização de técnicas decisórias idênticas como a *interpretação conforme à Constituição*, a depender do instrumento processual que leve a corte a decidir etc.

Outra história, mais coerente, é possível. Para tanto precisamos olhar para a conformação da *ação constitucional* ligada à função de guarda da Constituição capaz de construir o seu adequado módulo processual, a *reivindicação crítico-descritiva* desta tese.

Para construí-la, faz-se necessário navegar pelo Direito Constitucional *positivo* e todas as competências atribuídas ao STF, olhar com atenção para o desenho concreto da separação de poderes, e extrair o sentido constitucional positivo *da função de guarda da Constituição* a partir de sua arquitetura da confiança.

2. DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: DA INSUFICIÊNCIA ANALÍTICA DOS MODELOS IDEAIS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À ARQUITETURA CONCRETA DA GUARDA DA CONSTITUIÇÃO ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO

A presente tese é uma resposta ao convite de pensarmos a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade desempenhado *especificamente* pelo Supremo Tribunal Federal, dando concretude ao conteúdo da *ação constitucional* exercida pela corte. Vale dizer, da ação única que, sustentamos, está conectada com a *função de guarda da Constituição* positivamente atribuída constitucionalmente ao Supremo, que não se confunde com o direito fundamental de ação, e por meio da qual se deve permitir “*o alcance das várias tutelas idôneas à proteção do Direito Constitucional*”¹⁰.

Para tanto, busca-se a realização de uma *descrição* crítica da arquitetura constitucional, com a consequência de ser capaz de revelar significado estrito à função de guardar a Constituição, permitindo que, em empreendimentos investigativos posteriores, se reivindique, *prescritivamente*, a adequação ao módulo processual básico para o desempenho da guarda da Constituição¹¹.

Para concretizar essa reivindicação investigativa e permitir a edificação das respostas constituintes do núcleo da pesquisa, faz-se necessário construir preliminarmente um mapa investigativo que nos guie pelas várias reflexões pelas quais se navegará para construção da tese. Afinal, está-se diante de um tema dogmático *clássico* do Direito Processual Constitucional e, sem as devidas delimitações, seria muito fácil ficar à deriva sem conseguir navegar pelo mar turbulento imposto pela complexidade do objeto de estudo.

Dessa forma, a cartografia investigativa realizada neste capítulo permitirá a navegação pelas águas caudalosas que conduzirão à apresentação de uma nova chave de leitura para um problema já enfrentado por outras perspectivas teóricas, e diversas disciplinas.

De forma objetiva, neste capítulo se identificam (i) o problema de pesquisa, a delimitação do percurso metodológico e os recortes necessários, dentro do Direito Processual Constitucional (o mapa da jornada); (ii) as lacunas que serão preenchidas (que revelam, a bem da verdade, o seu ineditismo); e (iii) a identificação dos pressupostos teóricos que serão

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: RT, 2021. p. 1.178.

¹¹ Perceba-se que as consequências de se perquirir sobre o sentido constitucional positivo da *guarda da Constituição* tem direta e imediata consequência para a interpretação e integração dos dispositivos normativos *constitucionais* e *infraconstitucionais* em vigor que regem o *processo constitucional perante o Supremo*, além de poderem orientar a estruturação de novos desenhos processuais no futuro.

utilizados e resgatados ao longo de cada um dos tijolos necessários para edificação da tese em sua reivindicação *crítico-descritivas* e a evidenciação do seu potencial *prescritivo* exposto mais à frente.

2.1. O problema de pesquisa, a delimitação do percurso metodológico, e os recortes necessários para ser viável a apresentação de um novo olhar sobre um tema dogmático clássico da disciplina do Direito Processual Constitucional

“*O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição*”. A frase é repetida exaustivamente em nossa esfera pública, na mídia jornalística, nas faculdades de Direito, em aulas de pós-graduação, nos livros de Direito Constitucional, de Direito Processual Civil e Constitucional, como se fosse um espelho exato e singelo do que dispõe a nossa Constituição.

A realidade, porém, é mais refinada e complexa. Foram – e continuam a ser – travados debates sobre temas relevantes como monopólio ou pluralidade de intérpretes e guardiões/implementadores da Constituição, o papel da sociedade civil na reivindicação e reconstrução dos sentidos dos dispositivos constitucionais, o impacto da supremacia constitucional no agir estatal e privado etc.

Discute-se, ainda, a própria razão de ser do controle de constitucionalidade e da grande plasticidade de modelos para a sua concretização, mais especificamente as fronteiras da jurisdição constitucional, os diálogos institucionais entre os poderes do Estado, os vários *modelos* e *sistemas* para a estruturação de um processo constitucional judicial idôneo e adequado para fazer valer a supremacia da Constituição etc.

Não são questões novas, mas perguntas que ganham novo colorido a cada decisão constitucional tomada, país a país, ao longo dos mais de duzentos anos de experiência de jurisdição constitucional no Direito Comparado.

Não fosse o bastante, olhando especificamente para a nossa ordem jurídico-constitucional *positiva*, as decisões que o STF é chamado a proferir no campo material não são poucas ou banais.

Vai-se da reafirmação, defesa e implementação de direitos fundamentais prometidos pela Constituição e eventualmente negados de forma indevida a grupos minorizados. Passa-se pelo julgamento criminal de altas autoridades da República. E, ainda, imbrica-se em debates – e embates – na alta tensão imposta pela separação de poderes, em um sistema de freios e contrapesos que, ainda que se pretenda azeitado abstratamente, é permeado por inúmeros ruídos provocados pelo colorido da vida real. E, como não poderia deixar de ser, esses momentos de teste de estresse da resiliência da própria normatividade constitucional e de seus desenhos,

exigem novas rodadas de diálogo e construções constitucionais *criativas*, que demandam uma posterior rodada de acomodação sistêmica¹².

Nenhuma dessas questões pujantes, porém, constitui o enfoque da presente tese¹³, que tem seu assento na dogmática do Direito Processual Constitucional. A grande *latitude* de temas, porém, serve de alerta para lembrarmos que o processo constitucional pode ser, no final das contas, um objeto de estudo multifacetado¹⁴, e com enorme plasticidade. A disciplina é, a bem da verdade, um polígono não regular, ao qual foram adicionados diversos novos ângulos, alguns agudos, outros um tanto quanto obtusos¹⁵.

Dessa forma, logo de partida é necessário registrar que se compreende a disciplina do processo constitucional com uma destinação processual específica e bastante *restrita*, ligada antes de tudo ao exercício da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade *pelo Poder Judiciário*.

¹² Há um casamento indissociável entre a independência e harmonia dos poderes (art. 2º, CRFB) em sua estruturação constitucional e a implementação dos nobres objetivos fundamentais que elencamos, enquanto povo, em nosso momento constituinte (art. 3º, CRFB). Para ficar em apenas um exemplo de curto-circuito interpretativo, lembre-se da discussão na ADPF 402, ainda pendente de julgamento definitivo, em que o STF, devidamente provocado a se manifestar em razão da riqueza do mundo factual, decidiu, provisoriamente, que: (i) a Constituição não permite que o Presidente da República seja réu em ação penal e continue no exercício do cargo, de modo que, implementando-se essa hipótese, deve ser preventivamente afastado (art. 86, §1º, CRFB). Assim, (ii) seus substitutos constitucionais eventuais (art. 80, CRFB) também possuem esse impedimento (não podem assumir a Presidência interinamente ostentando a condição de réus em ação penal, por exemplo). Porém, (iii) tal fato não os impede de exercer a função de chefia que titularizam no órgão de origem (Presidências do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal). STF, ADPF nº 402 MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/08/2018.

¹³ O Supremo e o seu processo decisional podem ser abordados por inúmeros pontos de vista, marcos teóricos diversos, múltiplas disciplinas (do Direito Constitucional à Filosofia do Direito e Filosofia Política, do Direito Processual Civil à Teoria do Direito, do Direito Comparado ao Direito local). E, ainda, dentro dessas várias disciplinas podemos encontrar inúmeras encruzilhadas, como por exemplo, a interface entre Direito e Política, entre constitucionalismo e democracia etc. Daí porque se deixa claro, de partida, o recorte dogmático e metodológico *específico* para o enfrentamento do problema de pesquisa e a construção da hipótese de trabalho.

¹⁴ Para uma síntese do desenvolvimento histórico dogmático da disciplina, ver MITIDIERO, Daniel. **Processo Constitucional**: do controle ao processo, dos modelos ao sistema. São Paulo: RT, 2021. *E-book*. Capítulo I, Itens 1 e 2.

¹⁵ Sem a realização de recortes conceituais, o Direito Processual Constitucional permitiria incluir todo e qualquer processo, judicial ou não, que busque implementar comandos constitucionais, como, por exemplo, os papéis dos Poderes Executivo e Legislativo no controle preventivo (*i.e.* sanção ou veto por inconstitucionalidade, pelo Presidente; Comissões de Constitucionalidade no Congresso Nacional). Ou, ainda, todo o Direito Processual Civil *constitucionalizado*, seus princípios, a jurisdição constitucional das liberdades (por meio do uso de remédios constitucionais processuais como os *writs* do *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *habeas data*, *ação popular*, considerando-se a adoção do controle de constitucionalidade *difuso* pelo direito brasileiro, *cf.* art. 102, III, e art. 97, *c/c* art. 5º, XXXV, CRFB. Nesse sentido bastante ampliativo, Hermes Zaneti Júnior defende: “(...) que o termo *processo constitucional* é preciso e suficiente para abarcar os princípios constitucionais processuais, as ações constitucionais, a jurisdição constitucional *stricto sensu* e as normas sobre organização judiciária que estão na Constituição”, propondo uma leitura ampliativa para a expressão jurisdição constitucional, que inclui, para o autor, “*todas as ações constitucionais vocacionadas para a defesa dos direitos do cidadão e da coletividade*”. ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

Mesmo assim, especialmente quando olhamos para o Direito Constitucional positivo brasileiro, a delimitação ainda parece ampla demais. Afinal, o objeto do Direito Processual Constitucional preocupado com a *jurisdição constitucional* pode ser: (i) tanto o Poder Judiciário considerado como um todo (dado o controle *difuso* de constitucionalidade adotado pelo nosso sistema constitucional ou mesmo o controle *principal* perante os Tribunais de Justiça); (ii) quanto somente o STF, o que comumente conduz a pensarmos o Supremo, seu *processo* e *suas competências* a partir de arquétipos, como os de “cortes constitucionais” e/ou “tribunais de cúpula/cortes supremas”.

Damos aqui um passo a mais em nossa delimitação operativa. Nossa destinação no campo do Direito Processual Constitucional é *ainda mais específica*: o processo constitucional *perante* o STF, em especial pela *função*¹⁶ atribuída à corte de guardar a Constituição.¹⁷

Ressalte-se que dizer que se estudará “apenas o Supremo”, como se propõe, poderia causar até mesmo certo estranhamento, especialmente olhando novamente para o Direito Constitucional positivo. Afinal, o Supremo não é o órgão de cúpula do Poder Judiciário? É possível pensar no processo constitucional *brasileiro* tendo como endereço investigativo específico o STF, ignorando sua inserção *dentro* do Poder Judiciário?

A resposta construída nesta tese é positiva. A pergunta, porém, permite que comecemos a ver, com grau maior de concretização, algumas das dúvidas que alimentam a presente jornada, o seu “problema”, e o que aqui efetivamente se pretende responder.

¹⁶ Não se estudará aqui a ideia de funções como “papéis” que a jurisdição constitucional pode desempenhar em uma democracia, como, por exemplo, se vê nas propostas classificatórias de Luís Roberto Barroso, que identifica as funções *contramajoritária*, *representativa* e a controversa função *iluminista* (BARROSO, Luís Roberto, *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2.171-2.228), ou a proposta de André Ramos Tavares, que fala em um plexo ainda maior de funções, a saber *interpretativa*, *estruturante*, *arbitral*, *legislativa* e *governativa* (TAVARES, André Ramos, *Justiça constitucional e suas funções*, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 171, jul./set 2006, p. 19-47). Para além de toda classificação ter o forte ônus de justificar a razão de sua existência e o ganho conceitual que implica, o endereço investigativo desta tese é mais singelo e, a bem da verdade, está um passo atrás do tipo de proposições teóricas como as de Barroso ou Tavares. Quando se fala em função aqui, em realidade se identifica que o Direito Constitucional positivo *atribuiu* expressamente ao STF uma função, que denominou de *principal*, e lhe outorgou um plexo de competências (para o desempenho *dessa mesma função* e das *demais* potenciais *funções* do tribunal). Assim, buscar-se-á burilar, da forma mais elegante possível (isso é, com o menor número de hipóteses) qual é, ou quais são, as demais razões por detrás das demais outorgas de competências à corte dentro da arquitetura constitucional brasileira. Identificando *essa(s) outra(s) função(ões)*, torna-se possível igualmente identificar, por exclusão, o sentido específico, decorrente do Direito Constitucional positivo – e, portanto, a partir de uma metodologia *indutiva* – o que significa a *função de guardar a Constituição*. Se a função de *guarda da Constituição* pode implicar diversos papéis para a jurisdição constitucional, como as “funções” a que aduzem Barroso e Tavares, trata-se de discussão para um momento *subsequente* e que vai para além do recorte desta investigação.

¹⁷ O campo investigativo aqui é o Direito Processual Constitucional, em suas interfaces inevitáveis com o Direito Constitucional e com o Direito Processual Civil.

No final das contas, a inquietação que nos move é: como enxergar a função de guardar a Constituição atribuída ao Supremo? É possível vê-la depurada das demais competências constitucionais da corte? Quando a própria Constituição atribuiu ao Supremo, *precipualemente*, a *guarda da Constituição*, pode-se – ou melhor, deve-se – compreender que essa função é *distinta* daquela decorrente do fato de a jurisdição constitucional brasileira ser, por excelência, difusa e compartilhada entre todos os magistrados?¹⁸

A dúvida se desdobra: a *guarda da Constituição* pelo Supremo é mera consequência da sobreposição hierárquica da corte na estruturação dos juízes e tribunais, ou, então, decorre tão somente do fato de se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário? Provém apenas da operacionalidade do direito (e do Direito Constitucional) por ser vertido em linguagem natural?

Para além de tais elementos – que nitidamente são relevantes –, há algo a mais a ser investigado, burilado e explorado em sua capacidade explicativa, considerando a afirmação textual expressa dessa *função* constitucional (*guardar a Constituição*) e de sua outorga institucional específica ao STF? Como se encaixam todas as atribuições/competências confiadas ao Supremo, em cenário em que a corte tem, lembre-se novamente, por expressa determinação constitucional, uma função essencial, principal, mais importante?

O ponto-chave metodológico para apresentação de nossa resposta é perceber que, ainda que os aportes da Teoria do Direito – e especialmente da Teoria da Interpretação – sejam relevantes para desvelarmos a funcionalidade operativa dos tribunais, permitindo racionalizar, a partir de modelos teóricos, a sua estruturação institucional, o STF e o seu processo, a bem da verdade, não se encaixam em quaisquer desses arquétipos teóricos “puros” ou “tipos ideais” de tribunais de cúpula/cortes supremas ou tribunais constitucionais, não encontrando equivalente nas demais democracias constitucionais contemporâneas¹⁹.

¹⁸ Em outras palavras, se a própria Constituição atribuiu a toda juíza e todo juiz brasileiros o dever de interpretar o direito à luz da sua normatividade e, simultaneamente, de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de dispositivos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição – na hipótese de não ser possível deles extrair sentido de acordo com a nossa ordem constitucional –, o que diferencia a atividade do STF daquela exercida pelos demais juízes e tribunais?

¹⁹ Lembre-se desde logo que independente do modelo adotado concretamente pelos sistemas constitucionais atuais, esses tribunais e cortes são tendencialmente vistos como um dos principais atores institucionais para fazer valer a supremacia da constituição no contexto do Estado Constitucional. A expansão da jurisdição constitucional a partir da segunda metade do Século XX é um dado trivial e reiteradamente afirmado pela realidade. Ver: CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Mais recentemente, Steven Calabresi pontua: “In 1945, only three nations in the world: the United States, Canada, and Australia had judicial review of the constitutionality of federal legislation and only the United States had a judicially enforceable Bill of Rights. Today, in 2020, fifteen of the G-20 democracies have judicial review of the constitutionality of federal legislation, and all but Australia have judicially enforced Bills of Rights. These fifteen countries include: the United States, Germany, France, Italy, Japan, India, Indonesia, South Korea, South Africa, the United Kingdom, Brazil, Mexico, Canada, Australia, and the European Union. In the last seventy-five years, the idea of judicial review of the constitutionality of laws has swept the world. The idea of a written constitution dates back to 1789, and most democracies in the world adopted written

Como se demonstrará *a função de guardar a Constituição* atribuída ao Supremo possui, na própria arquitetura constitucional brasileira, marcos distintivos que recomendam olhar doutrinário específico para o processo *perante o Supremo e a partir dessa outorga expressa de uma função principal à corte*.

Olhando para o STF pelas lentes doutrinárias do *processo*, percebemos que a história que *comumente* contamos para nós mesmos sobre o Supremo como *guardião da Constituição* navega por duas narrativas bem distintas, com consequências analíticas relevantes, capazes até mesmo de turvar nossa visão sobre o próprio Direito Constitucional positivo. E, bem por isso, há aqui, uma importante lacuna doutrinária a ser preenchida. Senão vejamos.

De um lado, repetimos ser o Supremo o guardião da Constituição, como na frase inaugural deste item, o que implica entender não haver qualquer espaço para uma análise granular sobre *como* o STF é chamado a decidir em cada uma de suas competências²⁰.

constitutions, enforced by the legislature, between 1789 and 1945. But it is only starting with the post-World War II constitutions in: in Germany, Italy, Japan, India, and France that judicial review of the constitutionality of legislation and of bills of rights came to be seen as being essential to constitutionalism itself. Over the years between 1945 and 2020, the U.S. idea of checks and balances and of judicial review of laws under a written Bill of Rights swept away older democratic systems like the Westminster Model of parliamentary sovereignty, in common law countries, and the fear of ‘*gouvernement des juges*’, in civil law countries. Judicial enforcement of a Bill of Rights is thus a central check and balance in all of today’s post-1945 democratic constitutions. Today, Constitutional Courts and Supreme Courts are nearly as powerful as legislatures and the executive”. CALABRESI, Steven. Introduction. In: CALABRESI, Steven Gow; OWENS, Jasmine M.; SILVERMAN, Bradley G. **The history and growth of judicial review volume 1: the G-20 common law countries and Israel**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 2.

²⁰ Nesse sentido, tem-se um exemplo interessante, e paradoxal, em obra clássica de José Afonso da Silva de comentários à Constituição brasileira. O autor afirma que “Outrora se dizia que o STF era *guarda e oráculo da Constituição*. Mas não era essa a dicção constitucional. Só agora a Constituição, no artigo em comentário [art. 102, *caput*, CRFB] o qualifica como *guarda da Constituição*. Isso vale, em primeiro lugar, dizer que ele é o intérprete maior da Constituição, que nessa matéria suas decisões valem como entendimento último do texto constitucional; em segundo lugar, significa que ele constitui o centro da jurisdição constitucional, mormente como Tribunal do controle constitucional concentrado. De fato, as atribuições judicantes previstas nos incisos do art. 102 têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional. Logo, a atuação do STF aí se destina a compor lide constitucional, mediante o exercício de jurisdição constitucional. Esta, de fato, comporta conteúdos e objetivos diversos, que autorizam distinguir três modalidades que podem ser observadas na competência do daquele Pretório Excelso: (...)”. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 550. O autor prossegue classificando as competências do STF em três grupos: (i) jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, incluindo aqui o recurso extraordinário e as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, salvo as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão; (ii) jurisdição constitucional da liberdade, incluindo as garantias constitucionais do *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, e os recursos ordinários; e (iii) jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, categoria em o autor inclui praticamente todas as outras competências da corte. Curiosamente, porém, José Afonso da Silva reconhece que haveria matérias no rol de competências do STF em que não haveria propriamente guarda da constituição e/ou jurisdição constitucional (o que, em realidade, acaba por esvaziar, com todas as vênias, a própria utilidade de sua classificação tripartite e até mesmo a ideia de que todas as competências estariam ligadas à função de guardar a Constituição). Nesse sentido, reconhece como competências “injustificadas”: (i) o julgamento de ações penais contra deputados federais, senadores, ministros de Estado e comandantes militares (em sua visão somente seria de *jurisdição constitucional* o julgamento dos crimes dos chefes do poder Legislativo, isso é, dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal); (ii) as ações em que todos os membros da magistratura sejam interessados ou em que haja impedimento de mais da metade dos membros do tribunal de origem; além da competência para (iii) julgar ações contra o CNJ e o CNMP, *cf.* SILVA. **Comentário Contextual...**, Op. cit., p. 550-568.

Dito de outro modo, nessa hipótese contamos que o Supremo sempre atuaria vocacionado à *guarda da Constituição*, isso é, o Supremo *guarda a Constituição* ao exercer jurisdição em toda e qualquer de suas atribuições constitucionais, o que conduz até mesmo a uma conclusão de certa *sobreposição sua* em relação aos demais poderes²¹.

²¹ Não entendemos que a ideia de *sobreposição* de um dos poderes, mesmo que atribuída ao Supremo a função *específica* de guarda da Constituição, seja compatível com o desenho concreto de separação de poderes estabelecido pela nossa Constituição. Nesse sentido, há vasta produção teórica no campo do Direito Constitucional e do Direito Processual Constitucional. A título de exemplo, Luiz Guilherme Marinoni critica a ideia de supremacia judicial de forma bastante direta: “Na verdade, a aproximação entre controlar a constitucionalidade e ditar o significado dos dispositivos constitucionais tem origem numa concepção bastante discutível da função do Supremo Tribunal Federal, marcada pela leitura do art. 102 da Constituição. Diz o caput do art. 102 que ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)’. Não há identidade entre ter poder para guardar ou defender a Constituição e ter poder para definir o significado dos dispositivos constitucionais. É óbvio que, para o controle de constitucionalidade, há sempre necessidade de interpretar a Constituição, mas isso não quer dizer que, diante de todo e qualquer dispositivo constitucional ou, especificamente, dos dispositivos cujos conteúdos foram propositadamente deixados para serem preenchidos pelos valores e pelas necessidades sociais, caiba ao Judiciário o monopólio de atribuir-lhes significado diante das situações concretas, como se as demais instituições do Estado não existissem e como se o desejo da população não tivesse qualquer relevância” MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021, p. 45. Na doutrina do Direito Constitucional, ver: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019; CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Corte constitucional e diálogos institucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W. **Processo Constitucional: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2021. *E-book*. Capítulo 8; GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Forum, 2017. Entendemos ser mais adequado pensar em “rodadas deliberativas” ao invés de “última palavra” ou “supremacia judicial”, as quais permitem até mesmo que se defendam, ao longo do tempo, novas leituras da própria Constituição, que podem ser incorporadas ao sistema por uma atuação da sociedade civil e, também, dos três poderes do Estado. Nesse sentido, a partir de Jack Balkin, em debate sobre a *legitimidade democrática* da Constituição, sustentamos que esse funcionamento está ligado à possibilidade de *redenção de sentidos*. Confira-se: “(...) sua legitimidade democrática [da Constituição] depende da compreensão do povo de que a Constituição e o governo que ela institui pertencem a si, de modo que se o povo falar, protestar e fizer as suas visões de mundo conhecidas ao longo do tempo, as construções constitucionais dos poderes representativos (poderes políticos) e mesmo não majoritários (cortes judiciais), eventualmente irão responder aos seus valores e às questões que o povo considera mais prementes. (...) Isso não significa que não haja desacordos morais razoáveis dentro de uma sociedade complexa e pluralística (como é a americana e também a nossa), o que seria negar algo facilmente constatável por qualquer participante no fórum público. Significa, isso sim, que mesmo que o povo divirja em questões constitucionais, ou da interpretação que se faz da legislação infraconstitucional à luz da própria normatividade constitucional, de outro lado reconhece que nem sempre as autoridades públicas irão adotar a sua posição. Isso é importante, pois mesmo com essa constatação, ainda assim o povo pode permanecer fiel ao projeto constitucional quando a parcela ‘vencida’ em um determinado turno do diálogo constitucional (...), acreditar que possui uma chance justa e legítima de persuadir os concidadãos de que suas visões são as corretas ou as mais adequadas em um turno subsequente. Ou seja, quando a parcela ‘derrotada’ em um determinado turno acreditar legitimamente que, através de seus esforços, seja de forma individual, seja a partir do esforço daqueles que compartilham da mesma opinião, a Constituição vivente, ou, como diz Balkin, a Constituição-na-prática, apresentará uma resposta às suas visões em um processo de redenção. Sem que haja um instrumento para que se permita que os descontentes com uma determinada interpretação da legislação à luz da Constituição apresentem uma resposta em um turno subsequente no jogo democrático, quer, repita-se, esta se dê mediante os demais poderes (Executivo e Legislativo), quer se dê a partir da organização e da mobilização da sociedade civil organizada, mediante os mais variados atores associativos”. KRASSUSKI, Luiz. Poder Judiciário e o fundamento democrático para os precedentes: ferramenta necessária para a operação dialógica na democracia constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni**. São Paulo: RT, 2017, p. 1.117-1.131. p. 1.127. Em sentido contrário, Daniel Mitidiero sustenta que “a guarda da Constituição é a mais clássica função de uma Corte Constitucional. Ao fazê-lo, o Supremo Tribunal Federal não se coloca ao lado, mas sobre os outros poderes”, uma vez que sua atuação envolveria tanto a interpretação quanto a aplicação da Constituição, que se

Perceba-se, a partir de dois exemplos mais extremados, como essa escolha interpretativa (*i.e.* tudo que o Supremo faz é *guardar a Constituição*) deixa alguns fios soltos quanto à própria narrativa, “provando demais”. Basta nos perguntarmos: ao decidir eventual conflito de competência entre Tribunais Superiores, ou ao julgar toda e qualquer ação ajuizada contra ato do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público, competências constitucionais expressas da corte, o Supremo efetivamente está a *guardar a Constituição*?

Ora, é inegável a distribuição das competências jurisdicionais *intra* judiciário é relevante para a outorga constitucional de poder ao judiciário, especialmente quando se pensa no princípio do juiz natural como estruturante da própria jurisdição. De outro lado, o CNJ e o CNMP são órgãos administrativos essenciais em nossa conformação constitucional do Poder Judiciário e para uma das principais funções essenciais à justiça (o Ministério Público), em sua robusta edificação pelo constituinte. Em um sentido bastante alargado de guardar a Constituição, ambas as competências desempenham concretização da estrutura constitucional.

De outro lado, porém, parece claro que a dignidade constitucional desses tipos de conflitos intrassistêmicos ao sistema de administração da justiça e de demandas contra órgão de cúpula administrativos do Judiciário e do Ministério Público *justifica* a competência outorgada ao STF nesses casos. A sua razão de ser aparece aqui conectada ao desenho concreto da separação de poderes e da distribuição da confiança do sistema jurídico ao Supremo.

No entanto, um conflito de competência decidido pelo STF, em seu procedimento, material de trabalho e eficácia de suas decisões, muito dificilmente pode ser visto como substancialmente *diferente* de um conflito de competência decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. Do mesmo modo, uma demanda que tenha por objeto a discussão da legalidade de ato administrativo do CNJ ou do CNMP não se diferencia – e, de rigor, nem pode se diferenciar,

daria “*especialmente exercendo o controle de constitucionalidade*”. MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional: do controle ao processo, dos modelos ao sistema**. São Paulo: RT, 2021. *E-book*. Capítulo III, Item 3.2. Apontando para a ideia de *supremacia* na hipótese de uma Corte Constitucional ser prevista pelo Direito Constitucional positivo *fora* da estrutura do Poder Judiciário, Steven Calabresi aduz que os demais poderes não seriam interpretes *coiguais* à Corte Constitucional. Ou seja, invertendo-se o raciocínio, pode-se afirmar não ser adequado pensar em *supremacia* caso a função de guarda da Constituição esteja alocada *internamente* a um dos três poderes. Confira-se: “Countries like Germany with Constitutional Courts typically have a judicial review clause in their Constitution, which assigns the power to interpret or enforce the constitution only to the Constitutional Court. The power of judicial review is thus not deduced from structural inference, as it was in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), but is assigned in black and white to the Constitutional Court alone. *As a result, the political branches of government in Germany do not have a latent power as coequal constitutional interpreters to the Constitutional Court. Departmentalism thus does not exist in Germany or in other countries that have adopted the Concentrated Model of judicial review.*” CALABRESI, Steven. The Concentrated and hybrid models of judicial review. In: CALABRESI, Steven Gow; OWENS, Jasmine M.; SILVERMAN, Bradley G. **The history and growth of judicial review volume 2: the G-20 civil law countries**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 27-38, p. 30.

sob pena de violação da isonomia quanto à atuação dos *demais* órgãos administrativos –, de qualquer outra forma de controle de legalidade de atos do poder público exercido, potencialmente por todos os tribunais e todas as demais juízas e juízes que compõem o Poder Judiciário.

Enxergar aqui a *guarda da Constituição* como a vocação de tais atribuições, a bem da verdade, apequena a razão de ser dessas hipóteses de competência ao Supremo, além de diminuir substancialmente a função a ele expressamente outorgada.

Dito em outras palavras, reduz-se a razão de ser das demais competências constitucionais do Supremo, além de se trivializar a função de *guardar a Constituição*, uma vez que, pela sua amplitude máxima (*i.e.* a leitura de que tudo que o Supremo faz seria *guardar a Constituição*), passaria a equivaler, a bem da verdade, a uma mera repetição da ideia fundante – e primeiro critério hermenêutico em um Estado Constitucional e Democrático de Direito – da supremacia da Constituição, que atinge diretamente a todas as autoridades públicas e os particulares que transitam por nossa ordem jurídica.

Portanto, essa compreensão de que *tudo é guardar a Constituição*, ao descermos à concretude das competências da corte (no exemplo, pinçando-se as competências para decidir conflitos de competência *intra* judiciário e ações contra o CNJ e o CNMP), revela um importante ponto cego da primeira leitura *comum* da *guarda da Constituição* enunciada pelo art. 102, *caput*, CRFB.

De outro lado, temos uma segunda possibilidade narrativa usual quanto à função de guarda da Constituição – a qual, a bem da verdade, revela uma *escolha metodológica dedutiva* que também deixa pontos cegos.

Nesta leitura, ao invés de partir do próprio texto da Constituição e das competências constitucionais específicas do Supremo, para delas então buscar *extrair* a função de guarda da Constituição, realizamos no campo doutrinário construções teóricas que identificam desde logo *guardar a Constituição* como equivalente ao exercício de determinadas competências da Corte.

Isso é, sem explicitar o percurso teórico que conduziu a essa conclusão, ou seja, sem uma forte preocupação com o assento normativo na Constituição positiva, nós identificamos *de partida* a guarda da Constituição com o exercício dos chamados controles concentrado²² (por

²² A título de exemplo, MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2023, *E-book*, Capítulo 10, Item 4, Subitem 4.7: “A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Dessa forma, propunha-se o modelo de justiça constitucional europeu, que se fundamenta

meio das ações originárias em que a questão constitucional é discutida como objeto principal do processo) e do controle difuso de constitucionalidade *por meio do recurso extraordinário* (aqui comumente identificado com o fato de o Supremo ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário e ter a competência recursal extraordinária)²³.

Nesse caminho narrativo, porém, deixa-se de fora um grupo relevante de curtos-circuitos, de consequências não-intencionais, os quais necessariamente emergem desse percurso *dedutivo* (ou seja, da *teoria* ao *direito positivo*), inclusive as demais competências em que o Supremo pode – e deve, como todos os demais juízos e tribunais – exercer o controle de constitucionalidade difuso, seja nas suas demais competências originárias, seja nas suas competências recursais ordinárias.

A título de exemplo, perguntas como (i) “*qual é a eficácia de eventual decisão incidental de inconstitucionalidade que seja proferida pelo STF, como questão prejudicial, no âmbito de uma ação principal de controle de constitucionalidade originária?*”, ou (ii) “*toda decisão proferida pelo plenário do Supremo, por exemplo, em habeas corpus ou no âmbito de qualquer outra ação cível originária que não as ações principais de constitucionalidade (pense-se aqui novamente nas ações contra atos do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público), tem o mesmo endereço, a mesma função e, assim, a mesma eficácia de decisões do tribunal em recurso extraordinário que veicula questões dotadas de repercussão geral*”²⁴, não são respondidas a partir de uma compreensão *global*, mas setorizada, particularizada, e dificilmente reconduzível, racionalmente, a uma resposta coerente.

essencialmente e em regra na noção de um Tribunal Constitucional, com competência específica para conhecer os litígios constitucionais”.

²³ Nesse sentido, Teori Albino Zavascki afirma, de partida, que “o STF tem papel de destaque na jurisdição Constitucional”, já que “a ele compete ‘precipua e guardada a Constituição’”. Também reconhece que em todas as competências da corte podem se apresentar questões constitucionais, porém haveria um conjunto de atribuições especificamente relacionadas com a jurisdição constitucional”, concluindo que “o STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Tribunal da Constituição, com atribuições para resolver, originariamente ou em instância recursal extraordinária, as demandas em que há ofensa a preceito ou a princípio constitucional”. E, assim, “suas decisões, ora julgando situações concretas, ora apreciando a legitimidade em abstrato de normas jurídicas, ostentam a força da autoridade que detém, por vontade do constituinte, a palavra definitiva em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais”. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2012. p. 16-17.

²⁴ O STF também pode exercer o controle difuso de constitucionalidade em todas as suas demais competências constitucionais, originárias e recursais ordinárias. Negar-lhe essa competência contrariaria a literalidade do próprio art. 97 CRFB, mais até do que o art. 102, III, CRFB, fundamento positivo para a adoção do controle difuso e reconhecimento do poder-dever de todos os juízes controlarem a constitucionalidade dos atos normativos. O fato de o Supremo poder exercer o controle difuso, como todo e qualquer outro juízo ou tribunal, porém, é o que caracteriza a sua função *precipua* de *guardar a Constituição*? A resposta está na própria pergunta: não se pode encontrar o traço distintivo justamente naquilo que identificaria a corte e todos os demais juízes e tribunais.

Perceba-se que nessa segunda forma de contar a história sobre a *jurisdição constitucional do STF*, isso é, olhando-se apenas para as ações *principais* de controle de constitucionalidade e para o *recurso extraordinário*, deixa-se de enfrentar as *razões de ser* das demais competências do STF, bem como se abandona a busca pelo fundamento *normativo* que as diferenciaria e, em especial, *em qual medida o próprio direito positivo* une as ações *principais de constitucionalidade* e o *recurso extraordinário*.

Bem vistas as coisas, nesse percurso narrativo, das duas uma: ou as demais competências da corte são ignoradas completamente; ou, então, aparecem como “defeitos” na estruturação constitucional do Supremo, recomendando-se, uma vez mais em um âmbito puramente *prescritivo*, a realização de reformas constitucionais para a sua exclusão do cardápio de atribuições constitucionais²⁵ do tribunal²⁶.

Em um país em que *toda a jurisdição* é, por definição do direito positivo, potencialmente exercício de jurisdição constitucional (em razão da adoção do controle difuso de constitucionalidade), a resposta dada pelo segundo narrativo comum também não se revela integralmente adequada e diz muito pouco para solucionar os ruídos que surgem na interseção entre esses dois sistemas (a atribuição universal do poder-dever judicial de se controlar a constitucionalidade e a função, *precípua*, do STF de *guardar a Constituição*).

Como se pode ver até aqui, nenhuma das duas formas de olharmos para o *processo* perante o Supremo é plenamente satisfatória para compreender o que é a *guarda da Constituição* atribuída pelo *caput* do art. 102 da CRFB. Isso pois se deixam inúmeras lacunas em aberto, as quais acabam por conduzir a leituras do *processo* que rege o desempenho dessa função desprovidas de coerência quanto a temas essenciais para a operacionalidade do STF²⁷.

²⁵ Como, por exemplo, preconiza Alexandre de Moraes: “A transformação do STF exclusivamente em um Tribunal Constitucional deve acarretar uma concentração de sua competência nos assuntos relacionados à guarda da Constituição, competindo-lhe as tradicionais matérias de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais, controle da Federação, garantia do regime democrático, do Estado de Direito e preservação da separação dos Poderes. (...). Assim, os arts. 102 e 103 da Constituição Federal devem ser reduzidos para adequarem-se as competências do STF à jurisdição constitucional, transferindo suas competências ordinárias, em que processa e julga em única ou última instância, como cúpula do Poder Judiciário, ao STJ”. MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 296-297.

²⁶ Aqui, de rigor, perde-se toda a capacidade explicativa e conceitual que pode emergir quando estudada a possível interrelação, ou não, de tais competências “atípicas” com a jurisdição constitucional e, mais especificamente, com a função de guardar a Constituição que foi atribuída ao STF como sua função essencial, mais importante, *precípua*.

²⁷ Os exemplos são os mais variados: a interpretação variável quanto aos quóruns necessários para modulação de efeitos (em recurso extraordinário e nas ações principais de controle de constitucionalidade perante o STF); o olhar vacilante do tribunal para o desenho processual da necessidade de delimitação prévia da questão constitucional; a compreensão das funções e competências adequadas do plenário e das turmas do tribunal, como se exercitar de forma adequada o poder de autocontenção, ou “poder de não decidir” – inclusive no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado/principal –; a averiguação da idoneidade formal do instrumento que leva o STF enfrentar determinada questão constitucional; a necessidade de uma produção probatória específica, direcionada

Perceba-se, portanto, não ser suficiente uma abordagem integralmente *prescritiva*, isso é, emergente de modelos teóricos posteriormente encaixáveis no desenho constitucional específico brasileiro, especialmente quando ignoramos algumas “*peças difíceis de articular*”²⁸, mas que, ainda assim, são instrumentos previstos e integrantes da Constituição²⁹. Igualmente, não é suficiente uma mera descrição que busque responder à pergunta: “*áfinal, qual é a função de guardar a Constituição para a específica normatividade constitucional brasileira*”?

Faz-se necessária uma perspectiva descritiva que simultaneamente convide ao posterior diálogo com uma ambiência prescritiva. Esse é justamente o recorte *metodológico* desta tese. Em outras palavras, entendemos ser necessário articular uma dúvida sincera sobre “*o que é a função de guardar a Constituição atribuída ao STF?*”, acompanhada do questionamento sobre se “*há um desenho constitucional específico para o modo como se deve desempenhar essa função?*”.

Somente assim seremos capazes de dar resposta coerente aos ruídos e curtos-circuitos, verificados no dia a dia da jurisdição constitucional do STF em sua perene mutação e aprimoramento, especialmente quando olhadas para *todas* as competências do tribunal para extrair a confiança específica nele depositada pela nossa ordem constitucional vigente.

A solução adotada para tanto é procurar efetivamente explicar as engrenagens que, a partir da especificidade constitucional brasileira, movimentam o Processo Constitucional exercido *pelo – e no – STF*, pensando o endereço específico da função enunciada pelo *caput* do art. 102 da CRFB, qual seja, *guardar a Constituição*.

Como se pode perceber desde já pela própria colocação do problema, parte-se de uma questão eminentemente teórico-dogmática, mas com inúmeras repercussões práticas. Isso é, percebe-se a necessidade de uma proposta teórico-descritiva capaz de enfrentar os desafios da

ao *endereço geral* que, adiante-se desde já, parece umbilicalmente ligado à função atribuída ao STF de guardar a Constituição; toda e qualquer decisão proferida em sede de *habeas corpus* gera um precedente constitucional? etc.

²⁸ Ressalte-se desde logo que não se nega o valor relevante de modelos *prescritivos*, especialmente na *reconstrução interpretativa e diacrônica* sobre como as próprias instituições e agentes enxergam sua atividade. Nesta investigação busca-se seguir caminho distinto, que, em realidade, *complementa* parte substancial de modelos teóricos *prescritivos* e *sofisticados* hoje existentes na doutrina brasileira, que *preconizam* o reconhecimento do STF como uma corte suprema que opera por meio da edição de precedentes.

²⁹ Não é incomum que, em razão do desenvolvimento da repercussão geral e de uma teoria e prática mais robusta sobre precedentes constitucionais, passem a ser ignorados normativamente instrumentos e competências específicas do próprio Supremo Tribunal Federal (como a atribuição para edição de Súmulas Vinculantes, inserida no sistema pela mesma Emenda Constitucional n° 45/2004), ou de outros órgãos constitucionais (como a suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, nos termos do art. 52, X, CRFB). Vale dizer, qual seria a *razão de ser* dessas competências em nosso sistema? Se pensarmos *prescritivamente*, a partir de uma teoria dos precedentes ou do reconhecimento do STF como corte suprema a partir de determinado modelo teórico, tais instrumentos tornar-se-iam “*inúteis*”. Como se verá, porém, há um espaço – importante – para eles quando partimos do próprio Direito Constitucional positivo em uma perspectiva *descritiva* que olhe de forma estrita para a função de guardar a Constituição.

jurisdição constitucional do Supremo sob o ponto de vista processual, não para aminorar ou reduzir a constatação de suas complexidades, tampouco para ignorar a história que conduziu a sua normatividade atual, ou, ainda, para infirmar modelos teórico-dogmáticos prescritivos sobre a *função* das cortes ou tribunais responsáveis, na cúpula dos poderes do Estado, pela jurisdição constitucional.

O que se faz é a partir do questionamento sobre a existência de um sentido constitucional positivo específico para a guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, encontrar, em nossa hipótese de trabalho, um sentido processual estrito para tal atribuição. O próximo passo, então, é questionar “*como desvelar esse sentido?*”, ou seja, qual o caminho metodológico?

Para tanto, busca-se enfrentar a complexidade sistêmica da jurisdição constitucional *do Supremo* a partir de uma interpretação caridosa³⁰ tanto quanto ao desenho institucional *atual* da corte, quanto à necessária interpretação e reinterpretação prática das competências do tribunal que foi realizada pela corte ao longo do tempo.

Isso é, a tese propõe uma investigação que implica construir uma caixa de ferramentas interpretativa da jurisdição constitucional do STF com colorido de *porco-espinho*. Pretende-se partir de um elemento interpretativo unitário (a extração descritiva de *guarda da Constituição*) que se sustenta ter fundamento direto no Direito Constitucional positivo. Essa abordagem é contraposta a um universo doutrinário e prático, sintetizado acima, dominado pela abordagem de *raposa*, vale dizer, que, como na metáfora de Isaiah Berlin³¹, ou seja, pontual e setorizada,

³⁰ Sobre o princípio da caridade na interpretação de uma prática, Lawrence Lessig, sintetizando o filósofo Simon Blackburn, afirma que “(...) em contextos de dúvida, ele [o princípio da caridade] requer interpretações que ‘maximizam a verdade ou a racionalidade das manifestações dos sujeitos’”. LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint: how the Supreme Court has read the American Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2019, p. 4.

³¹ BERLIN, Isaiah. **The hedgehog and the fox: An essay on Tolstoy's view of history**. Chicago: Ivan R. Dee Inc., 1993. p. 3-4. Como explicamos em outra oportunidade, “ao obscuro fragmento do poeta grego Anquíloco - que diz que se a raposa sabe de muitas coisas, o porco-espinho sabe de apenas uma grande coisa -, Isaiah Berlin propôs, em “*The Hedgehog and the Fox*”, uma interpretação diferente da usual que impactou profundamente o pensamento contemporâneo. O trecho, antes compreendido de forma bastante singela como a derrota da astúcia da raposa pela única defesa do porco-espinho, é lido por Berlin como algo mais profundo e significativo: uma forte marca distintiva entre pensadores. Para ele, a alegoria refere-se a dois tipos distintos de personalidades intelectuais. De um lado, há os porcos-espinhos, que relacionam tudo a um sistema mais ou menos coerente e articulado - uma visão central e unitária -, a partir do qual buscam pensar, compreender e atribuir sentido. De outro, há as raposas, pessoas que buscam as mais diversas finalidades em suas atividades reflexivas, as quais não possuem necessariamente qualquer relação entre si e sequer precisam estar relacionadas a um princípio unificador. Não ignora o autor que uma classificação dicotômica e simples como a proposta pode tornar-se artificial, escolástica e até mesmo absurda quando tensionada. Isso, no entanto, não retira o seu valor. Como toda distinção que corporifica algum grau de verdade, permite, para Berlin, a construção de comparações. Constitui, assim, um interessante ponto de partida para uma atividade investigativa, como a que aqui também se propõe”. KRASSUSKI, Luiz. **Justificação dos precedentes: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente**. 2015, 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 14.

na qual se consegue outorgar unidade apenas se partir de modelos teórico-dogmáticos não necessariamente conectados, de partida, ao Direito Constitucional positivo. Em outras palavras, ir para além de propostas que atuam *majoritariamente* na perspectiva do *dever ser* ou da *melhor leitura* a ser outorgada, a partir dos modelos teóricos, ao texto constitucional, e não necessariamente do *ser* decorrente das atribuições constitucionais concretas de competência à corte³².

Em síntese: (i) estamos diante de um problema (o que é a *guarda da Constituição* positivamente atribuída ao Supremo pela Constituição), o qual geralmente é ocultado pela *forma* como é enfrentado (“tudo que o STF faz é guardar a Constituição” ou “a definição teórica, por metodologia dedutiva, do que constituiria guardar a Constituição”); (ii) delimitamos nossa metodologia como *indutiva* (do Direito Constitucional positivo ao *conceito* de guarda da Constituição, e não de um modelo teórico para, posteriormente, o encaixarmos como critério orientador da *melhor leitura* do direito positivo); e (iii) o nosso recorte disciplinar de abordagem é o enfrentamento da questão a partir da disciplina do Direito Processual Constitucional (compreendido de forma estrita e com endereço *específico* no processo *perante* o STF), ainda que seja inevitável, nesse percurso, o diálogo com o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil.

A *hipótese* a ser convertida na *tese*, a qual busca responder à dúvida teórico-dogmática que movimenta a presente investigação, reivindica, descritivamente e de forma crítica, defluir da própria Constituição, à vista da arquitetura da confiança depositada no STF, um sentido processual e estrito para a função de guardar a Constituição.

Além disso, demonstra que para o exercício dessa função, foram outorgadas ao tribunal um conjunto de competências – e instrumentos processuais – que possuem uma *estrutura* comum, permitindo a intercambialidade de desenhos processuais, os quais se retroalimentam reciprocamente, pois provenientes da mesma função e voltados *para* o desempenho dessa função.

³² Aqui, a título de exemplo de proposta teórica que vai do *modelo* ao *Direito Constitucional positivo* (por um procedimento *dedutivo*), ao contrário da proposta *indutiva*, da presente tese, considere-se a construção de Daniel Mitidiero em seu *Cortes Superiores e Cortes Supremas* – cujos pressupostos teóricos quanto à interpretação do fenômeno jurídico na contemporaneidade, adiante-se, são majoritariamente compartilhadas nesta tese. Fica claro, porém, que o objetivo do autor foi de “utilizar a *ferramenta dos modelos conceituais* (compreendidos como tipos ideais, formados a partir de critérios teóricos, estruturais, funcionais e eficaciais, amplamente utilizados em diferentes disciplinas científicas (...)) para identificar qual o perfil atual do STF e do STJ e *de que modo esse perfil pode ser alterado*”. MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2023. *E-book*. I.4; nota 97.

Essa forma de enfrentar o problema e de ler o processo constitucional é inédita e preenche, em realidade, importantes lacunas em nossa dogmática processual, como se evidenciará no item a seguir.

2.2. A(s) lacuna(s): as insuficiências dos arquétipos de *Corte Suprema* (modelo americano) e *Tribunal Constitucional* (modelo europeu) para explicar e orientar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal na função de guardar a Constituição

A história que contamos para nós mesmos sobre a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade no Brasil segue um *script* que pode ser visualizado em praticamente todas as principais obras monográficas sobre jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade, processo constitucional, bem como em livros de Direito Constitucional ou em obras, individuais e coletivas, de comentários à Constituição³³.

Geralmente nós partimos de dois arquétipos da jurisdição constitucional, cujas linhas mestras de seu desenho são invocadas por antiguidade para construir a narrativa. Assim, vamos do nascimento jurisprudencial do *judicial review* pelas mãos da Suprema Corte dos Estados Unidos (o chamado *modelo americano*) – em uma verdadeira *revolução* judicial e auto atribuição de poder – e, um pouco mais à frente, damos um salto para o surgimento dos tribunais constitucionais europeus na primeira metade do século XX (o chamado modelo europeu), passando pelo *ressurgimento* dos tribunais constitucionais do pós-guerra. Aqui e acolá, adicionamos pequena navegação por algumas outras experiências constitucionais notáveis da segunda metade do século XX e início do século XXI, como as Cortes Constitucionais da África do Sul, da Colômbia e de Israel, para ficar em três exemplos comumente lembrados.

Depois, para entender especificamente o *nosso* sistema de jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, buscamos reconstruir passagens relevantes de nossas constituições e primeiras leis republicanas, que tiveram, especialmente em seu nascimento, uma forte influência do *modelo americano*, confiando a todos os juízes o controle de constitucionalidade ao julgar casos concretos.

Nessa história, a jurisdição constitucional é compreendida como elemento concretizador da supremacia constitucional, permitindo o julgamento de constitucionalidade

³³ Para além do já citado e clássico Comentário Contextual, de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014), o mesmo se vê em BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

(*questão constitucional*) como elemento prejudicial ao julgamento das *causas* submetidas à apreciação dos magistrados. O instrumento foi, ainda, potencializado por embates intensos entre os poderes Executivo e Judiciário, especialmente em nossa Primeira República, e a utilização sofisticada e criativa de *writs*, como o *habeas corpus*.

A narrativa, geralmente feita de forma crítica e séria, ainda vem temperada pelo registro do pecado original do *nosso* sistema. Pelo fato não nos encontrarmos inseridos no final do século XIX e início do século XX em uma tradição jurídica que sequer embrionariamente contemplasse regra similar a do *stare decisis* (a bem da verdade, ainda passível de construção e consolidação no próprio direito estadunidense da época), não se previu normativamente, e de partida, uma solução com endereço *geral* para as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo judiciário.

Assim, a dispersão do centro do poder, se positiva em uma perspectiva de abertura, poderia facilmente se tornar extremamente negativa e fazer a Constituição vítima de uma variabilidade indevida, decorrente da pulverização do exercício da jurisdição, ainda que prevista a existência de recurso ao tribunal de cúpula. Afinal, a *eficácia* dos comandos a jurisdição constitucional se restringiria às partes, e seus efeitos seriam *ex tunc*, à luz da teoria da *mulitude* da norma inconstitucional adotada como “herança” do modelo americano.

O alerta, então, torna-se claro nessa narrativa: a Constituição – e o seu perene processo de *tradução* à riqueza das relações institucionais e humanas – poderia facilmente se ver capturada por um voluntarismo frívolo decorrente da dispersão dos centros decisoriais para a sua *reconstrução interpretativa*, capaz de minar duas de suas principais promessas, *igualdade* e *previsibilidade*. Nesse momento, até mesmo um debate mais simples emergia: uma mesma lei poderia ser considerada *constitucional* por um julgador e *inconstitucional* e, portanto, inaplicada, por outro.

Conta-se, aqui, a bem da verdade, um capítulo sobre a semente de irracionalidade quanto à variação da *interpretação e aplicação da Constituição*, quando inexistentes a previsão de instrumentos para, pragmaticamente, solucionar *em algum momento* o impasse decorrente da própria pluralidade de sentidos possíveis a serem reivindicados a partir do texto constitucional.

Damos uma pausa nessa história para um breve excuro. É certo que a democracia pressupõe e se alimenta do dissenso, além de ser importante a convivência com interpretações divergentes; exige-se, porém, a construção de consensos, mesmo provisórios, capazes de concretizar a segurança jurídica e a previsibilidade. Perceba-se: a divergência é salutar. Não se deve transformar o medo da divergência em um fechamento epistêmico, que procura resolvê-

la antes mesmo de ser possível reivindicar e discutir os sentidos possíveis ao próprio direito e à Constituição. Transformar uma *última palavra* na *única* palavra: resolve-se o problema, mata-se a democracia. A irracionalidade *perene*, no entanto, é nefasta, e viria a germinar em diversos momentos de nossa história, além de assombrar a jurisdição constitucional brasileira ao longo das décadas, exigindo a construção de novas técnicas e soluções institucionais criativas.

Feito o registro, continuamos o percurso da narrativa *comum* sobre a jurisdição constitucional brasileira. Em nosso *script*, após o nascimento na Primeira República, geralmente passamos a navegar pelos demais instrumentos que foram agregados ao longo do tempo em nosso cardápio de técnicas ligadas ao controle de constitucionalidade e à jurisdição constitucional (e.g.: o procedimento específico para autorizar a intervenção da União nos Estados; a suspensão da execução, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; a regra do *full bench*, ou seja, o quórum da maioria absoluta para o exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais; a representação de inconstitucionalidade como monopólio do Procurador-Geral da República etc.).

Por fim, chegamos à Constituição de 1988, em que falamos sobre o controle de constitucionalidade exercido entre os vários poderes (e.g. pense-se aqui no papel reservado às Comissões de Constituição no Congresso Nacional, e o poder de veto do Presidente da República), sua possibilidade de conformação preventiva (predominantemente política, em nossa ordem constitucional) e repressiva (predominantemente judicial).

O controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional, assim, transparecem em regra como *repressivos*, quanto ao ato normativo geral maculado por inconstitucionalidade, e *judicial*, apontando para um sistema dito *misto*. Afinal, frise-se uma vez mais, confiamos o controle de constitucionalidade a todos os juízes e juízas do país, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 previu o *recurso extraordinário* ao STF e um conjunto relevante de ações originárias de constitucionalidade, as quais tem como *questão principal* o *contencioso* sobre a constitucionalidade de atos do poder público.

Veja-se que nesse relato o STF apareceria como um *equilibrista* entre dois mundos aparentemente muito distintos, dos modelos *americano* e *européu*, com diferentes conformações e consequências, às quais se adicionam, ainda, inúmeras outras atribuições/competências que soam outorgadas à *força* ao tribunal.

Esse modo de descrever nossa jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade no Brasil é longe de incomum. A bem da verdade, pode ser extraído da análise de alguns dos principais livros, de autores e autoras consagrados editorialmente e

múltiplas vezes reeditados, que, assim, representam parte substancial da doutrina nacional e do *consenso atual* sobre a matéria.

Como é até mesmo intuitivo, o modo pelo qual *contamos* essa história reflete diretamente em *nossa compreensão* sobre o Supremo Tribunal Federal, a *guarda da Constituição*, e, em especial, o seu adequado *processo*. Para comprovar ser esse o *nosso* roteiro vigente, analisem-se três grupos de trabalhos doutrinários específicos: (i) *Cursos de Direito Constitucional*; (ii) livros específicos sobre *Jurisdição Constitucional e Controle de Constitucionalidade*; e, por fim, (iii) livros de *Processo Constitucional*.

Em primeiro lugar, quanto aos *Cursos de Direito Constitucional*, o recorte feito foi a utilização de livros *atuais* dotados de capítulos relevantes sobre controle de constitucionalidade/jurisdição constitucional, além de serem provenientes de diferentes escolas teóricas, dispersadas geograficamente pelo território nacional. Nesse sentido, vejam-se as obras de Alexandre de Moraes³⁴, Ana Paula de Barcellos³⁵, Gilmar Ferreira Mendes³⁶ e Luiz Guilherme Marinoni³⁷.

Alexandre de Moraes trata do *controle judicial de constitucionalidade* no Capítulo 12 de seu livro. Pinçando seus elementos centrais, identificam-se três grandes partes em sua construção teórica sobre o tema. *A uma*, o autor trata dos “*modelos clássicos de controle de constitucionalidade*” (subitem 5.3) para então, *a duas*, abordar expressamente o “*controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário*” (item 9), subdividindo-o em “*difuso ou aberto*” (subitem 9.1) – em que faz o resgate histórico de suas *origens* no caso *Marbury v. Madison* no direito americano e pontua temas como a cláusula de reserva de plenário e o controle difuso em ação civil pública e no recurso extraordinário –, e o “*controle concentrado ou via de ação direta*” (subitem 9.2) – em que, novamente, busca-se fazer um resgate histórico genético no Tribunal Constitucional Austríaco de 1920. Passa, então, *a três*, a abordar cada uma das “*espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal*” (subitens 10, 11, 12, 13 e 14).

A visão cindida entre os modelos norte-americano e europeu é, registre-se, sintomaticamente visível pelo fato de que o recurso extraordinário e a repercussão geral serem tratados de forma isolada dos demais elementos da jurisdição constitucional, em capítulo

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2023. *E-book*.

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

anterior e que discute a “*Organização dos Poderes e do Ministério Público*” (Capítulo 10, item 4.9). A imagem é de um Supremo com duas almas ocupando um mesmo corpo.

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, trata do controle de constitucionalidade no Capítulo 14 de seu livro. O percurso principal de sua obra tem seis elementos. *A uma*, realiza uma introdução geral ao tema do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional (item 14.1) para então abordar, *a duas*, justamente os modelos clássicos do controle judicial de constitucionalidade e suas características (item 14.3).

A três, trata do sistema brasileiro (item 14.4), subdividindo-o em difuso (subitem 14.4.1) e concentrado (subitem 14.4.2), retomando em cada item a formação normativo-institucional histórica dos *dois modelos* em vigor no Brasil. *A quatro*, trata expressamente as ações perante o STF (item 14.5), e, *a cinco*, propõe um esforço didático-classificatório “*em torno do fenômeno da inconstitucionalidade*” (item 14.8).

Por fim, *a seis*, a autora vincula a *interpretação constitucional e controle de constitucionalidade*, pois “(...) *toda decisão que declara a invalidade de atos dos outros Poderes estará, por óbvio, interpretando a Constituição, no sentido de considerar que a opção formulada pelo Legislativo ou pelo Executivo é incompatível com o que a Constituição determina*”. Arremata, com bastante precisão, que “*a questão, é claro, envolverá definir o que exatamente a Constituição estabelece ou veda ou permite*”³⁸.

A *história* contada por Gilmar Mendes também não é substancialmente diferente, ainda que seja um dos pioneiros ao trazer elementos sobre a aproximação dos controles principal e difuso, e ter, a bem da verdade, o *controle principal* como um dos principais elementos de sua narrativa. O autor trata do controle de constitucionalidade no Capítulo 10 de seu curso, escrito em co-autoria com Paulo Gonet Branco. A bem da verdade, por sua profundidade e extensão, poderia constituir uma monografia autônoma sobre o tema, subdivida em 12 Capítulos.

Novamente, pinçando os elementos centrais de sua história, é possível identificar cinco pontos estruturantes para a narrativa que emerge em eu curso. *A uma*, trata conceitualmente da “*defesa e proteção da Constituição*” (10.I.3) e desenha “*notas sobre os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade*” em sua formatação histórica no direito comparado (10.I.3.2). *A duas*, expõe a “*evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro*”, indo desde a sua “*pré-história*” imperial (10.II.2) até a Constituição de 1988 (10.II.8). *A três*, aborda o controle difuso, com destaque para item específico sobre o “*controle incidental de*

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*, item 14.10.

normas no Supremo Tribunal Federal” (10.III.3). *A quatro*, trata de cada uma das ações principais perante o STF, a saber, ADI, ADC, ADIO, MI, RI e ADPF (respectivamente, em 10.IV, 10.V, 10.VI, 10.VII, 10.VIII e 10.IX). E, *a cinco*, constrói reflexão sobre “*as decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos*” (10.X).

Vê-se, uma vez mais, a utilização dos *modelos teóricos* (extraídos especialmente dos arquétipos de suprema corte e tribunal constitucional) para olhar às inúmeras modificações pelas quais passou o nosso sistema de direito positivo, e, somente então, aportar no Supremo de hoje, um tribunal equilibrista entre dois mundos distintos, mas que veriam paulatinamente uma tendência de aproximação.

Assim como Gilmar Mendes, Luiz Guilherme Marinoni é responsável pela parte do Curso de Direito Constitucional (em co-autoria com Ingo Sarlet e Daniel Mitidiero), dedicada ao controle de constitucionalidade, com maior foco no controle *judicial*. Aqui uma vez mais a extensão do projeto e o seu aprofundamento revelam que se poderia tratar de monografia à parte, dividida em 13 capítulos.

Os seus elementos centrais podem ser alinhados em cinco grupos: (i) o surgimento do controle de constitucionalidade, o que se desdobra em três momentos: Estados Unidos, Europa e o controle de constitucionalidade no Brasil³⁹; (ii) as tipologias da inconstitucionalidade e de sua forma de controle⁴⁰; (iii) a estruturação do controle difuso em geral no Brasil⁴¹ e o papel do recurso extraordinário dentro desse sistema⁴²; (iv) cada uma das ações principais voltadas à jurisdição constitucional, a saber, a ADI⁴³, ADC⁴⁴, MI⁴⁵, ADIO⁴⁶, ADPF⁴⁷, RI⁴⁸; e (v) os efeitos das decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade⁴⁹ e as técnicas de decisão na jurisdição constitucional⁵⁰.

Vale destacar que Luiz Guilherme Marinoni publicou recentemente, em 2021, o seu *Processo Constitucional e Democracia*, verdadeiro tratado monográfico para além do lugar narrativo comum. O livro é estruturado a partir de uma reconstrução completa “*do processo*

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 910-957.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 958-1006.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.008-1.028 e p. 1.077-1.093.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.029-1.072.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.094-1.142.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.143-1.158.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.250-1.285.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.286-1.314.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.315-1.344.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.345-1.355.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.159-1.236.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade... Idem, p. 1.236-1.249.

constitucional, à luz dos valores da teoria democrática e do diálogo institucional”. Apesar de se utilizar de uma metodologia que parece “*privilegiar o controle difuso*”, constrói abordagem temática orientada a atar as duas pontas soltas da história comumente contada (ou seja, busca uma “*construção teórica respeitante tanto ao controle incidental quanto ao controle direto*”⁵¹).

Em outras palavras, mais do que enxergar os instrumentos à disposição da tutela da Constituição (a coexistência de controle difuso e controle principal, perante o STF) como uma espécie de *defeito* da existência simultânea de ambos os caminhos que levam ao Supremo, destaca como esse desenho tipicamente brasileiro é frutuoso. Afinal, é possível “*se valer do controle incidental (...) e do controle principal tem a grande vantagem de viabilizar a adequada tutela dos direitos fundamentais, permitindo a individualização de hipóteses carentes de proteção constitucional infiltradas nos casos concretos*” e, simultaneamente, não deixa a descoberto ou sem tutela eficaz “*aquelas que não costumam ser reveladas em conflitos interpessoais, e ainda se permitindo a dupla atuação das formas de controle diante de situações que não têm motivo para ficar limitadas ao controle incidental*”⁵².

Em segundo lugar, o *script* narrativo comum sobre nossa jurisdição constitucional também é observado em obras monográficas sobre *Jurisdição Constitucional e Controle de Constitucionalidade*, como os livros de Lênio Luiz Streck⁵³ e Luís Roberto Barroso⁵⁴.

No livro de Lênio Streck, há uma divisão em cinco capítulos, com os seguintes pontos centrais: (i) no Capítulo 1, a construção da ideia de supremacia constitucional, por meio de um excursão sobre as experiências inglesa (item 1.2), americana (item 1.3) e francesa (item 1.4), abordando em especial as soluções institucionais para a jurisdição constitucional em países europeus no segundo pós-guerra (*e.g.* Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Grécia etc.; item 1.7) e da América Latina (*e.g.* Argentina, Bolívia, Peru, Chile, Colômbia etc.; item 1.9); (ii) no Capítulo 2, a retomada histórico-institucional da jurisdição constitucional no Brasil, do Império à Constituinte de 1986-1988; (iii) no Capítulo 3, o início da exploração do “desenho” do controle difuso de constitucionalidade e seus problemas, em que dialoga com o Código de Processo Civil e as técnicas decisórias da jurisdição constitucional; (iv) no Capítulo 4 trata do desenho do “*controle concentrado de constitucionalidade*” a partir da ação direta de inconstitucionalidade, porém aborda inúmeras outras questões relevantes (*e.g.* o caráter dúplice do controle “abstrato”, o efeito vinculante, a modulação de efeitos, o estado de coisas

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021. p. 32-33.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional...** Idem. p. 1.208-1.210.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. *E-book*.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

inconstitucional etc.); e, por fim, (v) no Capítulo 5, especificamente aponta para as “*inovações do controle concentrado na Constituição de 1988*”, a saber, da ADC, da ADIO e da ADPF.

De outro lado, Luís Roberto Barroso também divide toda a sua exposição em dois grandes mundos para buscar explicar o “*sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*” de forma coerente, ainda que por caminhos autônomos: (i) “*o controle de constitucionalidade por via incidental*”, objeto de seu Capítulo 2; e (ii) “*o controle de constitucionalidade por via de ação direta*”, objeto de seu Capítulo 3. Para evitar pontas soltas, reserva à ADPF e à RI um capítulo independente (Capítulo 4), e introduz conceitos operacionais fundamentais no Capítulo 1. Vale destacar que em seu excursus introdutório, Luís Roberto Barroso ainda aborda: o surgimento do *judicial review*; o controle de constitucionalidade a partir da teoria dos fatos jurídicos; como o dogma da nulidade da norma inconstitucional foi impactado pelo controle de constitucionalidade de matiz europeu; as classificações da inconstitucionalidade; a taxonomia dos *modelos* de controle e como se relacionam com o seu surgimento histórico; uma discussão sobre a *legitimidade do controle judicial de constitucionalidade*; e, por fim, analisa o sistema brasileiro, inclusive as ações dos demais poderes (Executivo e Legislativo), e as técnicas decisórias no controle judicial de constitucionalidade.

Novamente aqui, vê-se, com pequenas variações, instanciação da história que comumente contamos sobre a jurisdição constitucional brasileira.

Em terceiro lugar, o fio narrativo comum sobre nossa jurisdição constitucional não é diferente nas obras dedicadas especificamente ao Direito Processual Constitucional. Confrimam-se, exemplificativamente, os livros de Daniel Mitidiero⁵⁵ e de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi⁵⁶.

De partida, vale destacar que Daniel Mitidiero produziu uma das obras mais elegantes e objetivas sobre o tema, estruturada em três ambiências analíticas: (i) o resgate *conceitual* da disciplina do Direito Processual Constitucional; (ii) o olhar atento para o *caldo de cultura* em que ela se insere; e, por fim, (iii) a operacionalização dos vários instrumentos previstos em nossa ordem constitucional para viabilizar o acesso ao STF.

Esses três *ethos*, entrelaçados, revelam, para o autor, duas passagens importantes na compreensão do processo constitucional. A primeira, que vai do *controle de constitucionalidade* à estruturação do *Direito Processual Constitucional como disciplina*

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional: do controle ao processo, dos modelos ao sistema**. São Paulo: RT, 2023. *E-book*.

⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. *E-book*.

autônoma (do *controle* ao *processo*). A segunda, que parte da grande variabilidade de desenhos sistêmicos possíveis para a jurisdição constitucional e chega na proposta de se fazer, em princípio, uma *fotografia* do nosso sistema, para após permitir que se rode o seu *filme* (ou seja, explicitar como esses vários instrumentos se interrelacionariam e operacionalizariam em nosso *sistema* constitucional).

No que é relevante, entre os traços mais marcantes do quadro pintado pelo autor quanto ao perfil conceitual, sobressai a importância de não se “*confundir processo constitucional com processo constitucionalizado*”, tampouco “*processo constitucional com defesa da constituição*”, vista como “*todo e qualquer meio de defesa da Constituição*”. O endereço específico do processo constitucional, na sua reconstrução teórica, é “*o campo do direito que se dedica aos meios constitucionais típicos voltados à tutela de direitos fundamentais e da ordem constitucional e ao guardião da Constituição*”, elemento *conceitual* que abarca “*a interpretação e aplicação da Constituição*”⁵⁷.

Para bem entender essa abordagem teórica, o autor propõe que se faça uma *arqueologia* das origens das duas tradições *que se uniram no Brasil* (na bela imagem que utiliza, um bastante brasileiro “*encontro de águas*”).

Em seu perfil cultural, o autor parte da *Higher Law* da tradição do *Common Law* inglês e do *judicial review* americano, passa pelo *modelo europeu* (“*as Raízes da Stufenbau e do Verfassungsgerichtshof*”), e, então, aporta na exposição da formação dos *modelos* com que a *disciplina teórica* do controle de constitucionalidade geralmente foi enfrentada, demonstrando as suas insuficiências e necessidade de rearticulação.

De posse desse novo arcabouço conceitual⁵⁸, passa a olhar para o *sistema* constitucional brasileiro de jurisdição constitucional. Perceba-se ser tal arcabouço, rebuscado dogmaticamente, o ponto de partida para o enfrentamento do Direito Constitucional positivo – nota-se o componente dedutivo (da teoria ao direito positivo) de seu empreendimento.

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional**: do controle ao processo, dos modelos ao sistema. São Paulo: RT, 2023. *E-book*, I.3.

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional...** Idem, III.1: “Quatorze peças. É preciso encaixar quatorze peças para que a fotografia do nosso sistema seja revelada. Inventariá-las não deixa de ser um esforço didático. É da conjugação do *momento, natureza, competência, modo, conteúdo, efeitos, eficácia, função, agenda, bem tutelado, iniciativa, participação, parâmetro e objeto* que se pode ter uma percepção mais ampla de como podem ser classificados os nossos diferentes meios de defesa judiciais da Constituição. Encaixadas, é possível colocá-las em movimento para que a gente possa entender a moral da história. Vale dizer: como o processo constitucional desempenha a sua a função entre nós. *Essas quatorze peças podem ainda ser alocadas em cinco grupos*. Dá para contar nos dedos de uma mão. Esses critérios buscam resolver problemas ligados à *separação dos poderes (momento e natureza), segurança jurídica (competência, modo, conteúdo, efeitos e eficácia), eficiência (função, agenda e bem tutelado), abertura democrática (iniciativa e participação) e expansão do constitucionalismo (parâmetro e objeto)*”.

Em seu olhar funcional, por sua vez, o autor faz a cisão entre *controle incidental* e do *controle principal*, explorando a *história* tanto do *recurso extraordinário* e sua *conformação normativa*, quanto dos demais *writs* e *ações constitucionais* (i.e. *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção*, *habeas data*, incluindo aqui também a *ação popular*, *ação civil pública* e *reclamação*).

Analisa, então, o *controle principal*, que separa em *comum* (i.e. ADI e ADC) e *especial* (ADPF e RI), finalizando com interessante capítulo sobre o STF como *corte suprema* e *corte constitucional*. Mesmo com um importante elemento crítico-propositivo quanto à *disciplina teórica* do processo constitucional, não se vê grande afastamento da narrativa que vimos até aqui sobre as duas forças aparentemente antagônicas, as quais permeariam a estruturação – e o funcionamento – do Supremo⁵⁹.

Por fim, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi também revelam obra que compartilha do *script* narrativo *prevalente* sobre o nosso sistema de jurisdição constitucional. De início, os autores delinham um conceito relativamente amplo de processo constitucional, conquanto o enunciem como *estrito*. Afinal, aduzem que seu curso tratará dos “*processos regulamentados pela Constituição*”, isso é, “*os instrumentos legais que objetivam garantir a supremacia da Constituição, verificando a regularidade da produção de normas infraconstitucionais*”, dando, porém, uma “*maior ênfase no controle judicial*”⁶⁰.

⁵⁹ Vale destacar que a construção teórica de Daniel Mitidiero é dotada de um elemento meta-crítico bastante apurado (isso é, a depuração conceitual da disciplina do Processo Constitucional alinhada com um olhar atento para a história de cada um dos instrumentos previstos na ordem jurídica brasileira). Ainda assim, o processo de reconstrução narrativa do *sistema de jurisdição constitucional* proposto pelo autor é eminentemente dedutivo, como se adiantou, e, portanto, ainda tributário de uma apreciação – mesmo que apurada e crítica – dos modelos teóricos que teriam informado a própria disciplina teórica do processo constitucional. Não se trata, portanto, de um empreendimento teórico-indutivo, que parta da conformação constitucional específica do direito positivo brasileiro para dele extrair elementos explicativos operacionais, como se preconiza nesta tese. Assim, o Supremo é visto muito mais como o “encontro de dois continentes”, da Suprema Corte americana e dos Tribunais Constitucionais europeus, e compreendido no fogo cruzado, e eminentemente contraditório, da confluência de duas tradições teórico-dogmáticas. Parte-se aqui, uma vez mais, da teoria para observar o Supremo, e não do Supremo, desenhado pela Constituição, para construir a teoria. Não é por outra razão, por exemplo, sua reconstrução não explora aprofundadamente o instituto da *repercussão geral do recurso extraordinário*. O tema, em realidade, aparece lateralmente, de forma mais direta com sua conexão com a possibilidade do controle de agenda da corte, inserindo-a, em uma perspectiva teórica, como um dos “traços mais marcantes das Cortes Supremas”, ou seja, de um modelo *teórico* – o de cortes supremas – que o autor construiu alhures. C.f.: MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional**: do controle ao processo, dos modelos ao sistema. São Paulo: RT, 2023. *E-book*, III.1.3. Vale destacar, porém, que há uma grande confluência entre os pressupostos teóricos adotados nesta tese e a produção dogmática de Daniel Mitidiero, inclusive em seu *Processo Constitucional*. No entanto, os caminhos são distintos – e complementares –, ainda que compartilhem de inúmeras premissas. O marco distintivo entre os empreendimentos desta tese e das teses de Mitidiero é que aqui se parte do *ser* do Supremo, uma instituição *positivamente* considerada, dotada de características peculiares, capazes de informar, a partir de seu desenho específico, a extração de suas *funções* e de seus elementos operacionais. Ambos os projetos teóricos não são antagônicos, mas sim complementares, distinguindo-se quanto à metodologia adotada, inicialmente *dedutiva* para Daniel Mitidiero e *indutiva* para a presente tese.

⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. *E-book*. Introdução.

Na sequência dessa delimitação conceitual: (i) tratam do surgimento *histórico* do controle de constitucionalidade (Capítulo 1); (ii) de seus critérios de *classificação* (Capítulo 2); (iii) do controle judicial dito abstrato no Brasil e sua configuração (Capítulos 3 e 4); (iv) dos métodos de interpretação e das técnicas de decisão no controle judicial de constitucionalidade (Capítulo 5); (v) do controle incidental-concreto (Capítulo 6); (vi) dos remédios constitucionais (*i.e. habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular*; Capítulo 9); (vii) da *legitimidade* da justiça constitucional (Capítulo 7); e (viii) do controle de constitucionalidade não judicial, exercido pelo Legislativo e Executivo (Capítulo 8).

Em suma, como se pode constatar, seja nos *Cursos de Direito Constitucional*, seja nas monografias sobre *Controle de Constitucionalidade*, *Jurisdição Constitucional* ou, ainda, sobre *Processo Constitucional*, a doutrina segue, com pequenas variações, o mesmo desenho narrativo, variando pontualmente apenas e tão somente quanto à *profundidade* dedicada a temas específicos.

Desse relato comum, seria possível uma primeira percepção de que, ao olhar para o Supremo, a quem se confiou a *guarda da Constituição*, estaríamos diante de um animal exótico causador de estranhamento. Isso porque, por ostentar características de múltiplas “espécies”, em qualquer taxonomia dificilmente seria inserido no ápice da cadeia alimentar do ecossistema da jurisdição constitucional, ou mesmo ser digno de nota⁶¹. Nada, porém, é mais apressado e equivocado do que essa conclusão.

Isso porque os *modelos* ideais de jurisdição constitucional, a bem da verdade, geralmente buscam responder a apenas duas perguntas, por si só, bastante insuficientes. É dizer, não se busca necessariamente olhar para as experiências *concretas* da jurisdição constitucional, a partir de seu desenho institucional.

Verifica-se tal cenário porque, uma vez definida a fixação da jurisdição constitucional em um determinado sistema, os modelos ou bem indagam: (i) quem pode reconhecer a inconstitucionalidade (*i.e.*: controle concentrado ou difuso); ou (ii) como se dá esse tipo de reconhecimento (*i.e.*: de forma concreta, a partir de um caso, ou abstrata, sem *referibilidade* a um caso concreto).

⁶¹ Em importante exceção a essa ideia, em uma perspectiva de Direito Comparado Steven Calabresi aduz que, ainda que o Brasil possua características que bebem nos *modelos* europeu e americano, para além de um sistema híbrido, o controle de constitucionalidade no Brasil constitui um “*sistema complexo, cheio de mecanismos institucionais para fazer cumprir a Constituição*”, ou seja, “*é um distinto e complexo modelo por si só*”. CALABRESI, Steven. The Concentrated and hybrid models of judicial review. In: CALABRESI, Steven Gow; OWENS, Jasmine M.; SILVERMAN, Bradley G. **The history and growth of judicial review volume 2: the G-20 civil law countries**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 27-38, p. 37 e 32-33.

Diante disso, continua a fazer parte da nossa narrativa sobre a jurisdição constitucional uma repetição sobre os *modelos*, identificando, como regra geral, o controle difuso-concreto com o *modelo americano* e o concentrado-abstrato com o *modelo europeu*, fazendo com que sistemas como o brasileiro, com todo o seu requinte e elementos intrincados, sejam incluídos, com o perdão da expressão forte, na *vala comum* taxonômica de um modelo híbrido, em que tudo cabe.

No entanto, é preciso superar essa abordagem, que, em realidade, é *lacunosa*. Ou seja, aqui se compartilha da compreensão segundo a qual “*o mundo da jurisdição constitucional é muito complexo para ser apreendido por essa classificação tradicional*”, devendo-se, em realidade, deixar para trás “*os rótulos modelo americano ou modelo europeu*”⁶², especialmente para olhar para a jurisdição constitucional brasileira e para o STF, objeto específico da presente tese, a partir da atribuição da *função* de guardar a Constituição.

Como esclarece Virgílio Afonso da Silva, tipologias ou classificações são, no final das contas, uma simplificação da realidade, as quais somente justificam sua razão de ser a partir da redução da complexidade que seja capaz de outorgar algum ganho explicativo. Ou, como afirma, citando Kenneth Bailey, quando a construção tipológica é capaz de “*estabelecer um número mínimo de tipos, que, por sua vez, evidencie o máximo de homogeneidade*”. Assim, uma “*tipologia dualista que tem que ser tem que ser constantemente complementada por um terceiro (e bastante amorfo) tipo etiquetado de misto ou híbrido – que, por sua vez, é o tipo que explica virtualmente todas as experiências reais do controle de constitucionalidade – soa um pouco inútil*”. Não por outra razão, Afonso da Silva propõe-se que no máximo se construam tipologias *parciais* e “*se abandone a ideia de que uma delas é mais importante independente do que esteja em jogo*”.⁶³

Nesse sentido, Daniel Mitidiero, após revisitar de forma profunda a *doutrina* do processo constitucional, registra, até mesmo de modo poético, que “*as contraposições clássicas começaram a desbotar, sendo lembradas cada vez mais com a mesma textura de um sonho antigo*”, afirmando ter razão quem destaca “*o desgaste da teoria dos modelos, na medida em que dificilmente um sistema constitucional compra de porteira fechada um dado tipo ideal*”⁶⁴.

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. Beyond Europe and the United States: the wide world of judicial review. In: DALANEY, Erin F; DIXON, Rosalind (Ed.). **Comparative judicial review (Research Handbooks in Comparative Constitutional Law)**. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 2018. p. 318-336, p. 319.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. Beyond Europe and the United States... Idem, p. 331-332.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional: do controle ao processo, dos modelos ao sistema**. São Paulo: RT, 2023. *E-book*, II.2.1.

É preciso ir além dos modelos desbotados. E mais: modificar o caminho metodológico para enfrentamento do problema. Por isso o nosso convite é olhar para a concretude da estruturação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional, em especial para o STF e suas *funções*.

Nesse mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva exorta que se observe menos um debate formalista sobre a jurisdição constitucional (que responde a questionamentos tais como “quem?”, “por qual meio?”, “qual o status de uma lei inconstitucional?”, “quando operam os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade?” etc.), o qual preocupava, por exemplo, as reflexões kelsenianas na edificação do modelo europeu – e um de seus primeiros arquétipos, o controle de constitucionalidade austríaco –, e mais um debate substancial. Isso é, partindo-se do pressuposto de que cortes supremas e/ou constitucionais são instituições de destaque nas democracias constitucionais contemporâneas – o que, adicione-se, é um truísmo no sistema constitucional positivo brasileiro que *confiou* ao STF a *guarda da Constituição* –, e, se busque responder sobre “*quais características são relevantes para definir como esse papel é implementado*”⁶⁵.

A lacuna que se tem no campo doutrinário – objeto desta tese –, portanto, diz com a percepção da insuficiência dos *modelos teóricos do processo constitucional* a partir de uma abordagem dedutiva (do *modelo* ao *Supremo*), e da premência de se olhar mais diretamente para o papel atribuído, de maneira específica, pelo Direito Constitucional positivo brasileiro ao STF (do *Supremo e todas as suas competências* à compreensão da sua *função precípua de guardar a Constituição*).

Não há, na doutrina brasileira atual, abordagem que busque extrair o conceito constitucional positivo de *guarda da Constituição* presente no *caput* do art. 102 da CRFB a partir da análise de todas as atribuições de competências da corte. Em realidade, o próprio vocábulo *precipua*, como já adiantado, dificilmente é sequer abordado nos cursos ou monografias sobre o tema, salvo em citações diretas do próprio art. 102, *caput*, CRFB, ou de decisões judiciais que o referenciem. Não há, de todo modo, a apresentação de uma *explicação* de sua relevância para o desvelar do sentido positivo de *guarda da Constituição* na análise das demais competências do Supremo Tribunal Federal.

Um exemplo teórico recente, vindo de tradição constitucional com conformação bastante distinta da nossa, ilustra a importância do empreendimento proposto na presente tese,

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Beyond Europe and the United States: the wide world of judicial review. In: DALANEY, Erin F; DIXON, Rosalind (Ed.). **Comparative judicial review (Research Handbooks in Comparative Constitutional Law)**. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 2018. p. 318-336, p. 333.

com metodologia *indutiva*, revelando os ganhos analíticos de uma virada de chave de uma abordagem puramente dedutiva.

Em *Fidelity and Constraint*, Lawrence Lessig se dispôs a construir um modelo teórico capaz de captar, de forma justificada, como a Suprema Corte dos Estados Unidos interpretou a Constituição daquele país ao longo do tempo.

Em linhas gerais, o autor busca, partindo do que já se adiantou constituir “interpretação caridosa” sobre a atuação da corte (a qual também permeia o modo de proceder nesta tese), apresentar uma teoria *descritiva* capaz de, olhando para o passado (isso é, sem necessariamente fazer modelos preditivos para o futuro), explicar quais “*as peças em movimento*” da interpretação constitucional americana⁶⁶.

Lessig não deixa espaço para dúvida de que: (i) seu empreendimento teórico está ligado a uma Constituição bastante *antiga e difícil de ser emendada*; e (ii) não tem nenhuma pretensão universalizante, isso é, não espera que seu modelo faça qualquer sentido para “*outras constituições, com outras amarras*” institucionais⁶⁷.

O exemplo, porém, é bom para a compreensão do STF e a estruturação do *seu* processo justamente por nos convidar a pensar como compreensão a função de *guarda da Constituição* foi positivamente *atribuída* ao Supremo, diferente do que ocorre na ordem constitucional americana⁶⁸. Isso porque o percurso metodológico que o autor realiza, olhando para a institucionalidade concreta da tradição constitucional na qual se insere, e, em especial, os dois vetores que *extrai* daquela prática (que denomina de fidelidade *ao sentido constitucional* e fidelidade *ao papel da corte*), são particularmente relevantes como um alerta para olharmos para o STF e as funções confiadas especificamente pelo nosso Direito Constitucional positivo.

De forma muito objetiva, Lawrence Lessig estabelece o pressuposto básico segundo o qual a Constituição é, antes de tudo, um texto, vertido em linguagem natural. Ou seja, um texto escrito a partir de um determinado pano de fundo contextual, que, por sua vez, é capaz de

⁶⁶ Para Lessig, não se trata de pressupor juízes moralmente infalíveis, mas sim ter em conta, como pressuposto teórico analítico, que os julgadores e a instituição não estão maculando suas decisões por considerações inapropriadas ou impróprias, mas sim na busca pelo desempenho de sua função como juízes da melhor forma possível.

⁶⁷ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint: how the Supreme Court has read the American Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2019, p. 3-5.

⁶⁸ Em que a definição das competências da corte é absolutamente escassa no texto constitucional, e o *judicial review*, a bem da verdade, foi autoatribuído a partir da revolução judicial que teve seu nascedouro em *Marbury v. Madison*, sendo consolidada a partir de inúmeras decisões nos dois séculos seguintes. Sobre o tema, ver: CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison: uma leitura crítica**. Curitiba: Juruá, 2017.

informar os seus significados. Diante das inevitáveis mudanças de contexto, coloca a seguinte questão: qual o tipo de fidelidade interpretativa que devemos ter?⁶⁹

Para ele, partindo da análise específica da tradição constitucional americana, a fidelidade se desdobra em duas, que são reveladas a partir do questionamento sobre: (i) como um intérprete, especialmente um juiz ou juíza, preserva o significado da Constituição dentro de um *novo* contexto interpretativo, isso é, para a atualidade (fidelidade ao sentido); e (ii) como deve proceder nesse empreendimento, consideradas as amarras institucionais do cargo de juiz ou, institucionalmente, o próprio papel da corte (fidelidade ao papel).⁷⁰

Nesse cenário, pode-se pensar em uma fidelidade ao papel ligada à própria capacidade institucional da corte e de seu *papel* na alocação de poderes⁷¹. Quanto à fidelidade ao significado, Lawrence Lessig revela a importância de se perceber a fidelidade à Constituição como um processo de tradução. Isso é, sobre como preservar não apenas o significado “*do que se disse*”, vertido em um dado texto, mas o significado que a elocução teve em um determinado contexto⁷².

O projeto em *Fidelity and Constraint*, portanto, é de que, com essa forma de enfrentar o problema, torne-se possível superar a relação que geralmente se estabelece entre *fidelidade e mudança* em um cenário interpretativo, vale dizer, a superação de um suposto truísmo, tão

⁶⁹ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint...** Idem, p. 451.

⁷⁰ Vale destacar que Lessig chega a esses dois desenhos (fidelidade ao sentido e fidelidade ao papel) a partir da análise dos 200 anos de jurisprudência da Suprema Corte. Não busca, a partir de uma construção teórica desses dois modelos de fidelidade, aplicá-los a essa prática. A mudança de chave, da dedução à indução, é nítida.

⁷¹ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint: how the Supreme Court has read the American Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2019, p. 41: “The point is the institutional capacity of courts. Is it within their ken to evaluate which means are ‘really necessary’? I’m not saying it’s not possible. But whether possible or not, the process would be very weird. It would be very hard for different courts to follow the precedent set by any of these opinions. And over time that would mean that the same issue could be decided inconsistently by different courts. The courts, in exercising their role as supervisors of ‘necessity’ would produce a range of opinions that would inevitably be inconsistent even if all were written in good faith. That inevitable predictable – indeed, almost certain – inconsistency is a reason to avoid any reading of the Constitution that produces it. Such a reading, in other words, would be inconsistent not with a fidelity to meaning, but with a fidelity to role”. Destaque-se que aqui se fez referência à “necessary and proper clause” da Constituição Americana, prevista no seu Article 1, Section 8, que estabelece que o Congresso tem poder de elaborar todas as leis necessárias e adequadas para permitir a implementação dos poderes do Estado e de todos os seus agentes. A partir desse dispositivo a Suprema Corte construiu, em *McCulloch v. Maryland* a teoria dos poderes implícitos. Sobre *McCulloch v. Maryland* ver CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques, O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF, **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 56, nº 221, jan./mar. 2019, p. 247-270.

⁷² LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint...** Idem, p. 212-213: “Fidelity to meaning asks the Court to read the Constitution in light of the current interpretive context so as to preserve its original meaning. That is different from saying the Court should read the Constitution as the Framers would have. That’s the question of the one-step originalist. The aim of the two-step originalist is to take what the Framers would have done in their context and to find an equivalent in this context, so as to preserve meaning across contexts. To use the central animating metaphor, the goal is to translate the original text in the original context to a new context. (...) Such preservation may not always be possible. Contexts may change too dramatically to make it meaningful to speak of preserving meaning across contexts. (...) The product of that extraordinary practice (...) is a set of artificial or constructed limits on the scope of government’s power and Congress’ power. (...) It is not the will of the Court that limits the democratic branch, or so goes the assertion. It is the will of the people, properly adjusted to the circumstances of the time”.

simples quanto falso. Isso é, de que *fidelidade* implicaria sempre nenhuma alteração ou modificação. Ou, visto por outro lado: toda mudança significaria necessariamente infidelidade⁷³.

Como explica o autor, a premissa básica da Constituição escrita é que suas palavras detêm significado, e este, por sua vez, simultaneamente *capacita* a ação e *a restringe*. Essas restrições, a seu turno, dependem de uma prática de fidelidade⁷⁴. O direito positivo e os dispositivos normativos, incluindo, como não poderia deixar de ser, o texto constitucional, porém, são dependentes dos fatos e de significados construídos socialmente. E, bem por isso, tais significados são cambiáveis, o que se poderia, aqui, considerar a própria dimensão pragmática da linguagem. A questão, para Lessig, é saber se as cortes deveriam, em uma perspectiva democrática (lembre-se que sua produção teórica se insere diante de um *sistema* em que *não atribuiu expressamente* tal função à Suprema Corte), monitorar, acompanhar e aplicar as mudanças de sentido construídas socialmente. E, assim, a dúvida se desdobra em duas questões: uma ontológica e outra epistemológica.

Para o autor, a questão ontológica busca responder à pergunta “*faz sentido que a interpretação do direito evolua ao passo que o significado evolua?*”, ao passo que a epistemológica indaga se “*faz sentido democraticamente que a corte identifique e aplique o sentido social?*”⁷⁵.

A resposta de Lessig à dúvida ontológica é de que, como a construção do sentido se dá por meio de um “*processo descentralizado de compreensão e construção*”, não haveria aqui qualquer déficit democrático, desde que a “*economia da construção de significados*” não seja “*influenciada indevidamente*”. O problema maior, portanto, seria epistemológico, de *alocação* sobre *a quem competiria* dizer quais são esses significados. Olhando novamente para a história específica da tradição constitucional dos Estados Unidos, Lessig responde que lá, pela prática constitucional, tradicionalmente se reconheceu esse papel à jurisdição da Suprema Corte⁷⁶, que é desempenhado por meio de julgamentos fundamentados, construídos a partir de um conjunto de amarras processuais que guiam o processo de construção do raciocínio jurídico e decisional da corte.

Em *Fidelity and Constraint*, portanto, o importante nesse contexto seria identificar não as virtudes e fraquezas da alocação dessa função à Suprema Corte, mas sim as virtudes e

⁷³ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint: how the Supreme Court has read the American Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2019, p. 54.

⁷⁴ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint...** Idem, p. 445.

⁷⁵ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint...** Idem, p. 446.

⁷⁶ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint...** Idem, p. 447-448.

fraquezas das potenciais alternativas para o desempenho dessa função⁷⁷. Ainda que perceba desenvolvimentos de novos processos deliberativos os quais poderiam chegar a resultados similares (como o processo de “*deliberative pooling*” – votação deliberativa –, preconizada por James Fishkin⁷⁸), os processos democráticos ordinários, por meio de eleições, para Lessig, não atingiriam o mesmo resultado⁷⁹, isso é, de análise das nuances e granularidades dos *conflitos constitucionais*.

De outro lado, quanto à fidelidade ao papel, seria possível ver dois tipos de aspectos de fidelidade, um interno e outro externo, também extraíveis da *prática* da corte. O interno, diz respeito à busca pela construção de coerência, consistência e confiabilidade na prática da corte ao longo do tempo, justificando uma postura comedida do tribunal. O externo, porém, parte da ideia de que se todo caso é importante, mais importante ainda é haver uma instituição estável e com poder para decidir casos no futuro, a partir da Constituição. Vale dizer, nos momentos do surgimento e afirmação de seu poder, ou mesmo de uma “*pressão política esmagadora*”, a corte poderia adequadamente reconhecer que há uma limitação para aquilo que pode fazer e decidir⁸⁰, adotando uma postura modesta ou autocontida, a fim de se autopreservar⁸¹.

Como esse tipo de fidelidade (“fidelidade ao papel”) se implementa na prática, pela síntese feita até aqui, é obviamente complicado, e dotado de grande plasticidade. Há, ademais, um espaço importante para o uso vigoroso e humilde da própria dissidência⁸², de forma a manter a própria “*integridade moral*” da instituição. Não obstante a fidelidade ao papel revele que

⁷⁷ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint**: how the Supreme Court has read the American Constitution. Nova York: Oxford University Press, 2019, p. 449.

⁷⁸ Vale destacar que a proposta de James Fishkin para concretizar a democracia deliberativa, como é intuitivo, está longe de um empreendimento puramente teórico ou desconectado da prática, mas sim vocacionado a “(...) experimenting with how to facilitate the public will and experimenting with venues and institutional designs where it can be brought to life and made consequential, we can glimpse more ambitious democratic possibilities. Deliberative democracy is not just a matter of armchair theorizing or thought experiments. It can be the subject of empirical work—essentially pilots for a philosophical idea. Furthermore, it can contribute to practical reforms and improved governance at many levels throughout the world”. FISHKIN, James S. **Democracy when the people are thinking**: revitalizing our politics through public deliberation. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 3.

⁷⁹ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint**... Idem, p. 451.

⁸⁰ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint**... Idem, p. 451-454.

⁸¹ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint**... Idem, p. 213: “The act of translation, like any judicial act, reflects back on the institution doing the translating. And this reflection gets reckoned. Courts take account, I submit, not just whether their decision is right, but also of how their decision will be understood. How courts perform this reckoning is something I’ve not described. While I’ve pointed to at least one self-conscious reckoning, the best judges, I suggest, have an intuitive sense of what seems appropriate. That sense constrains the range of possible interpretations. That constraint can even block the ‘correct’ interpretation of a particular text, at least if that interpretation is too costly for the judicial institution. (...) Where the interpretive context makes it no longer possible for the Court to sustain a particular interpretation, the Court retreats. Getting it right is important, but appearing non-political can be much more important”.

⁸² Sobre a importância dos votos dissidentes na prática constitucional dos Estados Unidos, ver TUSHNET, Mark. Introduction: why dissent? In: TUSHNET, Mark (Org.). **I dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon Press, 2008.

“*deve ser minimizada*” e “*evitada, se possível*”, ela faz sempre parte do que uma corte deve considerar, havendo uma certa “*inevitabilidade*”, uma conexão essencial com o controle de constitucionalidade⁸³. Assim, a própria colocação desse tipo de debate é particularmente acentuada quando a delimitação do “*papel*” do tribunal foi dependente de sua construção interpretativa pela própria corte.

No ponto vale destacar que essa conclusão de Lessig não é eminentemente paroquial, isso é, não se limita a ordens jurídicas como a americana, na qual a jurisdição constitucional, isso é, a própria *função de judicial review* foi autoatribuída.

Como apontam Robert Kagan, Diana Kapiszewski e Gordon Silverstein, a partir de uma investigação comparatista mais ampla, os julgadores “*muitas vezes empregam uma variedade de estratégias, táticas e técnicas – e se imiscuem em criatividade processual e interpretativa – a fim de poder adotar ou evitar novos papéis de governança [para as cortes]*”⁸⁴, ou seja, na existência de uma grande plasticidade de técnicas para proteger o próprio papel da corte, quando se percebe que está em jogo possível decisão que impactará no desenho e no exercício concreto dos poderes do Estado.

Nesse sentido, e à título de exemplo, as cortes elaboram construções jurisprudenciais tais como teorias de “*insindicabilidade*” constitucional de determinados atos normativos – como, por exemplo, uma restrição de análise a certas “*questões políticas*”, o reconhecimento de liberdade para desenho burocrático *interna corporis* de órgãos de outros poderes etc. –, ou, por outro lado, fazem reinterpretções de sua própria competência, convidando o ajuizamento de novas demandas e construção de novas linhas jurisprudenciais.

Vale dizer, quer seja para aumentar ou restringir o escopo da atuação do Poder Judiciário, que se trate, ou não, de questões politicamente sensíveis, as cortes são convidadas a “*frequentemente se esforçar para afirmar que essas decisões não são julgamentos políticos, mas apenas decisões que fluem logicamente, em realidade, inexoravelmente, de imperativos legais enraizados no texto constitucional ou legal, ou de seus princípios subjacentes*”. E agem dessa forma para evitar eventual *backlash* político, e “*facilitar a execução contínua de seu papel relevante*”⁸⁵.

⁸³ LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint: how the Supreme Court has read the American Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2019, p. 452.

⁸⁴ KAGAN, Robert; KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon. New judicial roles in governance. In: DALANEY, Erin F; DIXON, Rosalind (Ed.). **Comparative judicial review (research handbooks in Comparative Constitutional Law)**. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 2018. p. 142-163, p. 156.

⁸⁵ KAGAN, Robert; KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon. New judicial roles in governance... Idem, p. 156.

De todo modo, feito o registro de que o ponto não é necessariamente limitado a apenas um tribunal ou corte constitucional cuja competência (*papel* ou *função*) foi autoatribuída, sublinhe-se o argumento central de Lessig quanto à fidelidade ao papel ser o de que o contexto político e social tem importância central para a corte no exercício da jurisdição constitucional diante de sua inserção dentro da democracia constitucional americana.

E isso decorre não de uma postura puramente prescritiva, mas de sua análise específica da ordem jurídico constitucional americana e da experiência jurisprudencial acumulada pela prática da Suprema Corte, na dinâmica de interrelação entre poderes. Vale dizer, pela análise da forma como a corte se comportou ao longo do tempo até a data da publicação de seu livro, quer se observe suas composições mais conservadoras ou mais progressistas.

Como se pode perceber, trata-se de um procedimento investigativo indutivo, ainda que de capacidade dedutiva ou generalizante mais limitada, tendo em vista que no sistema constitucional americano, a própria delimitação do papel institucional da corte foi construída por meio da jurisprudência da corte e de acomodação institucional subsequente.

Essa forma de proceder, porém, permitiu que se acomodasse a explicação justificada, no caldo de compreensões sobre a *fidelidade* ao direito e à constituição, como e porquê a *autopreservação institucional* desempenhou, à luz de uma interpretação caridosa da própria prática, papel importante naquele sistema.

Em outras palavras, o trabalho de Lessig conseguiu fazer emergir uma nova chave de leitura, para além tão somente da postura *prescritiva* sobre *o que deve constituir fidelidade à Constituição* – embate hermenêutico no campo do *dever ser* –, revelando outro componente da própria fidelidade, decorrente da análise da prática da corte, o qual pode ser descrito como a fidelidade à preservação de seu papel institucional.

Aqui se percebe, a partir do exemplo teórico de Lessig e para além da lacuna sobre a *“história que contamos para nós mesmos sobre a jurisdição constitucional do Supremo”*, os possíveis ganhos teóricos de inverter a ordem de análise da história que muitas vezes repetimos acriticamente sobre a jurisdição constitucional brasileira, de uma metodologia *dedutiva* para uma *metodologia indutiva*.

Assim, as funções do STF, o que constitui *guardar a Constituição* e porque essa é a função *principal* do Supremo, nos termos do art. 102, *caput*, CRFB, revelam uma possível chave de leitura que vai além, e complementa, os modelos puramente *prescritivos* atualmente predominantes.

2.3. Arremate: o que a presente tese não é, recortes temporais, esclarecimentos redacionais e os *pressupostos teóricos* de onde se parte nessa jornada investigativa teórico-dogmática sobre o processo constitucional brasileiro *perante* o Supremo Tribunal Federal

Como ficou claro até aqui, a presente tese não é, e não pretende ser, uma investigação que enfrenta seu objeto de investigação exclusivamente a partir do Direito Constitucional, da Filosofia Política, da História do Direito, da Teoria do Direito, do Direito Comparado e do Direito Processual Civil.

Não é também uma investigação sobre Teoria da Interpretação, sobre Precedentes Judiciais, sua fundamentação teórica ou operacionalidade prática⁸⁶. Tampouco versa sobre os “papeis” que podem ser desempenhados pela jurisdição constitucional em uma democracia ou os seus limites sob o ponto de vista democrático (*e.g.* teoria da última palavra, diálogos constitucionais e institucionais, papel “contramajoritário” etc.).

A tese insere-se no campo *estrito* do Direito Processual Constitucional, que parte do Direito Constitucional *positivo* e das competências atribuídas concretamente pela Constituição ao STF, utiliza de uma metodologia *indutiva*, dialoga com a interpretação diacrônica que a própria corte fez de suas competências, olha para o desenho concreto da separação de poderes brasileira, e busca, em uma *reivindicação crítico-descritiva*, extrair o sentido constitucional positivo *da função de guarda da Constituição* de que fala o art. 102, *caput*, CRFB, a partir de sua arquitetura da confiança.

Assim sustenta ser possível revelar a conformação constitucional da *ação constitucional* ligada à função de guarda da Constituição (*reivindicação crítico descritiva*) e convida a uma posterior construção analítica de seu adequado módulo processual (a possibilidade de interpretação *prescritiva* a partir do conceito *crítico-descritivo* construído nesta tese).

⁸⁶ Realizamos esse tipo de empreendimento investigativo em nossa dissertação de mestrado para buscar compreender o assento do instrumento do *precedente judicial*, e sua operacionalidade prática, com ampla revisão crítica da teoria do direito como planejamento de Scott Shapiro, em diálogo com as reflexões de António Manuel Hespanha, Eros Grau, Franz Wiacker Frederick Schauer, Giovanni Tarello, Giusi Sorrenti, Hans Kelsen, Hein Kötz, Herbert Hart, Humberto Ávila, Jeremy Waldron, Jerzy Wróblewski, John Gardner, John Merryman, Joseph Raz, Judith Martins-Costa, Julie Dickson, Konrad Zweigert, Marcelo Dascal, Michele Taruffo, Neil MacCormick, Pierluigi Chiassoni, Pietro Costa, Riccardo Guastini, Rogelio Pérez-Perdomo, Ronald Dworkin, Timothy Endicott e outros. O problema investigativo, naquela ocasião, foi a busca de um fio condutor, *teórico e operacional*, a partir de aportes constantes na interface entre Direito Constitucional, Filosofia Política, História do Direito, Teoria do Direito e Direito Processual Civil, para a explicitação do instrumento do precedente judicial, no contexto da passagem de um Estado de Direito em sua conformação *liberal* para o Estado Constitucional e Democrático de Direito. KRASSUSKI, Luiz. **Justificação dos precedentes: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente.** 2015, 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, *passim*.

Para realizar esse empreendimento, considera-se a Constituição a partir da integralidade de seu texto consolidado e vigente atualmente, incluindo as 6 (seis) Emendas Constitucionais de Revisão, as 128 (cento e vinte e oito) Emendas Constitucionais ordinárias publicadas e incorporadas até 22/12/2022, e os 4 (quatro) tratados internacionais incorporados com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, CRFB⁸⁷. De mesmo modo, considera a jurisprudência do STF por meio das decisões da corte proferidas até 1º de julho de 2023, data do encerramento do primeiro semestre judiciário de 2023.

Deve-se esclarecer, ainda, que todas as decisões utilizadas na presente investigação são referenciadas cronologicamente, em capítulo específico das referências bibliográficas ao final do texto. No entanto, para facilitar o acesso à informação, todas as decisões são mencionadas em notas de rodapé assim que citadas, seguindo um modelo mais simples⁸⁸. Do mesmo modo, optou-se por dar prioridade em referenciar livros e demais materiais que estejam disponíveis em plataformas digitais lícitas (*e-books*)⁸⁹.

Por fim, ainda que a tese não seja inserida no campo estrito do Direito Constitucional, do Direito Processual Civil, da Filosofia do Direito, da Teoria do Direito e da Teoria da Interpretação, possui importantes pontos de contato com essas disciplinas teórico-dogmáticas. Ademais, compartilha de pressupostos teóricos construídos no diálogo com essas disciplinas, inclusive na produção teórica anterior do autor, e que igualmente terão papel operacional nesta tese. Destaquem-se, desde logo, quatro desses componentes teóricos-operacionais.

Em primeiro lugar, tem-se a supremacia da Constituição como ponto de partida para a *interpretação constitucional*, ou seja, o seu instrumento operativo, assentada positivamente como elemento fundante da ordem jurídica, dogmaticamente inserida no campo do Direito Constitucional.⁹⁰

⁸⁷ São eles: (i e ii) a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e o seu Protocolo Facultativo (Decreto nº 6.949/2009); (iii) o Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades (Decreto nº 9.522/2018); e (iv) a Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância (Decreto nº 10.932/2022).

⁸⁸ Utiliza-se a seguinte nomenclatura: TRIBUNAL (Abreviado), Classe Processual (Abreviada) e Número, Órgão Julgador, Relator(a), Diário da Justiça (Abreviado) seguido da data de veiculação da decisão. A título de exemplo, STF, Rcl nº 383, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/05/1993.

⁸⁹ Para facilitar o acesso à informação após cada referência a *e-book* destaca-se especificamente o local da obra em que o trecho relevante é referenciado, isso é, a parte do livro a que diz respeito, seu capítulo, item, subitem etc.

⁹⁰ KRASSUSKI, Luiz. Interpretação conforme e interpretação de acordo com a Constituição: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. In: **I Congresso internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política (2015). O funcionamento da corte constitucional: A interpretação constitucional, as práticas argumentativas, a Teoria do Direito e o comportamento judicial.** Belo Horizonte: InitiaVia, 2014. v. 2. p. 156-170: “(...) a *supremacia da constituição* faz a cisão dos ‘*dois corpos do povo*’, entre aquele que escolhe os seus representantes no parlamento e aquele que estabelece em sua constituição as regras fundamentais de sua existência. A reafirmação da ideia de *supremacia* está ligada significado primeiro de democracia constitucional, que é a sua compreensão como garantia e limite. Ela está fundada nos direitos fundamentais e em seu caráter inviolável, ou

A supremacia da Constituição implica percepção de que “*as normas constitucionais, dada a sua origem e em virtude da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos*”, como bem sintetizou Ingo Sarlet ao dialogar com as teorias de Konrad Hesse e de José Joaquim Gomes Canotilho. Como esclarece, trata-se de princípio diretamente conectado com a “*arquitetura institucional, ou seja, à relação entre órgãos constitucionais*”, que, por sua vez, guarda relação com os princípios: (i) da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais; (ii) da força normativa da Constituição, e (iii) da “*interpretação conforme à Constituição*”⁹¹.

Em poucas palavras, máxima efetividade e eficácia conectam-se, no plano da concretização da Constituição, ao dever de o “*intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais*”, ou seja, de uma visão íntegra da Constituição, enquanto a força normativa da Constituição significa que o intérprete não pode partir do pressuposto segundo o qual a comunidade política fez promessas vazias para si mesma. Isso é, faz-se necessário que “*na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê primazia às soluções que possibilitam a atualização normativa da constituição e, ao mesmo tempo, garantam a sua eficácia e permanência*”⁹².

Por fim, vale um registro um pouco mais alongado quanto à interpretação conforme à Constituição. Como se sabe, trata-se de elemento doutrinário – e operativo – no dia a dia da jurisdição constitucional, sobre o qual é possível pairar importante ambiguidade.

Isso porque é possível, de partida, pensar em pelo menos três sentidos distintos para a *interpretação conforme*, sendo certo que a sua “depuração” doutrinária foi uma das grandes responsáveis pela maior atenção do Processo Civil em direção à Teoria do Direito, à Teoria da Interpretação e à percepção da maior sofisticação do fenômeno jurídico, com suas inúmeras consequências.

seja, eles não estão ao sabor de algo fluido como a vontade política. Reconhecem-se nos novos textos constitucionais o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, sejam eles civis políticos ou sociais, constatada a necessidade de liberdade em uma esfera pessoal dotada de uma proteção mínima que permita o exercício da cidadania ativa, com relevância coletiva. É possível falar em uma verdadeira *virtude cívica* necessária à democracia. Não existe *supremacia da Constituição* sem uma sociedade política bem organizada e ativa. Bem por isso Fioravanti diz que ‘(...) é verdade que podemos contar com a Constituição como protetora dos nossos direitos, como limite à exorbitância de todos os poderes, sejam públicos ou privados, mas não podemos jamais nos esquecer de que também a Constituição, por seu turno, conta conosco’. Como visto, portanto, os direitos fundamentais (em especial o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como centro axiológico do sistema) são a principal marca distintiva do estado e da democracia constitucional”.

⁹¹ SARLET, Ingo. Linhas mestras da interpretação constitucional. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 224-225.

⁹² SARLET, Ingo. Linhas mestras da interpretação constitucional... *cit.*, p. 224-225.

De um lado, é possível enxergar a “interpretação conforme” em sentido ampliado, decorrente da força expansiva da normatividade constitucional “*em especial no âmbito da dimensão objetiva dos princípios e direitos fundamentais, de acordo com o qual toda a ordem jurídica deve ser interpretada (e aplicada) em sintonia com os princípios e regras da constituição*”⁹³.

De outro, em um sentido restritivo, é possível ver a interpretação conforme como decorrência do fato de se extraírem diversas *normas distintas* de um mesmo dispositivo normativo, isso é, diante de sua equívocidade *optar-se* por aquele que seja mais compatível com a normatividade constitucional. Aqui, aponta-se para a distinção entre *texto* e *norma*, mais um pressuposto que será tratado à parte mais adiante.

Por fim, e ainda dentro do sentido estrito de interpretação conforme, é possível vislumbrá-la como uma *técnica* para solucionar um *problema* específico: se uma ou mais das alternativas interpretativas “*implicaria a inconstitucionalidade da disposição normativa em causa, há que se optar pela alternativa de interpretação que, ao mesmo tempo em que preserva a integridade do dispositivo legal, lhe atribui um sentido compatível com a constituição*”⁹⁴. Nessa dimensão, o legislador positivo infraconstitucional expressamente a previu como *técnica* disponível no cardápio do controle de constitucionalidade (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999).

Como destacamos, “*tratar dogmaticamente de forma distinta a interpretação conforme como uma técnica de decisão de controle de constitucionalidade e a interpretação da lei que leva em conta a Constituição, ou seja, procurando dar a máxima efetividade aos preceitos constitucionais através da interpretação permite uma melhor solução para o problema*”⁹⁵. Isso porque a obrigação, decorrente da supremacia da Constituição, de se interpretar os dispositivos normativos de acordo com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e de toda a normatividade constitucional, é, a bem da verdade, resultado direto de sua dimensão objetiva, não se confundindo com o *controle de constitucionalidade*.

De outro lado, tampouco se pode misturar a *interpretação conforme à Constituição* como técnica em que, de forma pragmática, está à disposição do cardápio de soluções processuais a serviço de uma *corte* dotada de competência para o controle de

⁹³ SARLET, Ingo. Linhas mestras da interpretação constitucional. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 226-227.

⁹⁴ SARLET, Ingo. Linhas mestras da interpretação constitucional... *cit.*, p. 227.

⁹⁵ KRASSUSKI, Luiz. Interpretação conforme e interpretação de acordo com a Constituição: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade, *cit.*, p. 156-170.

constitucionalidade, fixar, *com endereço geral*, qual norma jurídica deve prevalecer a partir da interpretação de um dado determinado dispositivo normativo.

Isso é, trata-se de técnica que estabelece *autoritativamente*, com endereço geral e vinculante, a norma a ser extraída para que o dispositivo seja preservado, em razão da existência de uma ou mais reconstruções normativas, as quais implicariam, de início, a *inconstitucionalidade da disposição normativa*⁹⁶.

A partir da supremacia da Constituição, bem como da interpretação *de acordo* (decorrente da força expansiva da Constituição) e da interpretação *conforme* (como técnica decisória no *controle de constitucionalidade*), impõe-se uma passagem importante que, a um só tempo, aponta para uma recompreensão do processo civil e do processo constitucional à luz do Direito Constitucional e da Teoria do Direito⁹⁷, e, de forma mais ampla, colabora para a percepção da sofisticação do fenômeno jurídico. Isso é, não mais plasmado no dogma de um prévio e imutável *sentido* ao texto constitucional e aos dispositivos normativos infraconstitucionais.

Em segundo lugar, ainda nessa toada, é possível perceber relevante pressuposto teórico na Teoria do Direito, mais especificamente na Teoria da Interpretação, e subscrito por essa tese, decorrente da não identificação entre *texto e norma*. Ora, a partir desse pressuposto é

⁹⁶ Explicitando que “o raciocínio de controle de constitucionalidade pressupõe o exaurimento da tentativa de interpretação nos termos da Constituição, objetiva demonstrar que é importante delimitar a função interpretativa do juiz para separá-la da decisão que altera o significado do dispositivo para torná-lo compatível com a Constituição”, solucionando também o problema de possível sobreposição de funções do STF e STJ, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. A interpretação conforme diante do controle difuso de constitucionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W. **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2021. *E-book*. Capítulo 24.

⁹⁷ Destaque-se o impacto do constitucionalismo – e do controle de constitucionalidade difuso adotado pelo direito brasileiro –, ao lado da confiança depositada pelo Legislativo no Judiciário para densificar conceitos jurídicos indeterminados e textos normativos dotados de maior plasticidade e abertura, e a *técnica* da interpretação conforme, são alguns dos elementos centrais para Luiz Guilherme Marinoni demonstrar a superação de mitos que impediriam o reconhecimento da necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, a partir de uma aproximação crítica entre as jurisdições inseridas nas tradições jurídicas da *civil law* e do *common law*, *c.f.* MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2022, *E-book*, Capítulo I, em especial itens 15, 16, 18, 19 e 20. Na sequência do desenvolvimento do pensamento do autor, é perceptível o aprofundamento do papel da teoria da interpretação a partir de seu livro *O STJ enquanto corte de precedentes*, que, após realizar resgate de modelos históricos no Direito Comparado e nas cortes de vértice *como* cortes de cassação, dedica vasto capítulo ao problema da interpretação da lei, revisitando as teorias formalistas, céticas, intermediárias, cognitivistas, buscando aprofundar sua compreensão tanto sobre “as regras de conteúdo aberto”, quanto, agora, a “interpretação de acordo com a Constituição”, *c.f.* MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2019, *E-book*, Parte I e Parte II, Capítulo 1 (“O problema da interpretação da lei”). Por sua vez, a centralidade da teoria da interpretação no pensamento atual de Marinoni transparece em seu *Processo Constitucional e Democracia*, em que constrói capítulo específico sobre o tema, registrando “a importância da teoria que distingue texto e norma par ao processo constitucional. Ela tanto abriu oportunidade para a preservação da lei mediante a rejeição da norma, favorecendo a implementação da cultura da busca da interpretação conforme à Constituição, quando deu suporte às decisões que reelaboram a norma que deriva da lei, ditas manipulativas ou reconstitutivas”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021. p. 391.

simplesmente artificial imaginar uma univocidade de sentido⁹⁸ – ou mesmo a outorga de segurança jurídica e previsibilidade tão somente por meio da atividade legiferante desempenhada pelo Poder Legislativo⁹⁹.

O desafio de um sistema jurídico racional, portanto, passa a ser não o de “*buscar a quimera de uma absoluta e completa determinação na regulação e avaliação de condutas, mas sim estabelecer um equilíbrio entre clareza e previsibilidade, de um lado, e adaptabilidade/flexibilidade, de outro*”. A interpretação adquire centralidade e, em realidade, “*torna mais fluida a distinção entre a identificação das normas já existentes e o seu uso mediante sua reconstrução incremental ou mesmo na criação de novas normas jurídicas*”, de modo que “*interpretar o direito para aplicá-lo envolve ao mesmo tempo sua reconstrução*”¹⁰⁰.

Aqui também se destaque que a interpretação *constitucional* não ganha nenhum colorido distintivo da interpretação *em geral*, senão em razão do já mencionado reconhecimento da força normativa da Constituição, de sua supremacia e integridade.

Como bem esclarece Daniel Mitidiero, “*a necessidade de concretização de significados vagos e de promoção de uma harmonização entre diferentes princípios e regras mediante postulados não constituem atividades interpretativas ligadas exclusivamente à Constituição*”, mas se é possível divisar um caráter específico da interpretação constitucional,

⁹⁸ KRASSUSKI, Luiz. Relevância da questão federal: o problema da solução prematura de divergências interpretativas e algumas sugestões para a regulamentação/operação do instituto In: MARQUES, Mauro Campbell; FUGA, Bruno Augusto Sampaio; TESOLIN, Fabiano; LEMOS, Vinícius (Coord.) **Relevância da questão federal no recurso especial**. Londrina: Thoth, 2023, p. 367-377, p. 368-369: “(...) inexistente sentido unívoco aos textos normativos, prévio à interpretação, à interação necessária entre lei (em sentido amplo) e os fatos, e a própria apreensão e reconstrução social, e técnica (inclusive pela jurisdição civil), de tais sentidos. Daqui decorre que inexistente uma pureza semântica que permita que pensemos apenas em “uma resposta correta” e que faria, bem vistas as coisas, com que sequer existisse a necessidade de pensarmos em cortes de precedentes. Afinal, qualquer interpretação ou aplicação *desviante* do sentido *vero e proprio*, unívoco, do direito, implicaria, com o perdão da redundância, nada além de um desvio, a ser resolvido por simples “cassação” das decisões *erradas*. Nesse cenário, a própria existência de disputas seria artificial (ou mesmo cínica) e o papel dos órgãos jurisdicionais extremamente apequenado. Como é até mesmo intuitivo, a descrição de textos normativos com um sentido único não corresponde à realidade, bem como, com todas as vênias, é até mesmo fantasiosa. Claro que isso não significa, de modo algum, que “tudo esteja sempre sob disputa” a todo momento, ou que não haja situações de *clareza* de significado, ainda que eventual texto normativo, considerado isoladamente, aparentemente comporte um cardápio maior de normas jurídicas que seriam dele extraíveis. É que, para além da semântica, tal percepção nos permite olhar para outras dimensões da semiótica da linguagem e do direito, como a *sintaxe* (que pode ser percebida como a interrelação entre as diversas normas, *e.g.* a interpretação sistemática do direito), ou mesmo a pragmática (isso é, como a partir do texto normativo tem sido reconstruída determinada norma jurídica – pela sociedade civil, pela academia, pelo judiciário –, a qual, por sua vez reduz a equivocidade, *e.g.* pense-se aqui na edição de precedentes pelas Cortes Supremas, como o STJ e o Supremo Tribunal Federal - STF)”.

⁹⁹ KRASSUSKI, Luiz. **Justificação dos precedentes**: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente. 2015, 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 111-129 e 131-143.

¹⁰⁰ KRASSUSKI, Luiz. Direito Processual Constitucional e racionalidade: raciocínio jurídico, interpretação e alguns aportes teóricos conclusivos a partir de Jerzy Wróblewski. In: RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; MARINHO, Daniel Octávio Silva (Org.). **Interpretação e processo constitucional**: estudos sobre a efetivação contemporânea de direitos fundamentais. Londrina: Thoth, 2022, p. 363-379. p. 363-364 e p. 369.

este “*reside na base axiológica das suas normas, na sua rigidez e na sua orientação teleológico-normativa*”¹⁰¹. Por outro lado, no processo de interpretação (interpretação-processo) é equivocado imaginar a total inexistência de quaisquer significados antes de se atingir a interpretação-resultado, até mesmo em razão da dimensão pragmática da linguagem¹⁰².

Nesse contexto mais sofisticado de apreensão da complexidade do fenômeno jurídico como um todo, isso é, em sua dimensão linguística e social, torna-se necessário identificar que “*a atividade jurisdicional constitui uma atividade de reconstrução do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos à vista do caráter não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito*”, de modo que “*com a derrocada desse modo cognitivista de entender o Direito em favor de uma solução não cognitivista e lógico-argumentativa, a segurança jurídica passou a constituir a dinâmica ‘controlabilidade semântico-argumentativa’ e ‘garantia de respeito’ do Direito*”¹⁰³.

Daí porque Daniel Mitidiero identifica, no processo civil, uma dupla dimensão, particular, de um lado, geral, de outro. A primeira, de “*viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes, mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos)*”. A segunda, de “*propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (dimensão geral da tutela dos direitos)*”, representado o “*duplo discurso que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado Constitucional*”, pressupondo “*a construção de uma teoria do processo idônea*”¹⁰⁴.

Perceba-se que subscrevemos integralmente o mesmo pressuposto teórico do autor, lastreado na Teoria da Interpretação, bem como o papel do precedente como instrumento fruto da perspectiva lógico-argumentativa e não cognitivista do direito, e não necessariamente de uma manifestação específica do direito positivo¹⁰⁵.

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional: do controle ao processo, dos modelos ao sistema**. São Paulo: RT, 2023. *E-book*, III.3.2.

¹⁰² KRASSUSKI, Luiz. **Direito Processual Constitucional e racionalidade: raciocínio jurídico, interpretação e alguns aportes teóricos conclusivos a partir de Jerzy Wróblewski, Idem, ibidem**: “(...) o intérprete não apenas constrói sentidos, pois há inegáveis significados já incorporados ao uso da própria linguagem, os quais emergem no seio da comunidade em que o próprio discurso jurídico circula, como pontua Humberto Ávila. Nesse sentido, é possível afirmar, com Ávila, que a partir do ponto de vista dos textos normativos, tem-se postos os limites à construção de sentido, em um processo em que se manipula a linguagem à qual se incorporam núcleos de sentido, eles próprios frutos da prática, constituídos pelo uso e, assim, preexistentes ao processo interpretativo individual. Não por outra razão, o autor conclui que ‘interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir’”.

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2023. *E-book*. I, Introdução, e I.1.

¹⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas...** Idem, I.2.

¹⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas...** Idem, III.4: “A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A

No entanto, a pretensão *crítico-descritiva* da presente tese *se afasta* da produção teórica de Daniel Mitidiero quanto à caracterização do STF em um determinado *modelo teórico* pela distinta abordagem metodológica, na dimensão em que não se busca aqui partir de um desenho ideal para então procurar fazer a *melhor leitura* do STF na condição de uma corte de precedentes (método *dedutivo*).

O que se faz, é adotar uma postura *indutiva* vinculada ao Direito Constitucional positivo, tendo em vista as próprias escolhas *positivas* da ordem jurídica brasileira, permitindo que se extraia sentido, fincado no Direito Constitucional positivo, para a *função de guarda da Constituição*. E mais: confirmando manifestação direta e clara, do direito positivo, quanto à função a ser desempenhada pela corte e seus instrumentos processuais, incluindo o *precedente*. Longe de serem empreendimentos teóricos *excludentes*, torna-se possível verificar a sua *complementariedade*.

Em terceiro lugar, a subscrição do pressuposto teórico da não coincidência entre texto e norma também revela importante componente *democrático* da adoção, pelo Direito Constitucional positivo brasileiro, do controle difuso de constitucionalidade¹⁰⁶. É necessário um breve excursus sobre importante componente do fundamento *positivo* do controle de constitucionalidade difuso e que geralmente constitui ponto cego, pouco explorado pela doutrina. Senão vejamos.

O assento positivo da possibilidade de todos os juízes e juízas realizarem o controle de constitucionalidade não deflui direta e imediatamente do direito fundamental de ação (art. 5º, XXXV, CRFB).

Em realidade, essa conclusão (não correspondência teórica e necessária entre direito fundamental de ação e controle difuso de constitucionalidade) pode ser representado até mesmo pelo arquétipo do *modelo europeu* de controle de constitucionalidade. Pense-se no direito

vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, do valor que deve ser dado à igualdade e à segurança jurídica. Isso quer dizer que a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinado direito positivo eventualmente reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais”.

¹⁰⁶ KRASSUSKI, Luiz. Relevância da questão federal: o problema da solução prematura de divergências interpretativas e algumas sugestões para a regulamentação/operação do instituto..., *cit.* p. 369: “(...) se os sentidos estão potencialmente em disputa, o processo e o acesso à jurisdição – e aqui se pense no direito fundamental de ação e nos demais direitos e garantias fundamentais processuais, como a defesa técnica, o contraditório, a paridade de armas, o direito à prova, o direito a um juízo natural provido de garantias que assegurem formalmente a sua imparcialidade etc. – constituem elemento essencial da própria democracia. Afinal, é por meio do processo em que se permite, em grande medida, o acesso à participação na reconstrução dos sentidos normativos que irão diretamente impactar a vida de todos os jurisdicionados. Aqui vê-se o componente democrático da jurisdição e a importância e dignidade dos atores processuais que nela atuam. E, em especial, a relevância e centralidade da solução dos *casos concretos*, por meio da estruturação de um sistema de Cortes que permita a ampla análise de todos os elementos necessários para prestação da tutela adequada e tempestiva do direito material em disputa”.

italiano, em que a prejudicial de constitucionalidade, com remessa à Corte Constitucional, criou espaço relevante para a discussão sobre a *interpretação de acordo com a Constituição*, a construção do *direito vivente* e a reserva de sua utilização somente diante da impossibilidade de se outorgar *interpretação de acordo*¹⁰⁷. O direito de ação, como direito fundamental, não necessariamente inclui o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional.

De outro lado, o art. 97, CRFB, também não serve para sustentar, *positivamente*, a atribuição *universal* de controle de constitucionalidade a todos os juízes brasileiros, uma vez que o dispositivo se limita textualmente aos tribunais, estabelecendo a regra de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade.

O assento normativo do controle difuso *central* está no art. 102, III, *caput*, CRFB, justamente ao estabelecer competir ao STF, de forma ampla, julgar recursos extraordinários provenientes de “*causas decididas em única ou última instância*”, a incluir todos os juízos de primeiro grau, além de eventuais órgãos colegiados formados por magistrados de primeiro grau. O ponto é reforçado pela contraposição da fórmula utilizada pela Constituição ao prever recurso especial para o STJ tão somente das *causas decididas em única ou última instância* pelos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais (art. 105, III, CRFB).

Bem vistas as coisas, portanto, o fundamento positivo do controle difuso está na *conjugação* dos art. 5º, XXXV, com os arts. 97 e 102, III, CRFB. No entanto, os dispositivos não podem ser lidos de forma isolada do parágrafo terceiro do próprio art. 102, CRFB, que, ao prever a necessidade de *repercussão geral* das *questões constitucionais* veiculadas no *recurso extraordinário*, estabeleceu a possibilidade de o STF *recusar o recurso* pela manifestação de *dois terços de seus membros*.

A previsão normativo-constitucional da *repercussão geral*, portanto, modificou dispositivo que está na sede positiva do controle difuso brasileiro. De um lado, extinguiu eventual direito *subjetivo* de acesso à corte, mesmo que preenchidas as hipóteses específicas de cabimento estabelecidas no art. 102, III, *a a d*, CRFB. De outro, ao prever a possibilidade de o Supremo negar *repercussão geral* a determinadas *questões constitucionais* veiculadas em *recursos extraordinários*, reforçou a *confiança* no controle difuso exercido pelos demais juízos ou tribunais.

Isso porque se é certo que não há direito de acesso *ao Supremo*, reforça-se a relevância, democrática, de *todos* terem acesso à possibilidade de, chamando a constituição de sua,

¹⁰⁷ Sobre o tema, ver SORRENTI, Giusi. La Costituzione "Sottintesa". In: **Corte Costituzionale, Giudici Comuni e Interpretazioni Adeguatrici**: Atti del Seminario Svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 Novembre 2009. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 3-96.

reivindicarem perante todos os órgãos do Poder Judiciário, ou seja, órgãos dotados de todas as garantias asseguradoras da idoneidade do exercício da jurisdição, a reconstrução de sentidos que entendam adequada às normas que emergem do texto constitucional e dos demais dispositivos normativos infraconstitucionais lidos à luz da Constituição. E, caso não seja possível uma leitura destes *de acordo* com a Constituição, tenham assegurado o direito de postular o reconhecimento a nulidade das normas incompatíveis com a Constituição.

Em outras palavras, ninguém tem direito a ter um “precedente para chamar de seu”, ou seja, de que seu caso seja necessariamente utilizado pelo STF como o instrumento para, *de forma geral*, afirmar determinada interpretação da Constituição, ou mesmo declarar a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica ou da íntegra de determinados dispositivos normativos.

No entanto, todos têm o direito de, chamando a Constituição de sua, vindicarem uma determinada interpretação da Constituição perante o Poder Judiciário. Daí porque a própria variabilidade jurisprudencial não necessariamente deve ser interpretada como algo a ser evitado a qualquer custo, em especial quando se pensa na democracia exercida por meio do processo¹⁰⁸.

Nesse sentido, vale destacar a reflexão de Cristina Lafont, para quem, no debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, muitas vezes se opõe a cidadania, o povo, isso é, as instâncias representativas, a uma minoria não eleita (Poder Judiciário), ignorando-se que a jurisdição constitucional tem o seu gatilho a partir do direito de ação. De modo ainda mais claro, “*uma vez que estes cidadãos* [que provocam a jurisdição constitucional]

¹⁰⁸ KRASSUSKI, Luiz. Relevância da questão federal: o problema da solução prematura de divergências interpretativas e algumas sugestões para a regulamentação/operação do instituto..., *cit.*, p. 373-374: “(...) o direito fundamental de ação compõe elemento essencial de qualquer estado que se pretenda constitucional e democrático, de modo que a participação no processo constitui não só elemento do direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), mas da própria democracia. Por isso que se pode afirmar, com segurança, que a ação não é apenas proposta, mas sim exercida em juízo, dando ao cidadão os instrumentos - inclusive dialogais e participativos -, para obter uma adequada, tempestiva e efetiva proteção do direito material, cuja violação ou ameaça de lesão se alega. Levar a discussão de sobressalto a uma corte de precedentes – até mesmo com possibilidade de sobrestamento das demandas individuais (...) –, em realidade, acaba por retirar das pessoas a possibilidade de poderem chamar a Constituição “de sua” e o próprio direito material “de seu” diante dos conflitos concretos. Retira-lhes, em realidade, a possibilidade de buscar, argumentativamente, fazer prevalecer as suas interpretações da lei - em sentido amplo - perante um juiz imparcial. Nesse cenário, em que inexistente ainda um precedente federal ou constitucional, as divergências são, como regra, inevitáveis e salutares. Basta lembrar que a atuação de juízes e tribunais nada mais é do que um espelho da disputabilidade de sentidos travada em contraditório pelas partes, que, em realidade, colaboram para a interpretação do direito até o momento em que, pragmaticamente, aquilo que era objeto de disputabilidade semântica, torne-se mais assentado, o que pode ocorrer por meio, por exemplo, da pronúncia de uma corte suprema por meio de um precedente. Portanto, a divergência, além de refletir dimensão importante da democracia dentro do processo, constitui material a partir do qual se permite que o STJ e o STF bem desempenhem de forma legítima a sua função em uma perspectiva democrática, diante da sociedade, das demais instâncias do poder judiciário e, no extremo, até mesmo diante dos demais poderes, participantes do processo monogênico (pela aprovação e sanção das leis)”.

certamente pertencem ao povo, é bastante enganador retratar a questão como algo que diz respeito a um desacordo entre alguns juízes, por um lado, e ‘o povo’, de outro”¹⁰⁹.

O direito de ação, de provocar a jurisdição constitucional, mesmo que não resulte no acolhimento dos pedidos a partir de determinada interpretação constitucional (e eventual reconhecimento de inconstitucionalidade), também tem o valor de “*reforçar o compromisso da comunidade política em tratar todos os cidadãos como livres e iguais*”, especialmente diante da “*onipresença de desacordos políticos*”. Afinal, como esclarece Lafont, “*o direito de ação garante que todos os cidadãos possam, por sua própria iniciativa, abrir ou reabrir um processo deliberativo em que as razões e justificações que suportem [a constitucionalidade] da lei impugnada são tornadas públicas*”. E isso, por sua vez, permite que sejam “*desafiados com contra-argumentos que podem eventualmente levar a uma mudança na opinião pública*”¹¹⁰.

Em síntese, é certo que a jurisdição constitucional (o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário) não são uma decorrência direta, imediata e natural de termos uma constituição rígida e do princípio da supremacia da Constituição. Dito isso, é igualmente certo a Constituição brasileira ter confiado a todo o Poder Judiciário o poder-dever de exercer a jurisdição constitucional, a qual, dessa forma, se incorporou ao direito fundamental de ação delineado em nossa ordem constitucional (art. 5º, XXXV, art. 97 e art. 102, III, CRFB).

Esse direito fundamental, porém, em seu próprio fundamento de direito positivo, não engloba direito subjetivo de acesso à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Essa conclusão decorre da possibilidade de o Supremo *negar* repercussão geral, por voto de dois terços dos ministros, a questões constitucionais veiculadas em recurso extraordinário (art. 102, §3º, CRFB), no entanto não esvazia os ganhos democráticos e de legitimidade dimanados da adoção de um sistema de controle difuso de constitucionalidade.

Pelo contrário. O pressuposto teórico ora delineado, a partir também do direito constitucional positivo, aponta em dois sentidos específicos: (i) o controle difuso de constitucionalidade é, acima de tudo, uma modalidade específica de exercício democrático do poder, dotada de importante *pedigree democrático*, que não se confunde com o exercício de poder pelas instâncias representativas; e (ii) este não necessariamente se confunde com o exercício da jurisdição constitucional *pelo* Supremo, que pode negar especificamente o acesso por meio de decisão negativa de *repercussão geral*.

¹⁰⁹ LAFONT, Cristina. Philosophical foundations of judicial review. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (Ed.). **Philosophical foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 265-280, p. 268-9.

¹¹⁰ LAFONT, Cristina. Philosophical foundations of judicial review... Idem, p. 273.

Por fim, e em *quarto lugar*, parte-se do pressuposto teórico, delineado por Scott Shapiro de que é possível extrair a economia da confiança de um determinado sistema jurídico-constitucional, ligada a fiabilidade dos agentes responsáveis por sua interpretação, aplicação e aprimoramento do direito, a partir de “*instruções que podem limitar o exercício desse poder, e diretivas adicionais podem exigir que o detentor do poder o exerça de determinados modos*”¹¹¹.

Como explica o autor, “*as atitudes sistêmicas de confiança (concebidas de uma forma plausível) devem desempenhar um papel importante na meta-interpretação se os sistemas jurídicos quiserem gerir questões de confiança*”¹¹² para o desempenho de determinadas funções¹¹³.

A extração da economia da confiança, aqui, olha para a arquitetura constitucional do Direito Constitucional positivo brasileiro, especialmente para a função de *guardar a Constituição* depositada no Supremo Tribunal Federal no *caput* do art. 102, CRFB, a partir da análise das competências autorizativas e de outorga de poder à corte.

Em síntese, portanto, tem-se como pressupostos teóricos desta tese: (i) a supremacia da Constituição como ponto de partida para a interpretação constitucional; (ii) a não identificação entre *texto* e *norma* na Teoria do Direito e da Interpretação, com impactos para a compreensão do fenômeno jurídico em geral; (iii) o componente democrático decorrente da jurisdição constitucional difusa outorgada positivamente pela Constituição aos demais juízos e tribunais, que, por sua vez, não se confunde com um direito de acesso ao exercício da jurisdição constitucional *do* Supremo; e (iv) a possibilidade de extração da economia da confiança depositada no tribunal, pela análise da arquitetura das suas regras de competência estabelecidas pelo Direito Constitucional positivo.

¹¹¹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 335.

¹¹² SHAPIRO, Scott J. **Legality**... Idem, p. 340.

¹¹³ Para uma síntese analítica completa do procedimento meta-interpretativo preconizado por Scott Shapiro para extração da economia da confiança distribuída dentro de um determinado sistema jurídico, ver KRASSUSKI, Luiz. **Justificação dos precedentes: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente**. 2015, 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 78-88 e p. 129-130.

PARTE II – SUPREMO PROCESSO CONSTITUCIONAL: DAS FUNÇÕES DO STF À GUARDA DA CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO POSITIVO, ESTRITO E PROCESSUAL

Encerrada a cartografia que guiará nossa jornada, estamos agora de posse do mapa metodológico para desbravar a hipótese de trabalho. É chegada a hora, portanto, de ir ao mar que a presente tese se dispõe a navegar. Se nosso vento metodológico é *indutivo*, antes de tudo vamos ao Direito Constitucional positivo e à jurisprudência do STF.

Assim, no primeiro item investigativo deste capítulo, descenderemos à arquitetura constitucional para extrair o *porquê* não se pode ignorar o *caput* do art. 102, CRFB, ao outorgar ao Supremo Tribunal Federal a função de guarda da Constituição.

Mais: as razões pelas quais a *função* enunciada como a *principal* (mas não exclusiva) da corte, pode ser revelada pela análise minudente da *razão de ser* das atribuições de suas competências originárias, recursais ordinárias e recursal extraordinária.

Na sequência, navegaremos em direção ao segundo item do capítulo, em que são analisadas as competências constitucionais do Supremo, uma a uma, para buscar extrair a sua razão de ser.

Como se verá, quase todas elas respondem direta e nitidamente à separação de poderes e ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), coincidindo com a vedação a uma concentração indevida de poder estabelecida pela Constituição, por meio da instituição: (i) de um *regime de mútua controlabilidade*; e (ii) de *vedação à concentração de poder capaz de permitir a criação compartilhada do direito*.

Abordam-se, na sequência, as demais competências da corte, que, por sua vez, não são reconduzíveis de forma direta e imediata ao desenho concreto da separação de poderes. Assim, por exclusão – e até mesmo por imperativo lógico –, vê-se sua conexão à função expressa enunciada pelo *caput* do art. 102, CRFB.

Mas é preciso mais. Da análise de tais competências, depuradas inicialmente *por exclusão*, revelaremos o sentido constitucional estrito da função de *guarda da Constituição*, no desenho institucional concreto para o exercício da jurisdição constitucional do Supremo.

De modo direto e objetivo: a guarda da Constituição a que se atribuiu como a principal função do Supremo não apenas se dá por meio do exercício dessas competências, mas *é o exercício dessas competências*.

O capítulo, então encerrará a pretensão *teórica* da tese, com a reconstrução, *crítico descritiva*, do sentido técnico-processual *estrito* de *guardar a Constituição*.

3. DAS COMPETÊNCIAS ÀS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO: O QUE SIGNIFICA COMPETIR AO STF *PRECIPUAMENTE* A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO?

3.1. O que a arquitetura constitucional nos diz sobre a *função de guarda da Constituição* pelo Supremo Tribunal Federal?

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Se no primeiro capítulo demos início às nossas reflexões pela frase *“o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição”*, adicionamos em nossa jornada agora uma camada a mais de complexidade.

Partir da literalidade do caput do art. 102, CRFB, nos releva mais do que o lugar comum geralmente evidenciado a partir do texto, isso é, a singela afirmação segundo a qual o Supremo seria o guardião da Constituição.

O STF é, topograficamente, o primeiro órgão do Poder Judiciário elencado pela Constituição (art. 92, I, CRFB), com sede na Capital Federal, e jurisdição *“em todo o território nacional”* (art. 92, § 1º, CRFB).

A corte *“compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”* (art. 101, CRFB), os quais são nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, CRFB).

A própria formatação do tribunal, com confluência da manifestação de Executivo e Legislativo, revela a preocupação constituinte com a separação de poderes e o *pedigree* democrático na composição do STF.

Como órgão de cúpula de poder¹¹⁴, cabe-lhe a iniciativa legislativa de lei complementar sobre o Estatuto da Magistratura nacional (art. 61, *caput*, e 93, *caput*, CRFB) e de leis ordinárias organizacionais e remuneratórias de juízes (art. 96, II, *a a c*, CRFB), bem como a elaboração de sua proposta orçamentária (art. 99, § 2º, I, CRFB).

¹¹⁴ O reconhecimento do STF como órgão de cúpula do Poder Judiciário decorre da análise de suas competências originárias e recursais (art. 102, CRFB), dos arranjos de separação de poderes, em sua independência e harmonia (art. 2º, CRFB), tal como delineados pelo texto constitucional, e das garantias e limitações para a composição do tribunal, a exemplo do art. 12, § 3º, IV (o cargo de ministro do STF é privativo de brasileiro nato), do art. 34, IV, c/c o art. 36, I (para decretação de intervenção federal para garantir o livre exercício de qualquer dos poderes nas unidades da federação faz-se necessária requisição do STF caso a coação seja exercida contra o Poder Judiciário), do art. 52, II (o processamento e julgamento de ministros do STF nos crimes de responsabilidade é realizado pelo Senado Federal), o art. 52, III c/c o art. 101, parágrafo único (aprovação prévia do Senado Federal dos candidatos à nomeação ao cargo de ministro do STF indicados pelo Presidente da República) etc.

Tais dispositivos indicam concretização da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, especialmente em face dos demais poderes, replicada também por toda a estrutura vertical do judiciário (art. 99, *caput*, CRFB¹¹⁵).

Quando observamos as competências do tribunal, porém, começamos a vislumbrar um importante segredo escondido à luz do dia na praça pública do texto constitucional e da doutrina processo constitucional brasileiro.

Isso porque o *caput* do art. 102, CRFB, estabelece competir ao STF, *precipualemente*, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (i) processar e julgar, originariamente, um conjunto de hipóteses (art. 102, I, *a a r*, e §1º, CRFB), (ii) julgar duas espécies de recursos ordinários, situação em que, a bem da verdade, o tribunal funciona como verdadeira corte de apelação (art. 102, II, *a e b*, CRFB), e, por fim, (iii) julgar recursos extraordinários que discutam questões constitucionais dotadas de repercussão geral (art. 102, III, *a a d*, e § 3º, CRFB), podendo, ainda, (iv) editar súmula com efeito vinculante (art. 103-A, CRFB).

A frase “*competete (...) precipualemente, a guarda da Constituição*”, não se esgota na afirmação de que “*o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição*”, tampouco é irrelevante para a compreensão da confiança que foi depositada pela Constituição no STF.

Para além dos inúmeros debates potencialmente decorrentes de *competir precipualemente ao Supremo à guarda da Constituição*¹¹⁶, três questões retiradas da arquitetura constitucional revelam que o sentido de guardar a Constituição utilizado pelo dispositivo comporta, em realidade, uma compreensão *estrita*, para além de uma identificação entre a ideia de guardar a Constituição exclusivamente doutrinária.

Mais: não se trata apenas de um sentido técnico e estrito, mas de um sentido técnico, estrito e *de índole processual*, por isso capaz de servir como chave de leitura específica para o Direito Processual Constitucional *perante* o Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se três razões complementares para essa conclusão.

Em primeiro lugar, trata-se da única atribuição de uma *função* expressa a um órgão de cúpula de poder pelo texto constitucional para definir a sua razão de ser. Além disso, essa função é hierarquizada em relação às demais possíveis funções do tribunal.

¹¹⁵ CRFB, art. 96, II: “Compete privativamente: (...) II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias”.

¹¹⁶ Exemplificativamente, como visto no CAPÍTULO I, a discussão sobre a última palavra, os diálogos institucionais e constitucionais, a supremacia definitiva (ou não) da interpretação constitucional estabelecida pelo STF em face dos demais poderes etc.

Em outras palavras, está-se diante da única hipótese em todo o texto constitucional na qual a função de um órgão de cúpula de poder é *destacada* pela Constituição como a principal, a mais importante e essencial para definição de sua razão de ser¹¹⁷.

Bem vistas as coisas, tal opção do constituinte é o exato oposto da realizada para os demais órgãos de cúpula dos Poderes Executivo e Legislativo, em que suas funções apenas são extraíveis doutrinariamente da estrutura desenhada pela sua atribuição de competências.

Pode-se conjecturar, é claro, que o fundamento para tanto diria respeito à própria importância da função de autopreservação constitucional outorgada ao tribunal. Independente disso, não se buscará aqui ir atrás da *vontade do Constituinte*. A demonstração de que a questão é única em nossa arquitetura constitucional pode ser evidenciada analiticamente a partir da própria Constituição em vigor, observando atentamente o desenho constitucional realizado para os demais poderes, Executivo e Legislativo.

Começa-se pelo Poder Executivo. A Constituição estabelece que o Executivo é exercido pelo Presidente da República com auxílio dos Ministros de Estado (art. 76, CRFB), elencando-se o rol de suas atribuições privativas, a partir do qual, então, se podem vislumbrar, pinçando da outorga de poderes ali presente, as suas funções como Chefe de Estado e Chefe de Governo (art. 84, CRFB).

A Constituição se preocupa em não engavetar os poderes do Presidente da República a partir de um critério exclusivamente topográfico e, bem por isso, encerra o rol de atribuições constitucionais da Presidência com uma cláusula de abertura, que incluiu no leque de competências do Presidente o exercício de “*outras atribuições previstas nesta Constituição*” (art. 84, XXVII, CRFB).

Não é difícil perceber que a fórmula constitucional é distinta daquela utilizada pelo *caput* do art. 102, CRFB. A Constituição não estabelece textualmente competir precipuamente ao Presidente da República as chefias de Estado e de Governo, tal como afirma competir, precipuamente ao STF, a guarda da Constituição.

Utilizando-se de fórmula distinta, elenca as competências privativas do Presidente da República, das quais, por sua vez, se podem extrair, doutrinariamente, as duas principais faces caracterizadoras do Poder Executivo de nossa república (Chefia de Governo e Chefia de Estado), desenhadas com o objetivo de delinear um sistema de governo presidencialista (art. 1º e 84, CRFB, art. 2º, ADCT).

¹¹⁷ Como se verá, o desafio da reivindicação descritiva da presente investigação é justamente o de se extrair do dispositivo constitucional (art. 102, CRFB) em que consistiria a função específica enunciada expressamente de guardar a Constituição.

De outro lado, a constatação de que a definição da *função de guarda da Constituição* é hipótese única no desenho constitucional dos poderes de Estado, pode ser percebida quanto voltamos os olhos para a estruturação do Poder Legislativo.

Com efeito, a Constituição estabelece em seu art. 44 que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, com formatação e composição específicas e bem delineadas, nos termos dos arts. 45 e 46, CRFB.

Quanto às suas atribuições, por sua vez, estabelece as hipóteses em que haverá atuação do Poder Legislativo com participação do Presidente da República (art. 48), bem como as suas competências exclusivas, para o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, respectivamente elencadas nos arts. 49, 51 e 52, CRFB.

Assim como ocorre com o Poder Executivo, novamente aqui a fórmula é distinta da utilizada no *caput* do art. 102, CRFB. O que se tem é, a partir do conjunto de dispositivos de atribuição de competência, a possibilidade de se extrair doutrinariamente do texto constitucional serem as *funções* legislativa e fiscalizatória as *funções típicas e principais* desse poder do Estado, como se vê mais especificamente de seus arts. 59 a 69, CRFB, ao tratar do processo legislativo, e ao olhar para os seus arts. 49, IX, X, 58, §3º, e 70, CRFB, os quais estampam a função fiscalizatória.

Perceba-se, portanto, que a Constituição não grifa, nem destaca, tampouco hierarquiza a função legislativa ou fiscalizatória do Poder Legislativo como as suas principais ou mais importantes funções¹¹⁸. Limita-se, sim, a estabelecer competências, das quais se podem extrair a(s) funções típicas e atípicas desse poder. A fórmula constitucional é diversa quando se olha para os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e para o Poder Judiciário, ou melhor, para o *Supremo Tribunal Federal*, de outro.

Nesse sentido, é preciso perceber, ainda, que não se atribuiu ao *Poder Judiciário*, por exemplo, no art. 92, CRFB, a *guarda da Constituição*. Conquanto o exercício da jurisdição constitucional – e o controle de constitucionalidade difuso – seja atribuição de todos os juízes e tribunais, tal função é extraível dos dispositivos normativos constitucionais a partir da conjugação dos arts. 97 e 102, III, CRFB. A *função de guarda da Constituição*, porém, foi atribuída especificamente ao Supremo Tribunal Federal. E mais: como sua função *precípua*.

¹¹⁸ Vale frisar que mesmo quando a Constituição define “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta”, especialmente quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”, e a atribuiu, mediante controle externo, ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 70 e 71, CRFB), não se estabelece tal função como a *mais importante* ou sua função *precípua*.

Destaque-se, ainda: a fórmula linguística utilizada pelo art. 102, *caput*, CRFB, é importante em si mesma. O vocábulo *precipualemente* não qualifica o verbo *competir*, o que poderia significar constituir o próprio *caput* do art. 102, CRFB assento normativo para o controle difuso. Nesse exemplo hipotético ter-se-ia a fórmula “*competete, precipualemente, ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição*”, ou seja, *a guarda da Constituição* competiria *precipualemente* ao Supremo, sem prejuízo de realizada pelos demais órgãos judiciais.

Não é isso, porém, que fez o dispositivo. O texto normativo é claro ao estabelecer competir ao Supremo Tribunal Federal *precipualemente*, vocábulo ligado diretamente a Supremo, fazendo ver que, para além de todas as suas possíveis funções, *a guarda da Constituição*, é a sua função principal, cabendo-lhe um conjunto de atribuições de jurisdição originária, recursal ordinária e recursal extraordinária, ligadas ou não, a essa função. De qualquer sorte, e por qualquer ângulo que se observe, a conclusão é singela: há aqui uma *função expressa* outorgada pela Constituição ao tribunal.

Não bastasse isso, a excepcionalidade do *caput* do art. 102, *caput*, CRFB, ao adotar a fórmula *definição de função primordial* (“*competete ao Supremo Tribunal Federal, precipualemente, a guarda da Constituição*”) somada a atribuições específicas de competência (“*cabendo-lhe*”), é única até mesmo quando observado o desenho constitucional para os demais tribunais superiores, ou a estruturação dos *tribunais* que compõem o Poder Judiciário. O ponto também é de simples demonstração.

De partida, vejam-se os dispositivos normativos que estabelecem a cúpula da jurisdição comum infraconstitucional. No desenho constitucional, tem-se a definição das matérias a ser decididas pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual não é antecedida de qualquer realce quanto a qualquer das competências exercidas por esse tribunal. O dispositivo é singelo – e seco: “*competete ao Superior Tribunal de Justiça*” (art. 105, *caput*, CRFB).

Do mesmo modo, a mesma solução textual se verifica quando olhamos a delimitação da competência do Tribunal Superior do Trabalho. Aqui, em realidade, temos uma camada adicional relevante: suas competências (e dos tribunais locais nessa justiça especializada) sequer são definidas expressamente pela Constituição, que delega a matéria à legislação ordinária. A única exceção aqui é a fixação da competência originária do TST para julgamento de reclamação (art. 111-A, §§1º e 3º, CRFB).

A mesma fórmula de delegação da definição de competências se repete integralmente quanto ao Tribunal Superior Militar, uma vez que a Constituição apenas limita as matérias que podem ser conhecidas por aquele ramo especializado da justiça, a saber, o processamento e julgamento de crimes militares definidos em lei (art. 124, parágrafo único, CRFB).

Para além disso, a forma de delegação à legislação infraconstitucional é parcialmente replicada quanto ao Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, *caput*, CRFB)¹¹⁹.

De qualquer sorte, até mesmo se observarmos a formatação constitucional da justiça comum federal ou estadual, de primeiro e segundo graus, também não se observa destaques expressos nos dispositivos normativos constitucionais quanto a qualquer das *funções* desempenhadas pelos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais, nem pelos juízes de direito e juízes federais (arts. 108, 109 e 125, CRFB).

Em síntese, para além do Supremo Tribunal Federal, não há qualquer outro órgão de cúpula de poder que se aproxime da fórmula *definição de uma função principal* (a guarda da Constituição), seguida da atribuição específica de competências¹²⁰. Tampouco há outro tribunal superior, ou corte de justiça, especializada ou comum, para a qual a Constituição utilize a mesma solução normativa de atribuição de uma competência *expressa* e definidora de sua caracterização.

Vê-se, portanto, o primeiro forte sinal de que, na arquitetura constitucional brasileira, não é um mero reforço retórico a enunciação de que a função precípua, principal ou mais importante, do STF é guardar a Constituição.

Em outras palavras, a atribuição expressa e textual de uma função como a *essencial* e caracterizadora de uma instituição, não permite sua banalização interpretativa, como se fosse mera decorrência de um dever a todos igualmente atribuído pela ordem constitucional, a partir da própria noção de supremacia da Constituição.

Em realidade, revela um importante sinal do caráter invulgar e especialmente importante da *função* de guarda da Constituição tal como *especificamente* atribuída ao STF e, mais, confiada a esse órgão. Essa função, portanto, tem um sentido *constitucional específico* e

¹¹⁹ Diz-se parcialmente porque ainda que as competências da justiça eleitoral especializada sejam definidas por meio de lei complementar, a própria Constituição prevê casos expressos de recorribilidade de decisões provenientes de TRE para o TSE (art. 121, §4º, CRFB).

¹²⁰ As únicas hipóteses que, ainda que não versem sobre órgãos de cúpula de poder, se aproximam da fórmula *definição de função* somada a *atribuições de competências para o desempenho de tal função* dizem respeito ao Capítulo IV do Título IV, que trata das Funções Essenciais à Justiça, e, ainda, à estruturação do Conselho Nacional de Justiça, no art. 103-B, §4º, CRFB, e do Conselho Nacional do Ministério Público, no art. 130-A, §2º, CRFB. Quanto à primeira, define-se a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis como a finalidade do Ministério Público (art. 127, *caput*, CRFB), atribuindo-lhe, então, um conjunto de funções institucionais (art. 129, CRFB) capazes de implementar suas finalidades na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, *caput*, CRFB). Quanto à segunda, também a título de exemplo, a Constituição estabelece competir ao CNJ “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, cabendo-lhe um conjunto de sete competências específicas, para além de outras que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura (art. 103-B, §4º, CRFB). Em ambos os casos (Funções Essenciais à Justiça e Conselhos Nacionais), porém, não se faz um escalonamento de importância dentre as funções desempenhadas por tais instituições.

que não pode ser trivializado. A arquitetura do próprio texto constitucional, no ponto, revela a economia da confiança do sistema constitucional na Corte.

Em segundo lugar, é preciso ter em mente a utilização pela Constituição da expressão “*guardar a Constituição*” aparece em apenas mais uma incidência, considerado todo o corpo principal do texto constitucional, bem como o Ato das Disposições Constitucionais transitórias.

Dessa constatação se extraem importantes consequências interpretativas para a própria razão de ser do art. 102, *caput*, CRFB, bem como reforçam a *especificidade* de seu sentido. Senão vejamos.

Estabelece-se no art. 23, I, CRFB, ser de competência comum de todos os entes federados “*zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público*”. O dispositivo, não obstante a repetição da expressão “guardar a Constituição”, não raro é até mesmo “esquecido” no debate sobre a jurisdição constitucional e pela doutrina¹²¹.

Como se sabe, guardar tem o sentido de proteger, preservar, cuidar, cumprir, observar. Como bem sintetiza José Afonso da Silva, “*todas as entidades, todos os órgãos do Poder Público têm o dever de defender a Constituição (...), simplesmente porque (...) [todos] têm o dever de atuar de acordo com os princípios – entre si interpenetrantes – da constitucionalidade, da legalidade, democrático e do respeito aos bens públicos*”¹²².

O art. 23, I, CRFB, portanto, nos revela um nítido sentido *lato* de “*guardar a Constituição*”, ou seja, aquele decorrente da supremacia constitucional inerente ao constitucionalismo contemporâneo, como definido no CAPÍTULO I. A Constituição enuncia aqui a sua supremacia, bem como registra, para que não haja espaço para qualquer dúvida, competir a todos os órgãos e autoridades públicas *guardá-la*.

Seja na perspectiva teórica, seja na perspectiva da própria positividade constitucional, tal dever é extensível a todos que transitam juridicamente pela ordem constitucional brasileira, atores públicos ou privados, pessoas físicas ou jurídicas etc.

¹²¹ Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi representam parte minoritária da doutrina que “lembram” dessa importante distribuição de competência em nossa federação. No entanto, não extraem do dispositivo normativo nenhuma consequência para a interpretação do próprio art. 102, *caput*, CRFB: “O problema da guarda da Constituição não deve ser formulado na forma de dilema, devendo escolher-se um guardião, mesmo que essa impressão possa ser deduzida da leitura superficial de certas Constituições, por exemplo, do art. 102, *caput*, da Constituição Federal brasileira, que dispõe: ‘Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.’ Na verdade, a interpretação sistemática da Constituição brasileira mostra que é competência comum das autoridades estatais ‘zelar pela guarda da Constituição’”. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. *E-book*. (item 1.2.5).

¹²² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 277.

Como é sabido, porém, a Constituição não pode ser interpretada como se possuísse palavras inúteis, ou de forma isolada. Daí se deve questionar: a função de *guardar a Constituição* de que fala o art. 102, *caput*, CRFB, se identifica com o zelar pela *guarda da Constituição* estampado no art. 23, I, CRFB? A resposta é necessariamente negativa, por cinco elementos distintos que se entrelaçam.

A uma, é certo que a Constituição se utilizou da expressão *guardar a Constituição* em dois dispositivos normativos distintos, tendo no primeiro deles (art. 23, I, CRFB), afirmado ser dever de todos os entes públicos guardar, proteger, preservar, cuidar, cumprir, observar a Constituição. Isso é, estabeleceu um dever *geral* decorrente da supremacia constitucional.

A duas, pela nossa normatividade constitucional, a república, constituída em Estado Democrático de Direito, é formada pela união indissolúvel de todos os entes federados e seus órgãos (art. 1º, CRFB). *A três*, o Poder Judiciário é poder da União, um dos entes federados. *A quatro*, o STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, tribunal com jurisdição nacional.

A cinco, a Constituição estabeleceu a função de guarda da Constituição como função precípua do Supremo. Ou seja, no segundo dispositivo normativo em que se utilizou da expressão *guardar a Constituição* (art. 102, *caput*, CRFB), atribuiu a um determinado órgão (o Supremo) competir, dentre todas as suas funções, *precipua*mente, a *guarda da Constituição*.

Da integração desses elementos a única conclusão possível é aquela segundo a qual esta última função (a *guarda da Constituição* pelo STF) não se confunde com o sentido geral de observar, cumprir e proteger a Constituição.

Isso ocorre porque, caso contrário, o dispositivo previsto no art. 102, *caput*, CRFB se tornaria irrelevante, e, mais do que isso, redundante em relação ao próprio art. 23, I, CRFB. Afinal, nos termos deste último, todos os órgãos do poder público devem guardar a Constituição no exercício de suas diversas atribuições e competências constitucionais. Se tudo é guardar a Constituição, nada é guardar a Constituição.

Ou seja, não existiria qualquer especificidade entre a guarda da Constituição desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal e o *guardar a Constituição* atribuído a todo outro órgão ou agente público, de qualquer dos entes federados. A conclusão contrária, portanto, não sobrevive à análise do direito positivo, à prática constitucional e sequer aos próprios modelos teóricos *prescritivos*, que jamais confundem a *guarda da Constituição* com a *supremacia constitucional* no sentido da *normatividade constitucional* e de sua força interpretativo-irradiante por todo o sistema jurídico brasileiro.

Dessa forma, olhando a partir dos dispositivos normativos integrantes do texto constitucional, a conclusão é de que, independente de qualquer debate quanto à supremacia

judicial (que, como explicitado no CAPÍTULO 1, vai para além do objeto de pesquisa da presente tese), o sentido geral de zelar pela guarda da Constituição, utilizado no art. 23, I, CRFB, é diferente do sentido específico da *função* de guardar a Constituição, que o *caput* do art. 102, CRFB, outorgou ao STF.

Há aqui, portanto, um segundo sinal forte de que, na arquitetura constitucional brasileira, a *função* de guardar a Constituição atribuída ao Supremo não se confunde com o dever geral, decorrente do próprio postulado da supremacia constitucional, de se dever observar e cumprir os comandos constitucionais, cuidando da preservação da normatividade constitucional. Trata-se de *função específica e extraordinária*, elencada, lembre-se, inclusive como a *principal* função do Supremo Tribunal Federal.

Em terceiro lugar, e por fim, a função de *guarda da Constituição* confiada ao Supremo, apesar de expressamente enunciada, também pode ser adequadamente revelada quando feita a sua depuração a partir de todas as competências constitucionais atribuídas ao Supremo.

Isso é, o fato de essa sua *função* ser enunciada e expressada textualmente no *caput* do art. 102, CRFB, não impede o empreendimento *crítico-descritivo* de, a partir da análise de todas as competências constitucionais atribuídas ao STF – inclusive interpretadas e reinterpretadas pela própria corte ao longo do tempo –, seja revelado o fio condutor *positivo* capaz de extrair o significado estrito de *guardar a Constituição* pressuposto e atribuído pelo *caput* do art. 102, CRFB ao tribunal.

Em outras palavras, a economia da confiança depositada no Supremo se revela e transparece a partir da análise da arquitetura constitucional de suas competências, especialmente no modo em que foram alocadas/direcionadas atribuições ao STF.

Dessa forma, é possível concluir que *algumas* delas estão vocacionadas ao exercício efetivo da função expressa enunciada pelo *caput* (*guarda da Constituição*), ao passo que outras podem estar direcionadas a *outra(s) função(ões)* a ser desempenhadas pelo Supremo, como órgão de cúpula de poder.

O ponto decorre diretamente do vocábulo *precipualemente*. Como já se adiantou, se a guarda da Constituição é a função *precípua*, principal ou mais importante da corte, há que se reconhecer que são pressupostas *outras funções* pela Constituição às inúmeras competências que foram atribuídas o tribunal.

Investigar a íntegra das competências da corte – e a sua interpretação e reinterpretação pelo próprio STF – revela uma janela importante para a identificação de sua razão de ser e,

como consequência, para a função que justifica o fato de determinada matéria ter sido atribuída à jurisdição do Supremo pela Constituição.

Aqui, portanto, a investigação do *sentido estrito* da *função de guardar a Constituição* pode ocorrer de forma similar a que se procede quanto aos *demais* órgãos de cúpula. Em outras palavras, assim como é a partir da análise das atribuições específicas de competências ao Presidente da República e das casas legislativas que compõem o Congresso Nacional que se extraem, para o Executivo, as funções de *Chefia de Estado* e *Chefia de Governo*, e, respectivamente, para o Legislativo as funções *legislativa* e *fiscalizatória* como as funções *precípua*s de tais poderes, é possível absorver o sentido constitucional positivo específico da *função de guarda da Constituição* a partir da análise das competências do Supremo.

Em outras palavras, ainda que a função de *guardar a Constituição* seja *expressa e textual*, diferente das funções *mais importantes* do Executivo e Legislativo, é possível, por identidade de razão e pela própria unidade da Constituição, extrair da análise das competências do Supremo o sentido *constitucional positivo, específico e estrito* de guardá-la.

Por todo o exposto, temos, em síntese, que da arquitetura constitucional concreta se extraem três pontos de sustentação importantes para responder, a partir da metodologia *indutiva* delineada para a tese, à pergunta: “*o que significa competir ao STF precipuamente a guarda da Constituição?*”:

- (i) o *caput* do art. 102 da CRFB não é reforço retórico ou irrelevante, mas sim a definição expressa de uma *função* específica a ser desempenhada pela corte, por meio de uma fórmula constitucional que a coloca em evidência e hierarquicamente acima das demais funções que devem ser desempenhadas constitucionalmente pelo STF;
- (ii) essa função de guarda da Constituição atribuída ao Supremo é específica e se diferencia do sentido *lato* de zelar, guardar, proteger, observar, cumprir e fazer cumprir a normatividade constitucional, atribuída *a todos*, como decorrência da supremacia da Constituição (art. 23, I, CRFB); e
- (iii) os contornos de seu sentido estrito podem ser revelados pela análise das diversas competências outorgadas ao tribunal, de modo similar ao que se procede para extrair as funções *precípua*s dos Poderes Executivo e Legislativo em nossa ordem constitucional.

Lembre-se, novamente, que não se busca investigar “função” da jurisdição constitucional como tradicionalmente se enfrenta na doutrina do Direito Constitucional, da Filosofia Política, ou do Direito Processual Constitucional sob a rubrica de *funções* ou papéis desempenhados pelo controle de constitucionalidade/jurisdição constitucional em uma ordem constitucional democrática¹²³.

O objetivo aqui é mais singelo: definir o conteúdo no Direito Constitucional positivo da *função* precípua de guardar a Constituição, identificando quais as competências do tribunal efetivamente estão vinculadas a essa função atribuída expressamente à corte pelo texto constitucional.

Destaque-se, portanto, não ser possível, de antemão, pinçar quais dentre as competências da corte estariam diretamente relacionadas à função de guarda da Constituição, dada a opção metodológica de não se partir de um modelo teórico abstrato e de forma *dedutiva* aplicá-lo à normatividade constitucional positiva.

De outro lado, é completamente viável olhar especificamente para cada uma das competências atribuídas ao Supremo e identificar se: (i) se está diante de atribuição de competência que serve, antes de tudo, à separação de poderes delineada concretamente pelo texto constitucional; ou (ii) não havendo essa identificação imediata, por exclusão, estar-se diante das competências ligadas à função principal e expressamente enunciada de *guardar a Constituição*.

É exatamente essa a jornada que o Direito Constitucional *positivo* nos convida e que passamos a fazer. O percurso neste CAPÍTULO II vai das competências às funções do STF na Constituição para, em um caminho de retorno, delinear o sentido constitucional *estrito* da função específica de *guardar a Constituição* enunciada pelo *caput* do art. 102, CRFB.

Como se verá, essa função é reveladora da *ação constitucional* perante o STF, que não se confunde com o direito fundamental de ação previsto positivamente no art. 5º, XXXV, CRFB.

3.2. As competências outorgadas ao STF ligadas à *funcionalidade* da estruturação concreta da separação de poderes no Direito Constitucional *positivo*

A separação de poderes pode ser entendida em uma primeira aproximação – a partir de uma de suas principais facetas – como divisão e alocação de poderes dentro do Estado e um

¹²³ Sobre o ponto, ver o CAPÍTULO I, especialmente o ITEM 2.1.

sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), principal, mas não exclusivamente, de mútua controlabilidade no exercício do poder estatal¹²⁴.

Não há um tipo ideal de arranjo que deva ser universalmente seguido, capaz de informar a construção de um sistema constitucional positivo de modo a implementar *da melhor forma possível* a separação de poderes. Nem tampouco há um conceito capaz de servir, de antemão, como régua sobre o ajuste fino do grau de tensão intrassistêmica necessária para manter o poder devidamente sob controle, com independência e harmonia (art. 2º, CRFB).

O ponto nos recomenda a, logo de partida, superar uma visão de separação de poderes estanque, de difícil instanciação na realidade institucional de qualquer país. Ao *operarmos* com a separação de poderes, é preciso estar atento à sua dimensão relacional, como alerta Aileen Kavanagh, ou seja, perceber uma maior sofisticação subjacente à ideia de freios e contrapesos.

Isso porque a separação de poderes engloba também uma outra importante faceta, consistente em “*formas mais positivas de interação interinstitucional entre os poderes*”, até porque a “*supervisão mútua ocorre sob o pano de fundo do respeito e suporte mútuos*”. Como esclarece a autora, não se pode perder de vista “*o contexto mais amplo das relações constitucionais entre os poderes*”, o que nos faz ver que, “*em dados contextos, a interação entre os poderes será de supervisão, em que o objetivo é controlar, revisar e responsabilizar*”. Em outro cenário, porém, “*a interação entre os poderes formará um envolvimento cooperativo, em que todos eles têm que apoiar os demais em seu papel no empreendimento coletivo*”¹²⁵.

Assim, uma das características mais marcantes da separação de poderes é a existência de uma grande plasticidade para a sua conformação concreta, seja de colaboração ou de controle. Nesse sentido, em nosso Direito Constitucional positivo – e até mesmo sob o ponto de vista do poder constituinte derivado –, o que efetivamente constitui cláusula pétrea em nossa ordem jurídico-constitucional, ou seja, incapaz sequer de ser objeto de deliberação no Congresso Nacional, é a proposta de emenda *tendente a abolir* a separação de poderes¹²⁶.

Há, assim, um oceano de distância entre a eventual invasão indevida de esfera específica de atribuições de outro poder – ou a concentração abusiva de poderes capaz de abolir

¹²⁴ KAVANAGH, Aileen. The constitutional separation of powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (Ed.). **Philosophical foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 221-239, p. 234: “When setting up institutions, we should structure institutions so that they can play to their institutional strengths. But we also need to consider how to mitigate any of their attendant risks. This is why the separation of powers includes both a division-of-labour and checks-and-balances component. Implementing the separation of powers is a ‘two-sided exercise’, involving both the identification of the valuable role each institution can play, as well as an appreciation of their attendant risks”.

¹²⁵ KAVANAGH, Aileen. The constitutional separation of powers... Idem, p. 237.

¹²⁶ CRFB, art. 60, §4º, III: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes”.

a separação de poderes – e a busca de novas fórmulas capazes de concretizá-la, na perspectiva colaborativa e de freios e contrapesos.

Ao invés de pensarmos em funções mutuamente conflitantes atribuídas com exclusividade a um só poder ou órgão estatal, é possível enxergar que mesmo instituições *separadas* são capazes de compartilhar o exercício comum de algumas de suas atribuições, ainda que sejam responsáveis por desempenhar majoritariamente diferentes papéis “*no empreendimento comum do exercício do poder*”¹²⁷.

Dito isso, a leitura da separação de poderes, ao mesmo tempo que não pode ser tão genérica a ponto de tudo nela caber (implicando, uma super inclusão), não pode ser tão específica a ponto de perder sua capacidade analítica e explicativa.

Nesta tese busca-se fazer uma análise específica e completa de todas as competências do Supremo Tribunal Federal para, assim, extrair da economia da confiança de nossa ordem constitucional, quais as atribuições da corte que estão ligadas à função *estrita* de guardar a Constituição ou, a bem da verdade, podem ser reconduzidas a elementos específicos da separação de poderes concretamente delineada pelo sistema constitucional positivo.

Perceba-se que aqui se deve atuar com um conceito operacional de separação de poderes, também extraível de metodologia *indutiva* a partir do Direito Constitucional positivo, pelo qual será possível desvelar a *justificação* por detrás das atribuições de competência à corte.

Para auxiliar nesse empreendimento de *reconstrução concreta* da separação de poderes nas competências da corte, inicialmente trazemos a atenção para os elementos apontados por Christoph Möllers em *The three branches: a comparative model of separation of powers*¹²⁸, que serão permeados, nos próximos itens específicos, pela análise, a partir de cada competência da corte delineada concretamente pelo texto normativo constitucional, sendo, por sua vez, temperada pelas variações interpretativas na jurisprudência do STF para cada uma delas.

Não se trata aqui de *aplicar* a teoria de Möllers ao Direito Constitucional *positivo*, mas sim de *responder*, a partir da análise *indutiva* que parte dos dispositivos normativos constitucionais, à exortação de Möllers para que olhemos *concretamente* para os desenhos de separação de poderes. Confira-se o pensamento do autor.

De início, Christoph Möllers identifica que as ordens constitucionais contemporâneas tendem a reconhecer simultaneamente duas reivindicações contraditórias quanto ao poder

¹²⁷ KAVANAGH, Aileen. The constitutional separation of powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (Ed.). **Philosophical foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 221-239, p. 231-232.

¹²⁸ MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

estatal, entre a autonomia individual e a autonomia democrático-coletiva, comumente expressas, mediadas e mitigadas pela correlação concreta desenhada para os três poderes¹²⁹.

Esse “equilibrar de pratos” recebe uma variedade de denominações, tais como separação de poderes, divisão de poderes e freios e contrapesos¹³⁰. No entanto, longe de evidenciar a inviabilidade de construção de um conceito teórico-operativo de separação de poderes, Möllers apresenta um sentido *normativo*, a partir de uma análise crítico descritiva dos sistemas constitucionais democráticos, lastreada no Direito Comparado. Como explica o autor, assim é capaz de se revelar o valor descritivo do conceito para análise geral de ordens jurídicas¹³¹, que existem na grande variabilidade de instanciação de seus arranjos concretos e específicos.

Dessa forma, o autor registra que o primeiro significado delineado no continente europeu para a separação de poderes no alvorecer do estado liberal é tributário da Revolução Francesa. Em uma interpretação eminentemente funcional, ele serviria como instrumento organizatório vocacionado a fazer valer as decisões democráticas. Assim, o “*aprimoramento da estrutura organizacional não protege, ou não apenas protege, contra o abuso do poder, mas incrementa a capacidade decisória da organização*”, ou seja, do Estado. Nessa dimensão, a liberdade *face* a autoridade e a liberdade *pela* autoridade pública aparecem como alternativas conflitantes que encontram expressão em diferentes aproximações à separação de poderes¹³².

Como explicita, “*o verdadeiro cerne de uma reconstrução adequada da doutrina da separação de poderes consiste precisamente em deixar em aberto esse problema fundamental*”, uma vez que inexiste um conceito correto e atemporal, uma vez que a busca, no final das contas, se refere sempre a problemas institucionais reais¹³³, ou seja, a ordens jurídicas específicas.

Mesmo assim, é possível pinçar três sentidos básicos para a separação de poderes: (i) a divisão organizacional dos poderes dentro de uma comunidade política; (ii) um preceito de freios e contrapesos entre todas as instituições ou agentes atuantes nessa comunidade política; e (iii) a atribuição de tarefas e funções específicas a determinados poderes do Estado, com a delimitação de seu exercício e proibição de usurpação pelos demais¹³⁴. Lembre-se, paralelamente, do alerta de Aileen Kavanagh, integralmente subscrito nesta tese: proibição de usurpação não impede a manifestação concreta de elementos *colaborativos* no desempenho de

¹²⁹ MÖLLERS, Christoph. **The three branches**: A comparative model of separation of powers. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 4.

¹³⁰ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 5.

¹³¹ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 9.

¹³² MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 41-42.

¹³³ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 43.

¹³⁴ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, ibidem.

determinadas funções pelos poderes, inclusive em suas funções típicas (e.g. pense-se, por exemplo, no papel de sanção ou veto desempenhado pelo Poder Executivo na atividade Legislativa ordinária do parlamento brasileiro). De todo modo, veja-se cada um desses sentidos apontados por Möllers em sua capacidade explicativa.

O primeiro sentido básico é o de separação de poderes como preceito para a divisão organizacional, que aparece na maioria das ordens constitucionais e, como não poderia deixar de ser, transparece na ordem constitucional brasileira.

As instituições são colocadas em uma posição capaz de “*desempenhar de forma independente as funções que lhes são atribuídas*”, implicando a existência da disponibilização “*de um aparato organizacional próprio*”, capaz de “*forjar autonomamente as suas próprias decisões*”. Essa ideia se traduz, em Möllers, na percepção da existência da “*estrutura interna autônoma de cada poder*”¹³⁵.

O segundo sentido, é o de separação de poderes como freios e contrapesos (*checks and balances*), decorrente da clássica noção de que o poder controla o poder. Essa compreensão de um “*regime equilibrado de controles*” busca, antes de tudo, proteger um intercâmbio recíproco entre as instituições. A dificuldade, porém, é a já adiantada inexistência de um elemento prévio e geral capaz de fornecer “*uma ideia sobre a forma pela qual o equilíbrio ideal deve assumir*”¹³⁶. Aqui podemos ver que se trata da dificuldade de ajuste fino do grau de tensão intrassistêmica necessária para manter o poder devidamente sob controle.

O terceiro sentido, por fim, é a separação de poderes como vedação à usurpação de poder, resgatando o problema da alocação de atribuições/competências entre os diversos poderes. De rigor, a dúvida passa a ser como distinguir efetivamente entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário¹³⁷ e entre as principais funções por eles desempenhadas.

Para Möllers, a separação de poderes “*impõe uma proibição contra o exercício de um determinado poder por uma instituição à qual esse poder não foi atribuído; uma proibição de qualquer usurpação funcional de um poder*”¹³⁸. A resolução desse tipo de conflito é a dimensão prática mais relevante do conceito de separação de poderes e a que dedicará parcela mais relevante de sua reconstrução crítico-descritiva a partir do Direito Comparado.

¹³⁵ MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 44. Vale o registro, porém, que uma divisão estrita dos poderes não é uma consequência necessária da separação de poderes, mas sim a constatação de que “(...) a compartimentalização dos diferentes poderes é gerida de várias maneiras para diferentes poderes”. MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 45.

¹³⁶ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 47.

¹³⁷ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, ibidem.

¹³⁸ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 48.

O ponto de referência adotado para separação tripartite é de que em um modelo de separação de poderes, “*a tarefa dos três poderes não é o exercício do poder, mas a criação do direito*”¹³⁹. Essa percepção casa de forma direta e imediata com a compreensão de que em um sistema de separação de poderes legítimo “*as normas são ambíguas e a sua implementação requer um sistema complexo de revisões e controles*”¹⁴⁰, ou seja, um sistema harmônico, como fala o art. 2º, CRFB. Em outras palavras, a teoria de Christoph Möllers subscreve um dos pressupostos teóricos da presente tese (a equívocidade dos dispositivos normativos, a partir da distinção entre *texto* e *norma*) e, por isso, se revela compatível com a chave de leitura preconizada nesta jornada investigativa¹⁴¹.

Feito o registro, parte-se, em Möllers, da compreensão de que “*o significado atribuído a um texto legal emerge de uma prática de interpretação que o próprio texto não pode determinar*”, ou seja, a norma jurídica não se confunde com o dispositivo normativo, sem significar, no entanto, que “*o direito não é capaz de estabilizar tais práticas [interpretativas] por meio do processo (...)*”¹⁴². O ponto não coloca em xeque:

(...) a força obrigatória dos textos normativos, por um lado, sem negar que a prática de que a administração pública [Executivo] e os tribunais [Judiciário] geram novos e mais específicos comandos jurídicos, de outro. Os tribunais e as administrações estão sujeitos à lei e também elaboram novo direito. Desta forma, todos os três poderes funcionam como geradores de direito, embora em diferentes formas moldadas pelo tipo de legitimidade que reivindicam¹⁴³.

Nesse sentido, Aileen Kavanagh lembra não estar em jogo só “*uma distribuição de poder e divisão de trabalho*”, mas os relacionamentos entre poderes, especialmente porque “*cada poder oferece (necessariamente) uma contribuição parcial para o empreendimento comum*”¹⁴⁴.

O debate, portanto, deixa de ser de *hierarquia* entre poderes, já que a relação entre eles pode ser vista por uma natureza cíclica. Passa-se a ser mais “*convincente entender os*

¹³⁹ MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 80.

¹⁴⁰ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 84.

¹⁴¹ Ver CAPÍTULO I, em especial o ITEM 2.3.

¹⁴² MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 84.

¹⁴³ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, *ibidem*.

¹⁴⁴ KAVANAGH, Aileen. The constitutional separation of powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (Ed.). **Philosophical foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 221-239, p. 235. Na sequência, esclarece a autora: “The legislature may enact the general rules and provide the statutory framework, but the courts must decide what those general rules mean and require in particular cases, which may involve resolving indeterminacy in meaning, filling in gaps in the framework, and integrating particular statutory provisions into the broader fabric of legal principle. Here we see lawmaking as a collaborative enterprise, where each branch contributes different elements in ways which reflect their particular institutional structures, skills, competence, and legitimacy”.

mecanismos de concretização [do direito] entre os poderes temporal e materialmente escalonados como uma solução institucional”, vocacionada a evitar sobreposição entre si, atribuindo “*diferentes tarefas não escalonáveis que não podem ser descritas em qualquer relação de supremacia ou subordinação*”. Como exemplo disso, Möllers revela ser descabido construir uma prevalência, por exemplo, entre “*a promulgação de uma regra geral e a decisão final sobre o conteúdo dessa norma em um caso concreto, pois não há elemento comum que justifique essa hierarquia*”¹⁴⁵.

Tem-se, aqui, o que o autor definiu como “*a regra da concretização contínua*”, na qual é alocado um determinado aspecto da criação do direito, por meio de procedimentos específicos, a ser implementados de forma individualizada pelos poderes do Estado¹⁴⁶, sem sobreposição. Isso implica o seguinte agir dos três poderes:

O Legislativo não deve bloquear as contribuições dos demais poderes fazendo regras super detalhistas, o Executivo não deve pular níveis hierárquicos por meio de intervenções politizadas e o Judiciário deve respeitar o processo decisório dos outros poderes antes de intervir. Em vez de falar sobre equilíbrio ou controle, pode-se entender essa regra como um instrumento para permitir que todas as diferentes partes de um sistema de separação de poderes contribuam para o processo de criação do direito em sua própria maneira processual específica¹⁴⁷.

Nesse arranjo, ao Poder Judiciário de forma geral¹⁴⁸, atribui-se a obrigação de adoção de um *raciocínio jurídico* que imponha a apresentação de *razões para todas as decisões que se refiram a argumentos jurídicos*, em uma lógica incremental distinta¹⁴⁹ e para além do processo político, que, por sua vez, viria, de partida, do *pedigree democrático*¹⁵⁰.

¹⁴⁵ MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 106-107.

¹⁴⁶ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 107.

¹⁴⁷ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 108.

¹⁴⁸ Ainda sem considerar a especificidade da jurisdição constitucional. Ver, acima, CAPÍTULO I, ITEM 2.1.

¹⁴⁹ KAVANAGH, Aileen. The constitutional separation of powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (Ed.). **Philosophical foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 221-239, p. 232: “The answer is that whilst both institutions [Legislativo e Judiciário] make law, they do so in different ways — ways which are informed by their different roles in the constitutional scheme. That is, there is an important qualitative difference between legislative lawmaking on the one hand, and judicial lawmaking on the other. In general, the ability and power of the courts to make new law is generally more limited than that of the legislators, since courts typically make law by filling in gaps in existing legal frameworks, extending existing doctrines incrementally on a case-by-case basis, adjusting them to changing circumstances, etc. Judicial lawmaking powers tend to be piecemeal and incremental and the courts must reason according to law, even when developing it”.

¹⁵⁰ Não se esqueça, porém, do importante componente democrático na instituição de um sistema de controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, ver CAPÍTULO I, ITEM 2.3, em que se destaca o componente democrático da vindicação concreta da reconstrução de sentidos da Constituição, especialmente a partir da teorização de Cristina Lafont.

Assim, “o fato de os tribunais não prestarem contas ao processo político não contradiz o fato de que as regras jurídicas estão sujeitas a diferentes interpretações. Pelo contrário, é uma consequência desse fato”¹⁵¹.

Como consequência, para que um órgão do Poder Judiciário viole a separação de poderes, “*nem mesmo interpretações tolas, absurdas ou anômalas de uma lei ou precedente*” seriam suficientes. Uma interpretação descabida do direito caracterizará violação à separação de poderes somente se “*uma corte ignora normas processuais, decidindo sem uma prévia postulação ou intervindo em assuntos em andamento no Executivo ou Legislativo sem uma justa causa*”, uma vez que “*a diferença entre legislar e julgar é processual*”¹⁵².

Quando se pensa especificamente na jurisdição constitucional, parte-se de alguns pontos que já foram delineados nesta tese, como o fato de que “*a supremacia da Constituição exige diferentes backups institucionais*”¹⁵³, entre eles de alguma instituição capaz de rever a adequação dos atos estatais à normatividade constitucional.

Isso não significa, porém, que o estabelecimento de cortes supremas ou tribunais constitucionais seja uma decorrência lógica da supremacia constitucional. Vale lembrar não existir uma “*hierarquia bem definida entre a interpretação judicial da constituição e a interpretação do legislador democrático*”, uma vez que, na realidade, “*o legislador sempre atua como o primeiro intérprete da Constituição*”¹⁵⁴.

De todo modo, a pergunta que emerge é se a instituição da jurisdição constitucional implicaria, por si só, contrariedade à ideia de separação de poderes, ou então a supremacia judicial. Em especial, se revelaria, de alguma forma, identidade, indevida, entre a supremacia da Constituição e a supremacia da corte ou tribunal com atribuição para exercer a jurisdição constitucional¹⁵⁵.

Para responder a esse questionamento, Möllers estabelece que, para além da investigação das *funções* atribuídas doutrinariamente ou autoatribuídas aos tribunais que exercem jurisdição constitucional (como a de *guardiães da democracia*¹⁵⁶ ou *protetores de*

¹⁵¹ MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 92.

¹⁵² MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 94-95.

¹⁵³ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 126.

¹⁵⁴ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 128.

¹⁵⁵ Sobre o ponto, ver o CAPÍTULO I, em especial o ITEM 1.1, em que, ainda que não constitua o objeto da presente investigação, se rechaçou a ideia de supremacia judicial, em favor de uma compreensão que visualiza a “última palavra” sobre a Constituição como uma “última palavra temporária”, ou que encerra um turno do perene diálogo constitucional.

¹⁵⁶ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 130: “Atribuir aos tribunais o papel de guardiões da democracia envolve um risco mais geral. É uma questão não resolvida até que ponto o processo democrático é um procedimento de cumprimento de regras ou, ao contrário, até que ponto toda ordem democrática é obrigada a

*direitos fundamentais*¹⁵⁷), é preciso olhar as consequências do papel processual de uma corte suprema ou de um tribunal constitucional dentro do sistema de separação de poderes especificamente construído por uma dada ordem jurídica.

Em outras palavras, cabe entrever com atenção e respeito a “*decisão de institucionalizar o controle de constitucionalidade em uma específica ordem constitucional*”. O convite de Möllers é para que o olhar atento sobre o tema permita perceber as hipóteses em que “*um tribunal se reinventou como um tribunal constitucional, como em Israel e nos Estados Unidos, podem [até] ser as mais espetaculares e problemáticas, mas também são bastante excepcionais*”. Isso pois na maioria dos sistemas constitucionais, a jurisdição constitucional foi escolha deliberada e expressa do constituinte, com a construção de um desenho específico para o seu desempenho, conduzindo à conclusão de que “*a literatura sobre revoluções judiciais é relevante apenas para poucos estados*”¹⁵⁸¹⁵⁹.

Não há, portanto, no desenho *normativo e crítico descritivo* do conceito de separação de poderes de Möllers um propósito de deslegitimar as escolhas democraticamente feitas a partir das escolhas jurídico *positivas*, concretas para a separação de poderes. Ao contrário, sua reconstrução *normativa* convida a aceitar a diversidade de desenhos institucionais que outorgam legitimidade à jurisdição constitucional e analisar concretamente seu papel dentro de um sistema jurídico específico.

Assim, a adoção da jurisdição constitucional por cortes supremas ou tribunais constitucionais indica que estas são, em realidade, instituições híbridas, mal compreendidas

mudar e ajustar constantemente sua própria compreensão da democracia enquanto realiza o processo democrático. A democracia deveria aderir a um ideal democrático constitucionalmente definido e judicialmente obrigatório, como alguns teóricos e até mesmo alguns tribunais constitucionais parecem supor? Ou será que as democracias funcionam como um navio consertado constantemente no mar, o que sugeriria que não existe nenhum ponto arquimediano para a jurisdição constitucional?”.

¹⁵⁷ MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 134-135: “A proteção dos direitos fundamentais é a função mais importante e mais debatida dos tribunais constitucionais. Do ponto de vista da separação de poderes, também pode ser a mais questionável”. Prossegue o autor, esclarecendo seu posicionamento no sentido de que “o estabelecimento de direitos subjetivos requer legitimidade democrática, pois os direitos definem uma regra geral para a distribuição da liberdade, que tem um efeito potencial sobre todos. Os direitos fundamentais não criam necessariamente uma zona sem lei para livre exercício da autoridade pública. Pelo contrário, eles definem ônus legislativos de justificação, ou mesmo exigem algum tipo de intervenção estatal, como no caso da propriedade privada que depende do estabelecimento de um sistema jurídico. No entanto, nenhum tribunal constitucional é necessário para proteger os direitos fundamentais caso a caso. Os tribunais comuns também podem exercer essa função. Mas como avaliar a proteção dos direitos fundamentais frente ao legislador, matéria típica de tribunais constitucionais?”. O problema, passa a ser do arranjo institucional concreto que seja capaz de implementar as promessas constitucionais decorrentes da proclamação de direitos fundamentais.

¹⁵⁸ MÖLLERS, Christoph. **The three branches...** Idem, p. 138-139.

¹⁵⁹ Extrapolando o raciocínio, o problema de legitimidade da jurisdição constitucional atinge outro patamar quando confrontado com a escolha fundamental de: (i) ser previsto normativamente pelo direito positivo; e (ii) ser atribuído a uma determinada instituição.

quando confrontadas e incluídas, à força, nos modelos de cortes judiciais ou do poder político majoritário. Isso porque “*como é função central das constituições estabelecer uma ponte entre o direito e a política de forma a proteger as diferenças entre eles, os tribunais constitucionais não podem ser categorizados por referência a apenas um desses dois modelos*”¹⁶⁰.

A reconstrução de Möllers sobre a *separação de poderes*, portanto, acaba por nos convidar a visualizar a jurisdição constitucional a partir de uma crítica específica às suas vicissitudes e especificidades no contexto concreto da separação de poderes delineada pela nossa ordem constitucional. Mais do que isso, a olhar para os três componentes mais nítidos da separação de poderes, como: (i) preceitos para a divisão organizacional do poder estatal; (ii) freios e contrapesos em um regime de mútua controlabilidade (*checks and balances*); e (iii) vedação à concentração de poder, com a regra da concretização contínua e compartilhada de criação do direito.

Assim, a jurisdição constitucional pode ser, sim, percebida como uma escolha específica da ordem jurídica brasileira, mas não necessariamente reveladora de componente vocacionado à separação de poderes, percebido como preceito organizacional do poder estatal pelas atribuições diferentes de funções a cada um dos poderes no projeto continuado e conjunto de criação compartilhada do direito. O que se atribuiu ao Poder Judiciário como um todo não necessariamente se confunde com a principal missão conferida ao Supremo.

Dessa forma, torna-se possível visualizar, para além da atribuição ao STF da função de guardar a Constituição, a incidência de inúmeros elementos analiticamente frutuosos quando se constata, no próprio Supremo, a outorga de competências capazes de o fazer funcionar como instituição vocacionada ao exercício de freios e contrapesos recíprocos, ou, ainda, permitem a não concentração indevida de poder por meio da concretização contínua e compartilhada do Direito Constitucional.

Nesse cenário, é possível enfrentar, concretamente, cada competência do Supremo em sua inserção na separação de poderes estabelecida positivamente pelo Direito Constitucional positivo brasileiro. As competências, que, por sua vez, não são reconduzíveis, de forma direta e imediata, à separação de poderes, ajudam a revelar o sentido constitucional estrito da função de *guardar a Constituição*, atribuída pelo *caput* do art. 102, CRFB, ao Supremo, no desenho institucional concreto brasileiro para o exercício da jurisdição constitucional.

Confira-se a construção narrativa do *resultado da investigação* realizada, item a item, das competências do Supremo Tribunal Federal, começando-se por aquelas que podem ser

¹⁶⁰ MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 142.

diretamente percebidas como vocacionadas ao esquema básico de estruturação da separação de poderes em nossa ordem constitucional.

3.2.1. As competências *criminais* originárias

3.2.1.1. A competência *criminal comum* de altas autoridades da República, da cúpula dos demais poderes, da cúpula de órgãos de controle e do próprio Poder Judiciário

A CRFB estabelece no art. 102, I, *b*¹⁶¹ e *c*¹⁶², caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os chefes de missão diplomática de caráter permanente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do próprio STF, o Procurador-Geral da República, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os ministros dos demais Tribunais Superiores¹⁶³.

Trata-se de uma das hipóteses mais emblemáticas quanto ao chamado foro especial, privilegiado ou, ainda, foro por prerrogativa de função em nosso texto constitucional.

A competência criminal originária do STF é um dos dispositivos que sofreu impactos ao longo do tempo, seja em razão de emendas constitucionais que aparentemente ampliaram o rol de autoridades processadas na corte¹⁶⁴ ou modificaram requisitos para o processamento de

¹⁶¹ CRFB, art. 102, I, *b*: “nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República”.

¹⁶² CRFB, art. 102, I, *c*: “nas infrações penais comuns (...), os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (...), os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente”.

¹⁶³ O dispositivo não responde, em sua literalidade, a inúmeras questões relevantes, que tem sido equacionadas pela interpretação da corte, tais como: (i) a natureza das infrações penais comuns atingidas pela competência específica do STF (*e.g.*: ela engloba todo e qualquer crime praticado pelos ocupantes dos cargos mencionados no dispositivo ou somente aqueles relacionados diretamente à função exercida?); (ii) o que acontece se alguém deixar de ocupar esses cargos durante a tramitação da referida ação penal (*e.g.*: a competência do tribunal se prorroga?); e (iii) se há, ou não, alguma diferença relevante quando a prerrogativa de foro é direcionada a cargos dotados de rotatividade e ou vitaliciedade em sua definição constitucional.

¹⁶⁴ É o caso da Emenda Constitucional nº 23/1999, que extinguiu os Ministérios Militares, submetendo organicamente os comandantes das forças ao Ministério da Defesa, subordinado ao Presidente da República, registrando competir a este último, privativamente, não só exercer o comando supremo das Forças Armadas, mas também promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos, e também nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (art. 84, XIII, CRFB). Para além da criação de novos requisitos e prerrogativas a esse importante ministério e aos comandos militares (*e.g.*: a indicação de que o cargo de Ministro da Defesa é privativo de brasileiro nato – art. 12, §3º, VII, CRFB –, a participação do ministro e dos comandantes no Conselho de Defesa Nacional – art. 91, V e VIII, CRFB), a emenda simultaneamente assegurou aos comandantes das forças armadas o rol de prerrogativas dos ministros de Estado e da sindicabilidade de seus atos, tanto na jurisdição criminal quanto civil (art. 102, I, *c*, e art. 105, *b* e *c*, CRFB). Destaque-se que se de um lado foi estendida a competência privativa do Senado Federal para processar e julgar os comandantes militares nos crimes de responsabilidade conexos com eventuais crimes de responsabilidade do Presidente e Vice-Presidente da República (art. 52, CRFB), não se estendeu aos comandantes a necessidade de autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, para instauração do processo contra eles. De qualquer sorte, como se verá, a jurisprudência do STF já excluía desde a década de 1990 os Ministros de Estado da referida condição de

algumas delas¹⁶⁵. Seja pela própria interpretação da Corte sobre sua competência, seja respondendo às várias questões abertas que emergem da realidade factual dos casos concretos. Do rol de autoridades delineadas pelas alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 102 da CRFB, porém, é possível extrair um elo de identificação comum diretamente relacionado à separação de poderes.

Inicie-se a análise pela competência criminal comum da cúpula do Poder Executivo: Presidente da República, do Vice-Presidente da República, Ministros de Estado, dos chefes de missões diplomáticas permanentes, e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica¹⁶⁶.

A Constituição é expressa ao afirmar que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado¹⁶⁷. O Vice-Presidente, por sua vez, é o seu substituto (em caso de impedimento), seu sucessor (no caso de vacância), além de auxiliá-lo quando convocado para missões especiais¹⁶⁸, além de membro do Conselho da República (art. 89, I, CRFB) e do Conselho de Defesa (art. 91, I, CRFB). Os ministros são auxiliares diretos do Presidente, no plano interno, e os chefes de missão diplomática¹⁶⁹, por sua vez, apresentam o Estado brasileiro no exterior, de modo que ainda que hierarquicamente inferiores ao chanceler (Ministro de Estado das Relações Exteriores), sua atuação está diretamente ligada à Chefia de Estado, de que é titular o chefe do Poder Executivo.

A importância do Presidente da República, é manifesta, por ser a um só tempo Chefe de Estado¹⁷⁰ e Chefe de Governo, implicando um conjunto de prerrogativas constitucionais de

procedibilidade, diante de crimes de responsabilidade *não conexos* com delitos potencialmente praticados pelo próprio Presidente da República.

¹⁶⁵ Como realizado pela Emenda Constitucional nº 35/2001, modificando a redação do art. 53 para afastar a necessidade de licença prévia da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal para que Deputados Federais e Senadores fossem processados criminalmente perante o STF.

¹⁶⁶ Muito embora estes últimos não mais titularizem ministérios militares autônomos, mantiveram no desenho constitucional um rol de prerrogativas similares aos de Ministro de Estado, decorrentes da dignidade dos cargos de comando das Forças Armadas e da hierarquia que está na base de tal instituição (art. 142, caput, CRFB).

¹⁶⁷ CRFB, art. 76: “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”.

¹⁶⁸ CRFB, art. 79: “Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente. Parágrafo único. O Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais”.

¹⁶⁹ A dignidade constitucional desse cargo é fora de dúvida, estando ligado à dimensão privativa de Chefia de Estado exercida pelo Presidente da República, isso é, de “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos” (art. 84, VII, CRFB). A compreensão é reafirmada pelo fato de os cargos de carreira diplomática, de modo geral, serem privativos de brasileiro nato (art. 12, §3º, V, CRFB), além de a indicação da chefia das missões diplomáticas dever ser aprovada previamente pelo Senado Federal (art. 52, III, IV, CRFB).

¹⁷⁰ A título de exemplo, as competências estabelecidas no art. 84 da CRFB de: manter relações com estados estrangeiros e celebrar tratados (incisos VII e VIII); exercer o comando supremo das Forças Armadas (inciso XIII), nomear os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República (inciso XIV), presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (inciso XVIII), declarar guerra ou decretar a mobilização nacional (inciso XIX),

proteção da instituição que corporifica. Nesse sentido a irresponsabilidade penal temporária por crimes comuns “*estranhos ao exercício de suas funções*”¹⁷¹, além da necessidade de autorização da Câmara dos Deputados, por quórum de dois terços de seus membros, para instauração de processo comum ou por crime de responsabilidade¹⁷², a ser julgado pelo Senado Federal, presidido pelo Presidente do STF¹⁷³. Destaque-se, por outro lado, que o recebimento de denúncia por crime comum ou instaurado o processo de crime de responsabilidade pelo Senado Federal, o Presidente será afastado temporariamente do cargo, ficando “suspensão de suas funções” (art. 86, §1º, CRFB).

Diante das graves consequências jurídico-políticas decorrentes de eventual reconhecimento de que o ocupante do cargo praticou ilicitude, bem como a grande confiança depositada no Presidente da República, não deve causar qualquer espanto o fato de a atribuição de competência criminal comum para o seu julgamento no Supremo, bem como de seus substitutos e auxiliares mais diretos, estar fincada na separação de poderes.

Destaque-se dois elementos da jurisprudência do STF, interpretando sua própria competência, que confirmam o ponto. *A uma*, olhando tanto para a sua atribuição de jurisdição para processamento e julgamento de crimes comuns, quanto para de crimes de responsabilidade, dos Ministros de Estado e dos comandantes militares¹⁷⁴, a corte afirma peremptoriamente, desde a década de 1990, que a condição de procedibilidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados, não se estende a tais autoridades (art. 51, I, CRFB), restringindo-se ao próprio Presidente da República¹⁷⁵.

A duas, o tribunal, superando entendimento constitucional anterior, *restringiu* a possibilidade de os poderes constituintes derivados *decorrentes* (ou seja, as assembleias constituintes *estaduais*) preverem condição de procedibilidade similar, isso é, autorização das Assembleias Legislativas locais, para o processamento de Governadores de Estado, por crime comum, perante o Superior Tribunal de Justiça. Destaque-se trechos relevantes, do voto

celebrar a paz (inciso XX); permitir o trânsito ou permanência de forças estrangeiras pelo território nacional (inciso XXII).

¹⁷¹ CRFB, art. 86, §4º: “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

¹⁷² CRFB, art. 51, I: “Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”.

¹⁷³ CRFB, art. 52, I, e 86, *caput*: “Compete privativamente” e “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”.

¹⁷⁴ Como é claro, desde que não conexos a eventual conduta delituosa do Presidente da República, uma vez que nessa hipótese, estariam sujeitos à competência do Senado Federal, nos termos do art. 52, I, CRFB.

¹⁷⁵ STF, QC nº 427 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/10/1993.

condutor do Min. Edson Fachin, proferido na ADI 5.540, que evidenciam a interpretação da corte:

(...) O Presidente da República é Chefe de Governo e Chefe de Estado. Sua ausência importa não apenas lacuna na direção e gestão do Estado (Chefe de Governo), mas também ausência na representação do Estado brasileiro perante a comunidade internacional, bem como falta de defesa da soberania nacional (Chefe de Estado). Por essa razão, o afastamento do Presidente da República para processamento e julgamento de crimes comuns exige autorização prévia da Câmara dos Deputados (art. 51, I; art. 86, caput, §1º, I, CRFB). Afastar um Presidente significa, assim, afastar não apenas o Chefe de Governo, responsável pela direção e gestão do Estado, mas também afastar o Chefe de Estado, o responsável pela soberania nacional, representante por excelência do Estado brasileiro perante os demais países e organizações internacionais. Dada a gravidade do cargo e das funções, o constituinte definiu que o afastamento de Presidente da República por crime comum deve ser precedido de autorização da Câmara dos Deputados. O mesmo, no entanto, não pode valer para o Governador, que exerce o cargo de direção e gestão do Estado federado. Diante disso, o que se verifica é, portanto, a extensão indevida de uma previsão excepcional válida para o Presidente da República e inexistente e inaplicável ao Governador do Estado.

(...)

Tratando-se o art. 51, I, CRFB, de cláusula que excepciona uma regra geral prevista no sistema, qual seja, a ausência de condição de procedibilidade política para o processamento de ação penal pública, é preciso que se proceda a uma leitura do mencionado dispositivo à luz do princípio republicano (art. 1º, caput, CRFB).

E nessa dimensão, verifica-se que essa regra excepcional tão somente se justifica sob o ponto de vista republicano a partir da noção de que as razões de sua instituição no texto constitucional são umbilicalmente ligadas ao relacionamento que tais autoridades possuem com o Presidente da República. Conectam-se, assim, com a preservação de um relevante papel institucional, e não criam, nessa dimensão específica, qualquer déficit que afaste a esfera republicana e isonômica (art. 1º e 5º, caput, CRFB) de proteção de que desfrutam todos os cidadãos. Ou seja, não correspondem a um afastamento da intensidade da proteção penal de determinados bens jurídicos.

Vale dizer, a ressalva constante no art. 51, I, CRFB, está conectada com uma proteção do Presidente da República, não se revelando, de qualquer modo, como um afastamento ilegítimo do regime geral de responsabilização criminal e, nessa dimensão, dependente de uma prévia manifestação de órgão político (Câmara dos Deputados). O dispositivo previsto no art. 51, I, CRFB, portanto, serve para resguardar o Presidente da República diante da lacuna existente em face de eventuais crimes conexos praticados com as autoridades ali declinadas, de modo a permitir o julgamento conjunto, tal como ocorre em caso de julgamento de crime de responsabilidade pelo Senado Federal (art. 52, I, CRFB).

Assim, a conclusão é de que tal dispositivo não comporta interpretação extensiva aos Governadores de Estado, dada a ínsita diferença entre tal previsão e aquela atribuída pela Constituição da República ao Presidente.¹⁷⁶

Perceba-se, portanto, a excepcionalidade do regime protetivo do cargo de Presidente da República. Nesse sentido, a corte já até afirmou a impossibilidade de realizar qualquer juízo jurídico prévio à autorização da Câmara dos Deputados quanto à denúncia criminal oferecida contra o Presidente da República, entendimento que hoje sofre balizamentos¹⁷⁷. Assim tem-se

¹⁷⁶ STF, ADI nº 5540, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 27/03/2019, voto do relator, p. 10-11.

¹⁷⁷ STF, Inq nº 4483 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 12/06/2018. Atualmente a corte estabeleceu que “o juízo de admissibilidade da acusação feito pela Câmara dos Deputados, eminentemente político, não retira

nítido: a *justificação* tal atribuição de competência criminal à corte é a dignidade dos cargos exercidos por tais autoridades e sua conexão direta com a Presidência da República como órgão máximo do Poder Executivo, no exercício de suas funções precípua de Chefe de Governo e Chefe de Estado.

Em outras palavras, a razão de ser de se atribuir o exercício da jurisdição criminal de tais autoridades ao STF, portanto, está conectada diretamente na perspectiva de freios e contrapesos, além da mútua controlabilidade da cúpula dos poderes de Estado¹⁷⁸.

O mesmo raciocínio, fundado na separação de poderes, se aplica ao julgamento de autoridades no topo da estrutura hierárquica do próprio Poder Judiciário, de modo a permitir a estruturação adequada, *intra* poder, capaz de evitar a materialização de possível subversão hierárquica (*i.e.*: juízes de instâncias *inferiores* sendo responsáveis pelo julgamento de magistrados *funcionalmente* capazes, ao menos em princípio, de revisar as decisões das instâncias inferiores)¹⁷⁹. A lógica também se aplica ao Procurador-Geral da República, pela dignidade especial de seu cargo¹⁸⁰, e aos e Ministros do Tribunal de Contas da União, que realizam o julgamento de contas de todos os poderes do Estado, dialogando, diretamente, com a cúpula de tais órgãos¹⁸¹.

Para além disso, a interpretação do STF sobre a própria competência possui impactos sistêmicos sobre a compreensão dos limites da interpretação constitucional sobre o foro por prerrogativa de função previsto para outras instâncias (*e.g.*: como as competências criminais originárias do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais com jurisdição criminal). Atualmente, porém, a corte é bastante restritiva quanto ao reconhecimento de sua competência originária. O ponto merece breve resgate.

Durante muito tempo prevaleceu no Supremo o entendimento cristalizado no enunciado da Súmula nº 394, editada ainda na vigência da ordem constitucional anterior, no sentido de bastar, para a fixação da competência da corte, que o crime tivesse sido cometido

do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de, liminarmente, emitir um juízo negativo de admissibilidade da denúncia, sob o prisma estritamente jurídico, se estiver presente alguma das hipóteses previstas no art. 395 do CPP”. STF, Pet nº 9401 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 05/07/2021.

¹⁷⁸ Lembre-se aqui, de outro lado, a atribuição de competência para o Senado Federal *processar e julgar* Ministros do STF por eventuais crimes de responsabilidade pelos quais tenham sido acusados, nos termos do art. 52, II, CRFB.

¹⁷⁹ Nesse sentido, o STF reconheceu no ARE 1.223.589 (Tema/RG nº 1.147) a natureza constitucional e a repercussão geral da questão referente a saber se prevalece a “competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar desembargador de Tribunal de Justiça por crime comum, ausente relação com o cargo público ocupado” STF, ARE 1223589 RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/06/2021. O RE 1.331.044, Rel. Min. André Mendonça, em que se definirá o mérito da referida questão constitucional ainda está pendente de julgamento.

¹⁸⁰ Como se vê no art. 127, *caput*, c/c o art. 128, §§1º e 2º, e arts. 36, III, 84, XIV, 103, VI e §1º e 109, §5º, CRFB.

¹⁸¹ Como se extrai do art. 71, CRFB, especialmente de seus incisos I e XI.

“*durante o exercício funcional*”¹⁸². Perceba-se: a solução acabava por criar um privilégio pessoal, ou seja, dissociado do próprio exercício do cargo ou da função pública, a qual, por sua dignidade, é que efetivamente justifica a outorga excepcional de competência criminal originária à corte.

Por isso, dando um passo adiante, ao julgar a Questão de Ordem no Inquérito nº 687, sob a relatoria do Min. Sydney Sanches, o tribunal reconheceu que “*a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce*” e, de forma bastante clara, fez consignar “*menos ainda [proteger] quem deixa de exercê-lo*”¹⁸³.

No entanto, o tribunal continuou a entender, quanto à natureza das infrações penais comuns atingidas pela sua competência, de forma ampla. Ou seja, para a corte a prerrogativa de foro englobaria todo e qualquer crime praticado pelos ocupantes dos cargos mencionados no dispositivo, e não apenas aqueles relacionados diretamente à função exercida.

Mais recentemente, o Plenário da Corte deu um passo adicional na compreensão restritiva de sua competência penal. Trata-se da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, sob a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, em que se tinha como pano de fundo situação envolvendo titular de mandato eletivo, ex-prefeito municipal, alçado ao cargo de deputado federal, e que, posteriormente, retornou a cargo eletivo municipal.

Na ocasião, propôs-se interpretação sintetizável em dois entendimentos: (i) “*o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas*”; e, para evitar manipulações indevidas da competência jurisdicional (ii) “*após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo*”¹⁸⁴.

Durante os debates ficou bastante claro não se estar a decidir de forma ampla para todas as autoridades, mas apenas aos casos envolvendo parlamentares federais¹⁸⁵. Pouco mais

¹⁸² Súmula/STF nº 394 (Cancelada): “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cassação daquele exercício”.

¹⁸³ STF, Inq nº 687 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 09/11/2001.

¹⁸⁴ STF, AP 937 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 10/12/2018.

¹⁸⁵ STF, AP 937 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 10/12/2018, esclarecimento do Min. relator, p. 152 e 154: “Portanto, a questão que eu enfrentei, Presidente, e a tese que eu propus focou na questão do foro por prerrogativa de função de parlamentar federal, seja deputado ou seja senador. Nós temos adotado, já de algum tempo - inclusive, por sugestão que eu acolhi do eminente Ministro Marco Aurélio -, delinear a tese o mais próximo do caso concreto possível. Portanto, a minha tese aplica-se a parlamentares federais. (...) De modo que, respondendo objetivamente à pergunta do Ministro Alexandre de Moraes, a tese que eu proponho é uma tese ligada

de um mês após o julgamento no Plenário, no entanto, a Primeira Turma, ao julgar Questão de Ordem no Inquérito nº 4.703, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, não apenas estendeu o entendimento da AP 937 QO ao cargo de Ministro de Estado, mas afirmou que “*a ratio decidendi (...) aplica-se, indistintamente, a qualquer hipótese de competência especial por prerrogativa de função*”¹⁸⁶.

O tema ainda enseja algumas discussões granulares (e.g. como se há ou não prorrogação do foro em razão de mandados cruzados, com ou sem solução de continuidade¹⁸⁷), mas, desde logo, auxilia a compreender que a competência criminal originária do STF está vocacionada não propriamente à *guarda da Constituição*, senão em um sentido *lato*. A faceta ligada à separação de poderes, de outro lado, transparece de forma nítida.

Lembre-se que José Afonso da Silva, justamente por partir do pressuposto de que todas as competências da corte estariam vinculadas à guarda da Constituição, criticava a competência para julgamento criminal de deputados e senadores, por não vislumbrar ali exercício de “jurisdição constitucional”, senão quando figurassem como réus os presidentes das respectivas casas legislativas¹⁸⁸.

Aqui, por outro lado, já se pode ver uma vantagem da aplicação da metodologia *indutiva* à investigação, ou seja, enfrentar o problema a partir da busca da razão constitucional que justifica tal atribuição de competência ao STF. Afinal, há sim uma justificativa, racional e constitucional *positiva*, na separação de poderes, para julgamento de deputados e senadores, ainda que exista quem defenda, no âmbito doutrinário, a “extirpação” dessa atribuição da corte.

Isso ocorre porque o STF reconhece que caso eventual proposta legislativa (e.g. proposta de emenda constitucional) seja aprovada sem respeitar o devido processo legislativo, por meio da manifestação de vontade “viciada” de parlamentares (como se viu, por exemplo, no caso da “compra de votos” que foi revelado no julgamento da Ação Penal nº 470 – caso *Mensalão*), se tal vício implicar a contaminação de número suficiente de votos para inverter o resultado da deliberação parlamentar, isso é o que bastaria para o diploma se reconhecido como inconstitucional¹⁸⁹.

ao caso específico e que pretende restringir o sentido e alcance do foro privilegiado para parlamentares federais” e “Portanto, a minha tese de julgamento, Ministro, é referente a parlamentares federais e não vai além disso”.

¹⁸⁶ STF, Inq nº 4703 QO, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28/09/2018.

¹⁸⁷ E.g.: STF, Pet nº 9189, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 05/07/2021.

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 551.

¹⁸⁹ STF, ADI nº 4.887, Tribunal Pleno, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJ 24/11/2020: “4. O vício que corrompe a vontade do parlamentar ofende o devido processo constituinte reformador ou legislativo contrariando o princípio democrático e a moralidade administrativa. 5. Quebra do decoro parlamentar pela conduta ilegítima de malversação do uso da prerrogativa do voto pelo parlamentar configura crise de representação. 6. No caso, o número alegado de votos comprados não se comprova suficiente para comprometer o resultado das votações ocorridas na aprovação das emendas constitucionais n. 41/2003 e n. 47/2005. Respeitado o rígido quórum exigido

Assim, parece claro que crimes praticados “*durante o exercício do cargo*” e “*relacionados com o exercício da função desempenhada*” por parlamentares, ainda que não sejam membros das mesas diretivas das casas do Congresso Nacional, podem macular a formatação da vontade política do parlamento, justificando a competência criminal da corte, exatamente porquanto, e *na medida em que*, tais delitos não são desimportantes em uma perspectiva de controles recíprocos *entre* a cúpula de poderes..

Em suma, emerge tanto da análise dos dispositivos normativos pertinentes, quanto da autocompreensão da corte sobre sua própria competência *criminal originária*, a conclusão de que: (i) se trata de competência justificada constitucionalmente na *separação de poderes* em sua dimensão de freios e contrapesos e mútua controlabilidade, especialmente pela dignidade constitucional dos plexo de atribuições dos cargos e funções que a justificam; e que, ademais, (ii) tal competência é interpretada restritivamente pelo tribunal¹⁹⁰.

3.2.1.2. A competência para julgamento de crimes de responsabilidade

A CRFB estabelece no art. 102, I, *c*¹⁹¹, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, devendo atentar, porém, se os crimes de responsabilidade são conexos a eventuais crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente ou Vice-Presidente da República, hipótese em que prevalece a competência do Senado Federal, nos termos do art. 52, I, CRFB¹⁹².

pela Constituição da República. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada em parte prejudicada, e na outra parte, improcedente”.

¹⁹⁰ A interpretação restritiva da corte quanto à sua competência para processar e julgar as ações penais originárias é uma constante na prática do tribunal. Isso pode ser visto mesmo no recebimento das ações penais referentes aos atos antidemocráticos de 08 de janeiro de 2023. Ainda que os réus tenham sido denunciados também por incursão nos tipos penais de “abolição violenta do Estado Democrático de Direito” (art. 358-L, CP) e “golpe de Estado” (art. 369-M, CP), crimes políticos que justificariam a competência recursal *ordinária* da Corte e, em princípio, deveriam ser processados perante juízo federal de primeiro grau, a competência do STF para processamento das ações penais não foi fixada por meio de dilargamento indevido de sua própria competência, abrangendo pessoas que não são beneficiadas pela prerrogativa de foro constitucional. Foi, sim, fixada em razão da conexão com a conduta de autoridades com prerrogativa de foro em tais delitos multitudinários, mais especificamente um conjunto de pelo menos cinco deputados federais. Confira-se, por todos, STF, Inq nº 4921 RD-noningentésimo sexagésimo oitavo, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 03/07/2023.

¹⁹¹ CRFB, art. 102, I, *c*: “nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente”.

¹⁹² CRFB, art. 52, I: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”.

Como já se adiantou, a corte entende que a condição prevista no art. 51, I, CRFB, não se aplica aos crimes de responsabilidade *não conexos* ao do Presidente¹⁹³. O tribunal registra também não haver legitimidade universal de todos os cidadãos para dar início a esse tipo de processo, devendo eventual petição inicial ser encaminhada ao Ministério Público Federal como *notitia criminis*, uma vez que “*sua apuração judicial estaria sujeita à ação penal pública da competência exclusiva do Ministério Público Federal (CF, artigo 129, I)*”¹⁹⁴.

Vale frisar que “*ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado*”¹⁹⁵, um dos elementos que justifica a maior escassez de julgamentos de crimes de responsabilidade pelo tribunal.

De outro lado, quanto ao regime de responsabilização dos agentes políticos, é preciso perceber os dois momentos analíticos pelos quais passou a jurisprudência do tribunal, dotados de relevante variação, com impacto direto na compreensão de sua competência.

Em um primeiro momento, tem-se como representativa a Reclamação nº 2.138, Rel. Min. Gilmar Mendes, na qual se reconheceu usurpação da competência do STF para julgar crimes de responsabilidade, por juízo de primeiro grau, uma vez que “*os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)*” e, dessa forma, “*somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos*”¹⁹⁶.

Em um segundo passo, porém, o tribunal afirmou expressamente que “*os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade*”. De forma bastante forte, afirmou-se carecer de “*fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade*”, em razão da previsão específica do art. 85, V, CRFB¹⁹⁷.

¹⁹³ STF, QC nº 427 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/10/1993.

¹⁹⁴ STF, Pet nº 1954, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 01/08/2003.

¹⁹⁵ STF, ADI nº 2797, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006.

¹⁹⁶ STF, Rcl nº 2138, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/04/2008.

¹⁹⁷ STF, Pet nº 3240 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 21/08/2018.

A razão de ser de o dispositivo atribuir o julgamento do crime de responsabilidade praticado por tais autoridades à jurisdição do STF, dá-se exatamente pelas mesmas razões para atribuição de competência *criminal* originária a tais autoridades (como visto acima no SUBITEM 3.2.1.1). Portanto, é reconduzível à separação de poderes.

Destaque-se, alinhado a essa compreensão, fato de que não fosse pela dignidade constitucional elevada dos cargos e funções por eles desempenhados, inexistiria razão sequer para se preconizar a ocorrência de crimes de responsabilidade para tais atores políticos.

3.2.1.3. A competência para julgamento de *habeas corpus*

A CRFB estabelece no art. 102, I, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, *habeas corpus*, em três hipóteses distintas, agrupadas nas alíneas *d* e *i*¹⁹⁸.

Para fins analíticos, são elas: (i) ser *pacientes* o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os chefes de missão diplomática de caráter permanente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do próprio STF, o Procurador-Geral da República, os ministros dos demais Tribunais Superiores e os Ministros do Tribunal de Contas da União; (ii) ser *coator* Tribunal Superior; e, por fim, (iii) ser *coator* ou *paciente* autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se tratar de crime sujeito à jurisdição da corte em uma única instância.

Como é sabido, o *habeas corpus* é um remédio constitucional que visa a desfazer violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção, diante de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, CRFB). Trata-se de instrumento vocacionado à prestação de tutela adequada ao direito fundamental de liberdade e de sua inviolabilidade constitucional (art. 5º, *caput*, e LIV, LXVI, CRFB)¹⁹⁹.

¹⁹⁸ CRFB, art. 102, I, *d e i*: “o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores (...)” e “o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”.

¹⁹⁹ Como destaca Gilmar Mendes, o *habeas corpus*, considerando o seu desenvolvimento histórico institucional nas várias ordens constitucionais republicanas, é um instrumento vocacionado, antes de tudo, a fazer valer as garantias fundamentais, tendo sido a “pedra fundamental do processo constitucional brasileiro”. Nesse percurso merecem destaque a criação da “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, e toda a influência que o *habeas corpus* teve na conformação constitucional e infralegal do mandado de segurança, da representação interventiva e, posteriormente, do mandado de injunção e do *habeas data*, sendo um instrumento passível, ainda, de concessão em modalidade coletiva. Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. O *habeas corpus* como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro, In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W. **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2021, *E-book*, Capítulo 42.

O julgamento dos remédios constitucionais, e do *habeas corpus* em particular, é confiado a todos os tribunais, constituindo, como regra, instrumento por meio do qual se permite, para além das hipóteses de conhecimento da impetração em primeiro grau de jurisdição, a revisão de um ato jurisdicional praticado por um julgador posicionado hierarquicamente em grau inferior, por um tribunal posicionado de forma superior no escalonamento de competências do Judiciário.

Permite-se, assim, com reconhecimento amplo de capacidade postulatória, uma resposta célere e com poucas amarras formais, que se analise, por meio de prova documental ou documentada – além da prestação de informações da autoridade apontada como coatora – uma alegada *ilegalidade* restritiva do direito de liberdade de locomoção²⁰⁰.

No que é pertinente para a presente investigação, as três hipóteses de competência do STF para julgamento de *habeas corpus* originalmente no STF se justificam na perspectiva da separação de poderes.

Com efeito, quando (i) figuram como pacientes as mesmas autoridades sobre as quais a corte tem jurisdição criminal originária, aplicam-se as mesmas razões para o reconhecimento desta competência (SUBITEM 3.2.1.1), ligada à dignidade constitucional dos cargos e funções exercidas.

Quando se tratar de (ii) Tribunal Superior como coator, está em jogo a estruturação hierárquica do Poder Judiciário, na perspectiva da atribuição do desenho adequado para que o judiciário possa desempenhar a sua atividade-fim. Isso é, não se permitindo situação *anômica* em que órgão escalonadamente inferior no sistema de administração de justiça, revise a legalidade de decisões de órgão superior. Por fim, quando (iii) for coator ou paciente autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou, ainda, se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância, revela-se aqui, a bem da verdade, cláusula de fechamento no sistema, uma vez que se preserva a própria competência penal originária do STF, inclusive em suas fases pré-processuais.

²⁰⁰ Como esclarece Matheus de Andrade Bueno, “o *habeas corpus* configura nítida exceção ao princípio dispositivo, autorizando-se a implementação da tutela jurisdicional ainda que à míngua de pedido específico do interessado”, podendo ser possível a sua concessão “até mesmo em contraposição à vontade explicitada, desde que, com segurança, não se vislumbre desvirtuamento ou desvio de finalidade do remédio constitucional”. Nesse sentido, trata-se de garantia constitucional cuja densificação, como fez a legislação infraconstitucional, permite concessão de ofício, inclusive “em hipóteses em que, embora se verifique pedido expresso, há imprecisão técnica diante da qual a incidência dos rigores da generalidade processual poderia comprometer a efetividade da proteção judicial do direito fundamental protegido pelo *habeas corpus*”. BUENO, Matheus de Andrade. *Habeas corpus* de ofício: possibilidades e limites. In: PEDRINA; Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera, SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS Vinicius Gomes de. *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2023. *E-book*. Capítulo 3.3.

Assim, ainda que o instrumento do *habeas corpus* preste relevante função para a tutela de um dos mais elementares direitos fundamentais de liberdade, essa não é a razão de ser para a possibilidade de outorga de seu conhecimento originário perante o STF.

3.2.1.4. A competência para julgamento de *extradição* solicitada por Estado estrangeiro

A CRFB estabelece no art. 102, I, g²⁰¹, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro²⁰². A definição de extradição é estabelecida na Lei de Migração. Consiste no processo de cooperação jurídica internacional em matéria penal, por meio da qual é possível o envio de pessoa já condenada criminalmente de forma definitiva por estado estrangeiro ou contra quem penda a instrução de processo penal em curso (art. 81 da Lei nº 13.445/2017).

Como se pode ver, a competência do Supremo revela pedido diretamente relacionado à soberania e à cooperação jurídica internacional (pedido de extradição passiva). A justificação da atribuição de competência ao STF, portanto, também está lastreada na *separação de poderes*, uma vez que ao Presidente da República, como Chefe de Estado, compete privativamente “*manter relações com Estados estrangeiros*”, nos termos do art. 84, CRFB. Escolheu-se, aqui, o paralelismo da atuação dos órgãos de cúpula dos Poderes Executivo e Judiciário.

Nesse sentido, o pedido de extradição primeiro tramita perante o Poder Executivo, no âmbito do Ministério da Justiça, a fim de verificar a idoneidade preliminar do pedido formulado pelo estado estrangeiro.

Caso não arquivado, dá-se início à fase judicial do processo. Neste, então, há um juízo de delibação ou de contenciosidade limitada, isso é, “*somente é possível a análise da legalidade extrínseca do pedido, sem o ingresso no mérito da procedência da acusação, bem como da ordem de prisão instrutória ou executória*”²⁰³.

Em outras palavras, o Supremo apenas se manifesta sobre o preenchimento dos requisitos constitucionais e legais, apontando a procedência do pedido extradicional (art. 90 da Lei nº 13.445/2017). Na fase judicial, que se encerra com decisão declaratória de procedência

²⁰¹ CRFB, art. 102, I, g: “a extradição solicitada por Estado estrangeiro”.

²⁰² Na Constituição há apenas quatro dispositivos que versam sobre extradição: (i) o art. 5º, LI, CRFB, que estabelece a não extradição de brasileiro nato e naturalizado, salvo, no caso deste, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou, ainda, de “comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”; (ii) o art. 5º, LII, CRFB, que dispõe que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”; (iii) o art. 22, XV, CRFB, ao estabelecer caber privativamente à União legislar sobre extradição; e (iv) o próprio art. 102, I, g, CRFB.

²⁰³ STF, Ext nº 1626, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 13/10/2022.

da extradição, portanto, *autoriza-se a entrega* pelo órgão competente do Poder Executivo (art. 92 da Lei nº 13.445/2017)²⁰⁴.

Como se pode ver, criou-se uma prévia e necessária manifestação da cúpula do Poder Judiciário, que, nessa dimensão, limita e condiciona a atuação do Presidente da República como Chefe de Estado, em ato próprio de externalização da soberania nacional. Tem-se aqui o estabelecimento de uma regra de divisão organizacional do poder estatal, em um sistema capaz de diminuir a latitude de discricionariedade de um órgão de cúpula (Presidente da República), e, a um só tempo, justificar sua alocação parcial em outro órgão de cúpula (Supremo Tribunal Federal).

Nesse sentido, o STF já decidiu que, “*indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República*”²⁰⁵.

A razão de ser constitucional, portanto, para essa competência se encontra diretamente na separação de poderes como vedação à concentração de poder extradicional com alocação exclusiva no Poder Executivo.

3.2.1.5. A competência para julgamento da *revisão criminal* de seus julgados e para a execução de sentença *criminal* nas causas de sua competência originária

A CRFB estabelece no art. 102, I, *j* e *m*²⁰⁶, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, a revisão criminal de seus julgados, bem como a execução de sentença das causas de sua competência originária.

Inclui, portanto, a execução de suas decisões criminais originárias, sendo possível, para fins de otimização da prestação jurisdicional, a delegação de atribuições para prática de atos processuais²⁰⁷.

²⁰⁴ Entre eles, se o extraditando não tem nacionalidade brasileira e, se a tiver, se se enquadra nas exceções constitucionais habilitadoras da extradição de brasileiros naturalizados, “a dupla tipicidade”, a “dupla punibilidade” (não prescrição dos delitos), se os crimes pelos quais se pretende a extradição não tem conotação política, e se a sua apuração é de competência exclusiva do estado requerente.

²⁰⁵ STF, Ext nº 1202 ED, Tribunal Pleno, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJ 19/10/2011. Em que constituiria os limites da discricionariedade do Presidente da República foi objeto de discussão em decisão de pedido formulado pela República Italiana ao STF após o então Presidente ter se negado a entregar cidadão daquele país, após decisão do próprio STF quanto ao pedido extradicional do italiano Cesare Battisti.

²⁰⁶ CRFB, art. 102, I, *j* e *m*: “a revisão criminal (...) de seus julgados” e “a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais”.

²⁰⁷ Como se sabe, a revisão criminal constitui meio autônomo de impugnação de decisões condenatórias de natureza penal já transitadas em julgado, que somente pode ser ajuizada em favor do condenado. Nela se busca, literalmente, a revisão da condenação fundada em erro judiciário, a pressupor, antes de tudo, a sua prévia anulação.

Não há dúvida, portanto, de que ambas as competências defluem da competência criminal originária da corte, estando direta e imediatamente ligadas com a razão de ser desta última, já enfrentada acima, e vinculada à separação de poderes.

3.2.2. As competências *criminais* recursais *ordinárias*

3.2.2.1. A competência para julgamento de *recurso ordinário* em *habeas corpus*, decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão

A CRFB estabelece no art. 102, II, *a*²⁰⁸, caber ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, caso a decisão recorrida seja denegatória.

Recorde-se, como regra, estar o julgamento dos remédios constitucionais confiado a todos os juízes e juízas de primeiro grau, o que permitiria, em princípio, a possibilidade de recurso aos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, na justiça comum, e aos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho na justiça especializada.

A atribuição dessa competência recursal ordinária ao Supremo, portanto, está ligada ao asseguramento de um regime de dupla possibilidade de revisão do juízo de mérito para os *writs constitucionais* processados, excepcionalmente de forma originária perante os Tribunais Superiores²⁰⁹.

O fato de o recurso ser previsto especificamente para quando a tutela pretendida é negada revela, de modo sintomático, a compreensão de que se trata de reforço de proteção diretamente conectado com a importância dos bens jurídicos a ser tutelados por tais instrumentos processuais²¹⁰.

Lembre-se que o *habeas corpus*, como remédio constitucional, visa desfazer violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção, diante de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º,

Mais especificamente, nos termos do art. 621, do CPP, “a revisão dos processos findos será admitida” em três hipóteses, a saber, quando a decisão condenatória: (i) for “contrária à lei penal” ou “à evidência dos autos”; (ii) tiver fundamento “em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos”, ou, ainda, (iii) após a sua prolação, descobrirem-se “novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

²⁰⁸ CRFB, art. 102, II, *a*: “o *habeas corpus* (...) [decidido] em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

²⁰⁹ A mesma lógica informa a atribuição de competência recursal ordinária para o Superior Tribunal de Justiça diante da competência originária dos tribunais locais (art. 105, II, *a* e *b*, CRFB).

²¹⁰ Como se pode perceber, a atribuição dessa competência recursal ordinária ao Supremo está ligada à função de se assegurar a possibilidade de um duplo juízo sobre o mérito diante da excepcionalidade da outorga originária de competência do writ a um Tribunal Superior, ao invés de a um juiz ou juíza de primeiro grau ou a um tribunal ordinário. Afinal, a diferente outorga de competência, nesse caso, subverteria a estrutura hierárquica do próprio Poder Judiciário.

LXVIII, CRFB). A jurisprudência do STF, porém, é restritiva quanto ao cabimento do recurso, apontando que não cabe decisão de tribunal superior que tenha julgado mérito de outro recurso ordinário²¹¹, hipótese cuja interposição caracteriza até mesmo erro grosseiro²¹².

Além disso, a corte exige que a decisão seja colegiada, isso é, não cabe recurso ordinário “*contra decisão individual de Ministro do Superior Tribunal de Justiça — cuja jurisdição não se esgotou, ausente interposição de agravo — por não consubstanciar decisão definitiva ou de ‘única instância’*”²¹³. Por fim, é necessário que tenha havido manifestação expressa sobre o mérito da impetração na origem, sem prejuízo da possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício, caso se verifique “*teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder que possam ser constatados ictu oculi*”²¹⁴.

O assento na separação de poderes é, a um só tempo, reflexa e direta. De modo reflexo, em razão do fundamento constitucional que justifica a própria atribuição excepcional de competência para julgamento do *writ* constitucional ao Tribunal Superior (e.g. quando o coator ou paciente for Governador de Estado, Ministro de Estado etc., nos termos do art. 105, I, *a e c*, CRFB).

De modo direto, pela necessidade de se uma estruturação adequada do próprio Poder Judiciário, de modo a não se gerar incongruências sistêmicas com a *adequada solução* de conflitos (i.e.: não criar para o cidadão prejudicado um regime menos protetivo em razão do fundamento constitucional que justificou a competência originária do Tribunal Superior, em contraposição à competência jurisdicional comum).

A hipótese prevista no art. 102, II, *a*, CRFB, portanto, está ligada necessariamente à separação de poderes, e não à *guarda da Constituição*.

3.2.2.2. A competência para julgamento de *recurso ordinário* de *crime político*

A CRFB estabelece no art. 102, II, *b*²¹⁵, caber ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o crime político.

Não há uma definição constitucional do que seja crime político. Como é intuitivo, porém, não são agasalháveis pela expressão quaisquer bens jurídicos, mas somente aqueles que

²¹¹ E.g.: STF, RHC nº 214566 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. André Mendonça, DJ 23/05/2023.

²¹² E.g.: STF, RHC nº 201671 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 09/09/2021.

²¹³ STF, RHC nº 213550 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. André Mendonça, DJ 31/08/2022 e STF, RHC nº 214793 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 07/06/2022.

²¹⁴ STF, RHC nº 208000 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2022 e STF, RHC nº 130287 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28/06/2017.

²¹⁵ CRFB, art. 102, II, *b*: “o crime político”.

efetivamente atentem contra os valores democráticos, mais diretamente relacionados aos alicerces e fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Os crimes políticos eram originariamente definidos pela Lei de Segurança Nacional, Lei nº 7.170/1983, revogada pela Lei dos Crimes contra o Estado Democrático de Direito (Lei nº 14.197/2021). A competência para julgar o *crime político* outorgou ao Supremo o funcionamento atípico como tribunal de apelação, com ampla devolutividade das questões discutidas no processo.

O primeiro acórdão proferido no exercício de tal competência deixa clara a finalidade institucional da previsão desse recurso de retirar o processamento desse tipo de crime da competência da Justiça Militar, tal como na ordem constitucional anterior²¹⁶. O crime político, em ambiente de normalidade democrática foi trazido à jurisdição comum federal, com recurso ao STF.

Destaque-se que no âmbito da LSN eram tutelados “*a integridade territorial e a soberania nacional*”, “*o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito*” e “*a pessoa dos chefes dos Poderes da União*” (art. 1º, LSN). O diploma ainda previa a necessidade de se levar em conta, para a sua aplicação, “*a motivação e os objetivos do agente*” e “*a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior*”.

Na vigência da LSN, a jurisprudência do STF definiu que “*só há crime político quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/82), ao qual se integram os do artigo 1º*”, ou seja, “*a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a soberania nacional*”, de modo que ainda que a conduta seja típica, também se faz necessário “*que se lhe agregue a motivação política*”²¹⁷.

O entendimento foi posteriormente reafirmado, de modo que, em síntese, para haver crime político, se fazia necessária a lesão a um dos bens jurídicos tutelados pela LSN (requisito objetivo), além de um “*especial fim de agir*”, ou dolo específico, ligado à motivação estritamente política do agente²¹⁸. A corte chegou a registrar expressamente que “*crimes políticos (...) são aqueles dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais (...)*”²¹⁹.

A outorga de competência recursal ordinária e excepcional ao STF, portanto, tem como razão de ser, de um lado, deixar clara a competência da justiça comum para processar e julgar

²¹⁶ STF, RC nº 1.468 segundo, Tribunal Pleno, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 16/08/2002.

²¹⁷ STF, RC nº 1.468 segundo, Tribunal Pleno, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 16/08/2002.

²¹⁸ STF, RC nº 1.472, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 11/10/2016.

²¹⁹ STF, RC nº 1.473, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 15/12/2017.

tais ações penais. De outro, deu à corte a ampla possibilidade de incursão no acervo fático-probatório, possibilitando-a de, analisando a íntegra das minúcias subjacentes à acusação, dar a última palavra sobre a prática de crimes políticos e sua interpretação, diante da gravidade e importância dos bens tuteláveis – condutas capazes de colocar em xeque o próprio Estado Democrático de Direito.

A *razão de ser* da atribuição de competência recursal à corte, portanto, está fundada na separação de poderes. Afinal, assim assegura-se que o STF, funcionando como atípico tribunal de apelação, dê *excepcionalmente* a última palavra na interpretação e aplicação da lei federal (atualmente, a Lei dos Crimes contra o Estado Democrático de Direito), meio do qual se valeu o Congresso Nacional para concretizar a proteção penal à soberania nacional, às instituições democráticas, ao processo eleitoral e aos serviços essenciais.

3.2.3. As competências *cíveis* originárias

3.2.3.1. A competência para julgamento de *mandado de segurança* e *habeas data*

A CRFB estabelece no art. 102, I, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, o *mandado de segurança* e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF, na mesma alínea *d*²²⁰ que prevê uma das hipóteses de *habeas corpus* originário.

A competência originária da corte, portanto, está diretamente ligada com a estatura constitucional dos cargos e funções públicas das autoridades reputadas como coatoras em ambos os *writs*, que representam: (i) a liderança dos Poderes Executivo e Legislativo, (ii) do Tribunal de Contas (que auxilia o Congresso Nacional em sua função fiscalizatória, contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial); (iii) do próprio Poder Judiciário; (iv) além da chefia do Ministério Público da União.

Essa fórmula de atribuição de competência (em razão da *classe* processual somada ao agente – isso é, restrita aos *writs* constitucionais que buscam impugnar atos eivados de ilegalidade ou abuso de poder e a indevida negativa de acesso à informação pessoal do

²²⁰ CRFB, art. 102, I, *d*: “(...) o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal”.

impetrante e sua correção) não impede o manejo de ação judicial, contra tais autoridades, perante o juízo de primeiro grau²²¹.

De qualquer modo, a razão de ser da atribuição dessa competência ao Supremo, de forma direta e imediata, se justifica na dimensão da mútua controlabilidade da cúpula de poder, na dimensão da separação de poderes.

3.2.3.2. A competência para julgamento entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e União (ou Território), Estados e Distrito Federal

A CRFB estabelece no art. 102, I, e²²², caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, os litígios que tenham, de um lado, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território, e, de outro, Estado estrangeiro ou organismo internacional.

Como se pode ver, tem-se dispositivo ligado à projeção da soberania nacional com possíveis impactos na relação que o país trava na ordem jurídica internacional. Daí porque a preocupação envolve conflito com as pessoas de direito público interno, no mínimo de âmbito regional, e organismos internacionais ou Estados estrangeiros.

A atribuição de competência à corte, portanto, pressupõe um tipo de conflito envolvendo a comunidade internacional que seja dotado de “*força para romper ou desestabilizar o equilíbrio necessário às relações internacionais (...) e, assim, caracterizar a efetiva situação de conflito internacional*”²²³. Veja-se, por outro lado, não ter se identificado igual capacidade perturbadora das relações *externas* aos conflitos envolvendo Estados estrangeiros e municípios, confiados à Justiça Federal de primeiro grau (art. 109, II, CRFB).

Dessa forma, alocou-se ao Supremo a competência jurisdicional que pode impactar as relações internacionais no órgão de cúpula do Poder Judiciário, por simetria à atribuição ao Presidente da República de travar relações no âmbito internacional como órgão de cúpula do Poder Executivo.

Aqui, o assento da competência na separação de poderes revela um compartilhamento de responsabilidade pelos impactos nas relações internacionais de eventual decisão relacionada à atividade-fim do próprio Poder Judiciário.

²²¹ Por isso a corte reconhece, como regra, que a corte não tem competência para julgar ações populares, e.g.: STF, AO nº 2489 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 12/08/2020: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o STF não possui competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade”.

²²² CRFB, art. 102, I, e: “o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território”.

²²³ STF, ACO nº 3435 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 13/05/2022.

3.2.3.3. A competência para julgamento de *causas* e *conflitos* federativos (União vs. Estado(s), União vs. Distrito Federal, Estado(s)/Distrito Federal vs. Estado(s)/Distrito Federal)

A CRFB estabelece no art. 102, I, ²²⁴, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, as *causas* e *conflitos* que tenham: (i) de um lado, a União, e de outro, Estado ou Distrito Federal; ou (ii) de Estados ou o Distrito Federal entre si. Inclui, em ambas as hipóteses, as respectivas entidades da administração indireta.

A literalidade do dispositivo leva a crer bastar estarem envolvidos entes estatais da União e de âmbito *regional* para conduzir à competência originária da corte. Esse já foi o entendimento do tribunal quando envolvidos diretamente União e Estados ou o Distrito Federal, tendo se afirmado que “*sempre bastou a qualidade das pessoas estatais envolvidas, entidades políticas componentes da Federação, não obstante a estatura menor da questão*”²²⁵.

No entanto, ao longo do tempo a corte realizou redução teleológica para reconhecer sua incompetência para *conflitos de competências/atribuições* incapazes de materializar *causas*²²⁶, abarcando, em realidade, apenas os litígios configuradores de “*conflito federativo qualificado*”, sem o qual não há justificativa constitucional para o não equacionamento do litígio pelas instâncias ordinárias.

Isso é, para o STF há conflito qualificado quando o debate, no caso conflitivo concreto, “*diz respeito à usurpação das competências constitucionalmente atribuídas à União ou aos Estados, ou à afetação da autonomia dos entes federativos*”²²⁷. Não há, porém, quando se trata de “*pretensão de natureza meramente patrimonial*”, se faz ausente “*significativo impacto financeiro*”²²⁸, ou não se consegue vislumbrar sequer potencial para “*desestabilização do pacto federativo*”²²⁹.

O ponto é importante, pois o deslocamento do conhecimento originário da causa de um juízo federal ou estadual de primeiro grau para o Supremo requer que o conflito em questão tenha um potencial de desestabilização federativa que o *impeça* de ser bem equacionado em âmbito local, devendo ser decidido pelo STF como tribunal *nacional*.

²²⁴ CRFB, art. 102, I, *f*: “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”.

²²⁵ STF, ACO nº 555 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/09/2005.

²²⁶ O exemplo emblemático é do conflito de atribuições investigatórias entre membros do Ministério Público da União e dos Estados, que passou a ser dirimido pelo Procurador-Geral da República e, mais recentemente, ao Conselho Nacional do Ministério Público. STF, ACO nº 843, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 03/11/2020.

²²⁷ STF, ACO nº 787 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 30/01/2023.

²²⁸ STF, ACO nº 3228 AgR, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, DJ 16/02/2023.

²²⁹ STF, ACO nº 1701 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 26/11/2018.

Assim, a competência originária do Supremo está ligada à adequada divisão organizacional do poder estatal, e mais especificamente, prover um órgão do Poder Judiciário da estruturação adequada para poder funcionar como fórum nacional para solução judicial do impasse *intra federativo*.

A razão de ser da competência da corte, portanto, está diretamente ligada à separação de poderes, na qualidade de atribuição de um *locus* nacional, jurídico e não político, capaz de equacionar casos conflitivos concretos entre os entes federais e *regionais* que compõe a federação.

3.2.3.4. A competência para julgamento das *ações* contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público

A CRFB estabelece no art. 102, I, *r*²³⁰, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, as *ações* contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

A razão de ser da competência constitucional está atrelada à relevante função de que ambos os conselhos desempenham no sistema de administração de justiça. A análise aqui pode ser realizada com os olhos voltados para o CNJ, já adiantando, porém, que as conclusões são idênticas no que diz respeito ao CNMP, em razão da similitude de suas finalidades e competências constitucionais.

Nos termos do art. 103-B, §4º, da CRFB, compete ao CNJ o controle nacional da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes²³¹. A importância do conselho é reforçada pelo fato o CNJ ser *órgão* do

²³⁰ CRFB, art. 102, I, *r*: “as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”.

²³¹ CRFB, art. 103-B, §4º: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar

Poder Judiciário (art. 92, I-A, CRFB). Tanto o CNJ, quanto o CNMP²³², buscaram nacionalizar o controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Ao longo do tempo, porém, o próprio CNJ passou por várias ressignificações quanto ao seu escopo de atuação, à luz de um frutuoso experimentalismo institucional. Foi, assim, de órgão de controle dos atos administrativos praticados no Poder Judiciário – e de caráter eminentemente correicional –, para entidade capaz de, mantendo essa relevante atribuição, se vocacionar e equipar para coordenação geral da administração da justiça.

Para além da função de controle, portanto, o conselho assumiu protagonismo e responsabilidade na definição de políticas públicas judiciárias nacionais, revelando sua capacidade como *think tank* na implementação de uma administração pública judiciária baseada em dados e evidências, além do exercício de um poder regulamentar mais sofisticado, em extensão e profundidade.

Como explicam Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez²³³, essa jornada teve início com o julgamento da ADI nº 3.367²³⁴, no qual, partindo da constitucionalidade da emenda que instituiu o CNJ, o conselho foi visto pela primeira vez como “*órgão de aprimoramento do autogoverno do Judiciário*”, no contexto da separação de poderes. Por sua vez, a competência material para edição de regulamentos autônomos foi reconhecida no julgamento ADC nº 12 MC, na qual se afirmou que o ato impugnado se revestia “*de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã*”²³⁵.

Conforme Didier Jr. e Fernandez, inicialmente prevaleceu na ADI nº 3.367 o sentido de que o CNJ não teria nenhuma competência capaz de interferir na atividade típica, finalística,

mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa”.

²³² O art 130-A, §2º, CRFB, simetricamente, estabelece as atribuições do CNMP, um pouco mais restritas do que as do CNJ: “Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI”.

²³³ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual Civil: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 54-67.

²³⁴ STF, ADI nº 3.367, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 22/09/2006.

²³⁵ STF, ADC nº 12, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 01/09/2006.

jurisdicional, do Poder Judiciário. No entanto, nas ADIs nº 4.145 e 4.263, em que se impugnam, respectivamente, resoluções do CNJ e do CNMP as quais versavam sobre interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, o STF demonstrou “*considerável tolerância em relação à competência normativa*” dos conselhos, por ter admitido regulamentação ligada tanto ao detalhamento de procedimentos cartoriais ligados às diligências, “(...) *quanto à criação de deveres, obrigações e procedimentos substancialmente novos, desde que inseridos no âmbito de atuação traçado pelo art. 103-B, §1º, da CF/88*”²³⁶. Como se pode ver, os conselhos são órgãos nacionais cujas capacidades institucionais e regulatórias, expansivas, estão em processo de acomodação institucional.

Quanto à interpretação da competência originária estabelecida no art. 102, I, *r*, CRFB, o STF teve três momentos, a bem da verdade refletindo dois entendimentos distintos. De início o Supremo entendia, seguindo a literalidade do dispositivo, que era o órgão judicial competente para julgamento de todas as ações que envolvessem atos do CNJ e do CNMP.

Posteriormente, porém, especialmente a partir de um grande número de ações originárias ajuizadas perante a corte, muitas delas ligadas aos “*serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro*”, o tribunal passou a adotar uma interpretação restritiva (não necessariamente teleológica) de sua própria competência.

Isso é, não obstante o dispositivo estabeleça caber ao STF julgar *as ações* contra ambos os conselhos, a Corte passou a interpretá-lo no sentido de que, como tais órgãos não têm personalidade jurídica própria, o Supremo somente teria competência para julgar as ações nas quais estes entes *figurassem no polo passivo*. Ou seja, quando “aparecessem nos autos” em razão de sua personalidade judiciária, para além da União – pessoa jurídica a que tanto o CNJ quanto o CNMP estão vinculados por serem órgãos *nacionais* do Poder Judiciário e do Ministério Público.

A conclusão da corte, nessa segunda inflexão jurisprudencial, foi a de que o tribunal somente teria competência para o julgamento de mandados de segurança contra atos dos conselhos, bem como eventuais mandados de injunção, *habeas corpus* e *habeas data* em razão de atos praticados pelos seus conselheiros.

Em outras palavras, caso impetrados tais remédios constitucionais, o STF seria competente; caso ajuizadas ações ordinárias, impugnando ato da mesma substância, a competência seria da justiça federal de primeiro grau, nos termos do art. 109, I, CRFB. Esse

²³⁶ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual Civil: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 61.

segundo entendimento foi cristalizado em 2014 no plenário da Corte na Questão de Ordem na Ação Originária nº 1.814²³⁷.

Como se pode intuir, a simultaneidade de competências (que de rigor já se manifestava, em certa medida, em razão da competência originária para julgamento de *mandados de segurança* contra atos de autoridades de cúpula dos poderes) acabou por permitir dispersão jurisprudencial. Mais do que isso: foi possível passar a ver hipóteses de tentativa de manipulação da competência constitucional da corte, por meio de tentativas de ocultamento de litispendência entre ações originárias no STF e em tramitação em primeiro grau.

Após alguns anos de maturação institucional, chegou-se em 2020, a partir do julgamento na ADI nº 4.412, ao terceiro momento da interpretação de sua própria competência originária. Em realidade, o que se viu foi um retorno à primeira compreensão ampla²³⁸.

Na ocasião o tribunal travou contato com o impacto da experiência vivida nos 6 (seis) anos em que vigeu a interpretação restritiva. O voto condutor registrou, por exemplo, não terem sido raras as situações nas quais decisões judiciais locais “*sustaram atos normativos de caráter nacional editados pelo Conselho Nacional de Justiça, pondo em xeque os objetivos constitucionais de racionalização do sistema judiciário brasileiro*”. Ou, ainda, a verificação de suspensões de penas disciplinares aplicadas pelo CNJ, com a consequência de enfraquecer “*(...) a credibilidade do órgão de controle e, por consequência, instituindo uma prática irracional de fiscalização do órgão nacional de controle pelos agentes locais fiscalizados*”²³⁹.

Aqui, mais uma vez, se pode ver a proximidade entre a *separação de poderes* como estruturação adequada do Poder Judiciário, e a evitação de subversões hierárquicas. Propôs-se, então, a superação do entendimento da AO nº 1.814 QO, destacando novamente a competência exclusiva do STF para processar e julgar, originariamente, todas as ações ajuizadas contra atos do CNJ, e do CNMP, praticados no exercício de suas competências constitucionais, a fim de guardar a finalidade institucional de tais órgãos.

Como se pode perceber, quer se olhe para as funções propriamente correicionais ou de controle dos atos administrativos, quer se olhe para as funções de planejamento por meio da expedição de regulamentos condizentes com suas missões institucionais, a atribuição da

²³⁷ STF, AO nº 1.814 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03/12/2014. Vale registrar que na ocasião o Min. Dias Toffoli apresentou substancial voto-vencido, no sentido de se adotar um critério teleológico para eventualmente restringir a competência do Supremo Tribunal Federal, procurando em deixar evidenciadas hipóteses em que haveria subversão da própria estruturação hierárquica do Poder Judiciário como aquelas em que necessariamente haveria competência da corte, independente do instrumento processual que veiculasse a demanda.

²³⁸ STF, ADI nº 4.412, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 12/03/2021.

²³⁹ STF, ADI nº 4.412, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 12/03/2021, voto do relator, p. 13-14.

competência do STF para julgar *todas as ações contra o CNJ e o CNMP* está relacionada à dignidade constitucional específica desses órgãos e suas atribuições constitucionais.

Está-se, aqui, uma vez mais na visualização do desenho específico da separação de poderes, especialmente na dimensão *intra* judiciário e *intra* Ministério Público, na condição de função essencial à justiça. A impugnação dos atos de tais conselhos ser concentrada no STF responde como um preceito para a divisão organizacional do poder estatal.

Isso é, em razão da natureza nacional do CNJ e do CNMP, reconhece-se que no âmbito de suas competências constitucionais finalísticas, as decisões dos conselhos revelam impactos igualmente *nacionais*, de modo que a revisão de tais atos cabe ao STF para que não ocorra uma indevida dispersão jurisprudencial, esvaziamento das competências dos conselhos ou mesmo descumprimento das decisões dos dois órgãos.

A competência, da corte portanto, está diretamente ligada à divisão organizacional do poder estatal, no sentido de viabilizar a própria capacidade decisional do CNJ e do CNMP, respectivamente como instituições administrativas vinculadas à cúpula do Poder Judiciário, e de todo o Ministério Público.

3.2.3.5. As competências de preservação intrassistêmica do Poder Judiciário

A conformação constitucional básica dos direitos fundamentais processuais conduz a uma estruturação do Poder Judiciário que assegura e pressupõe, para a sua legitimidade, a existência de um juiz natural. A Constituição consagra o direito fundamental ao juiz natural ao vedar, de um lado, o estabelecimento de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, CRFB), bem como ao resguardar que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CRFB).

Como esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o âmbito básico de proteção desse direito fundamental remonta à ideia segundo a qual “*juiz natural é juiz imparcial, competente e aleatório*”, sendo que, de forma bastante singela, “*a imparcialidade está na ausência de interesse judicial na sorte de qualquer das partes quanto ao resultado do processo*”²⁴⁰. Em outras palavras, a imparcialidade atinge diretamente o elemento anímico da autoridade pública e sua externalização, sendo componente essencial da jurisdição e da definição da função primeira do Poder Judiciário.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 793-794.

A competência estabelecida na alínea *n* do art. 102, I, CRFB, portanto, está diretamente relacionada a esse elemento estruturante, pois busca assegurar a sua proteção, em duas hipóteses distintas. Sabe-se, também, que a eventual indeterminação ou estabelecimento de conflito quanto ao órgão judicial competente igualmente viola diretamente o juiz natural, questão endereçada pela competência estabelecida na alínea *o* do art. 102, I, CRFB, envolvendo os conflitos circunscritos aos tribunais superiores, e entre jurisdição comum e especializada.

Como se pode adiantar desde logo, ambas as competências estão vocacionadas à preservação intrassistêmica do Poder Judiciário, sendo tratadas, por isso, sob esta mesma rubrica.

3.2.3.5.1. A competência para julgamento da *ação* em que *todos os membros da magistratura* sejam *direta* ou *indiretamente* interessados

A CRFB estabelece no art. 102, I, *n*²⁴¹, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, as ações em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados.

Não se faz necessário grande aprofundamento teórico para perceber se tratar de solução para uma possibilidade de um curto circuito na própria atribuição de poder ao Judiciário. Está-se, portanto, em ambiência típica da estruturação do desenho básico da separação de poderes, tanto como preceito para a divisão organizacional do poder estatal, quanto no estabelecimento de um sistema de maior controlabilidade do *produto* do exercício de poder pelo próprio Poder Judiciário, em manifestação de freios e contrapesos.

Com efeito, é certo que não se pode ser juiz em causa própria, nem tampouco de qualquer forma suplantar a imparcialidade do órgão julgador, entendida como componente essencial e estruturante da própria jurisdição. Daí porque, já no âmbito constitucional são estabelecidas garantias, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos (art. 95, I a III, CRFB), e um conjunto importante vedações aos membros da magistratura (art. 95, parágrafo único, CRFB).

Ocorre, porém, ainda assim ser possível divisar hipóteses de demandas judiciais em que todos os membros da magistratura poderão revelar no mínimo a aparência de ser direta ou indiretamente interessados, especialmente – mas não apenas – considerando interesses setoriais da própria categoria, muitas vezes ligadas ao regime remuneratório, previdenciário etc.

²⁴¹ CRFB, art. 102, I, *n*: “a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados (...)”.

Como se pode perceber, a solução adotada pela Constituição foi de se outorgar a competência para decidir tais causas ao STF. Como adiantamos, essa é uma solução que conversa diretamente com a arquitetura constitucional específica da separação de poderes delineada por outras regras constitucionais²⁴².

Ao interpretar essa competência, o STF tem adotado postura cautelosa e restritiva. E nem poderia ser diferente, uma vez que eventual postura *ampliadora*, em realidade, colocaria indevidamente sob suspeição os demais tribunais que compõem o Poder Judiciário, indo na contramão da própria razão de ser do dispositivo normativo, de proteção da imparcialidade.

Duas restrições se delinearão ao longo do tempo e são reiteradamente aplicadas pela corte. Primeiro, se a matéria litigiosa, para além de ser de interesse de todos os membros da magistratura, atinge outras categorias de servidores públicos, não se trata de competência do STF²⁴³.

Perceba-se, portanto, que na hipótese sequer há de se pensar em *interesse* indireto, o qual conduziria a uma interpretação ao absurdo: nenhuma juíza ou juiz poderia julgar qualquer matéria envolvendo parte substancial do Direito Público, além de inverter a própria sistemática de prerrogativas e vedações que protegem a imparcialidade. Em tais casos a questão é reiteradamente enfrentada, endereçada, equacionada e decidida pela estruturação ordinária do Poder Judiciário, sem colocar em risco a imparcialidade.

Segundo, se os interesses foram não de *todos os membros da magistratura*, mas somente de *parte* dela, igualmente não se verifica a pecha de possível imparcialidade, devendo a demanda ser igualmente processada e julgada perante o órgão ordinariamente competente. Os exemplos, aqui, são singelos: não há interesse de *todos* os membros da magistratura se a causa de pedir revela circunstância especial que interesse apenas aos magistrados de determinado Estado da federação²⁴⁴, ou, por exemplo, somente a magistrados federais²⁴⁵ ou estaduais.

Por outro lado, já se reconheceu como de interesse de toda a magistratura, para fins de fixar a competência para julgamento de pretensão veiculada em ação coletiva de “*ver declarada a recepção dos arts. 74 a 77 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional pela Constituição de 1988*”, a fim de que os magistrados pudessem se aposentar de forma diferenciada, sem

²⁴² Nesse sentido, lembre-se que ao Supremo, na condição de cúpula de poder, cabe-lhe a iniciativa legislativa de lei complementar sobre o Estatuto da Magistratura nacional (art. 61, *caput*, e 93, *caput*, CRFB). E, não fosse o bastante, da própria iniciativa de leis ordinárias organizacionais e remuneratórias de juízes (art. 96, II, *a a c*, CRFB).

²⁴³ *E.g.*: STF, AO nº 1.582 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 03/02/2021.

²⁴⁴ *E.g.*: STF, AO nº 2.481 ED-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 07/12/2022.

²⁴⁵ *E.g.*: STF, AO nº 2.546 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 07/12/2022.

submissão às regras gerais previstas na Constituição, sob o pressuposto de a magistratura constituir atividade inerentemente perigosa²⁴⁶.

A competência da corte em hipóteses como essa revela uma forte razão fundada na separação de poderes para a sua atribuição ao STF, seja na dimensão da divisão primária organizacional do Poder Judiciário (com alocação no órgão de cúpula, dotado de *pedigree* democrático em sua composição e iniciativa legislativa em temas *afeitos* à magistratura), seja por evitar a dispersão jurisprudencial, com maior visibilidade e controlabilidade, *inter* poderes, evitando-se a ideia de afastamento da estrutura de imparcialidade estabelecida pelo próprio Direito Constitucional positivo para esse poder.

3.2.3.5.2. A competência para julgamento da *ação* em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam *impedidos* ou sejam *direta* ou *indiretamente* interessados

A CRFB estabelece no art. 102, I, n²⁴⁷, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, as ações em que: (i) que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam *impedidos*; (ii) mais da metade dos membros do tribunal de origem sejam *direta* ou *indiretamente* interessados.

Como se pode ver, essa segunda hipótese de competência desdobra-se em duas partes. Quanto à primeira, o Supremo tem sido parcialmente ampliativo, à luz da regulamentação infraconstitucional do impedimento e da suspeição, especialmente no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal.

Isso é, a corte entende que se mais da metade dos membros do tribunal tiverem se declarado impedidos ou *suspeitos*²⁴⁸, a hipótese é de sua competência originária. O impedimento ou a suspeição, porém, devem se dar na mesma relação jurídica processual cujo deslocamento se pretende²⁴⁹.

²⁴⁶ STF, AO nº 1.800 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 19/10/2022.

²⁴⁷ CRFB, art. 102, I, n: “a ação em que (...) mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados”.

²⁴⁸ E.g.: STF, AO 2.368, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 21/06/2023.

²⁴⁹ E.g.: STF, AO 2.378 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 29/08/2019: “(...) 2. No entanto, o STF não é competente para julgar originariamente o feito, pelas seguintes razões: (i) não há impedimento de desembargadores que não mantêm relação de parentesco com o servidor que figura especificamente no processo de execução individual (CPC, art. 144, IV); (ii) para os fins do art. 102, I, n, da CF/1988, o impedimento deve ser afirmado nos autos do processo cujo deslocamento se pretende, o que não ocorreu no caso; e (iii) o Tribunal de origem não se declarou incompetente para julgar o mérito do mandado de segurança coletivo, de modo que não há, em princípio, óbice para apreciar as execuções individuais, que devem estrita observância à coisa julgada formada no processo de conhecimento. Eventual alteração na composição do Tribunal, que tivesse acarretado o impedimento de mais da metade de seus membros, deveria ter sido demonstrada no caso concreto, não sendo suficiente a manifestação em outra execução individual. (...)”.

Quanto à segunda hipótese, a jurisprudência do STF caminha-se para aplicação das mesmas limitações já explicitadas acima no SUBITEM 3.2.3.5.1 quanto à hipótese de a ação envolver interesses *de todos os membros da magistratura* também para averiguar o interesse direto e indireto dos membros do tribunal local, de origem.

Aqui, uma vez mais, se vê a vocação da atribuição de competência originária à corte como corolário da proteção ao juiz natural, buscando garantir à imparcialidade, agora, porém, deslocando a competência de um tribunal local para o STF.

3.2.3.5.3. A competência para julgamento de *conflitos de competência* entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre Tribunais Superiores e qualquer outro Tribunal

A CRFB estabelece no art. 102, I, *o*²⁵⁰, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, os conflitos de competência entre: (i) o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais; (ii) entre Tribunais Superiores; ou (iii) entre os Tribunais Superiores e qualquer outro tribunal.

Pelo texto da Constituição, e nos termos da legislação infraconstitucional (art. 115, CPC) – que, em realidade, praticamente esgotam as hipóteses *lógicas* de conflito de competência²⁵¹ –, somente se verifica conflito quando dois ou mais juízes se declaram competentes ou incompetentes para o julgamento de um mesmo litígio, ou, por outro lado, divergirem entre si sobre a reunião ou separação de processos.

Não cabe, portanto, conflito de competência *em tese*²⁵². O conflito de competência é um incidente processual voltado diretamente a solucionar mais um possível curto circuito da jurisdição relacionado ao juiz natural, não se tratando de espécie de sucedâneo recursal. A competência para solucionar conflitos de competência foi espraiada pelo Poder Judiciário e

²⁵⁰ CRFB, art. 102, I, *o*: “os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal”.

²⁵¹ Uma interessante exceção, reconhecida pela jurisprudência do STF, envolveu demandas conexas, em tramitação perante ramos do judiciário com competência material distintas, nas quais a conexão não se mostrou suficiente para definir a competência, *cf.* STF, CC nº 7.706 AgR-segundo-ED-terceiros, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 17/04/2015: “2. Cabível, todavia, por meio de interpretação extensiva do art. 115, do CPC, o acolhimento do incidente, mesmo ausente a apontada divergência, quando se tratar de ações conexas (com possibilidade, portanto, de prolação de decisões conflitantes) em trâmite perante Justiças distintas e no bojo das quais o apontamento de conexão não se mostrar suficiente à definição da competência para seu processo e julgamento. 3. No caso, trata-se de demandas em trâmite perante a Justiça comum e a justiça trabalhista, em que se discute complementação de aposentadoria, com decisões conflitantes já proferidas, a justificar o conhecimento do conflito. 4. É inaplicável a regra de solução da conexão entre feitos (art. 105, do CPC), uma vez que as ações tramitam perante juízos com competência material distinta – incidindo a vedação decorrente do art. 102 do CPC – e já contam com decisão de mérito – a atrair a aplicação da Súmula nº 235, do STJ. (...)”.

²⁵² *E.g.*: STF, CC nº 7.972 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 25/08/2017.

dividida sistemicamente pela Constituição (*e.g.* especialmente o art. 105, I, *o*, CRFB, mas também o art. 108, I, *e*, e o art. 114, V, CRFB).

A jurisprudência do STF, desde muito cedo, se encaminhou no sentido de que não há competência do Supremo quando se trata de conflito de jurisdição entre Tribunal Superior e tribunal regional da mesma justiça especializada, revelando, em realidade, um problema de hierarquia de jurisdição, e não de conflito²⁵³.

Por identidade de razão, não há conflito de competência entre STJ e Tribunal de Justiça ou Regional Federal²⁵⁴. Ao Supremo reservou-se, por sua posição hierárquica na arquitetura constitucional, solucionar os conflitos mais graves.

Como se percebe, portanto, tanto a alínea *n* quanto a alínea *o* do art. 102, I, CRFB, estão diretamente relacionadas à proteção do direito fundamental do juiz natural, estruturante do Poder Judiciário, atentos também para a posição hierárquica do Supremo, de modo a assegurar a preservação intrassistêmica do Poder Judiciário.

Assim, é fora de dúvida a sua razão de ser, tem endereço claro na separação de poderes, especialmente na perspectiva da estruturação idônea da função jurisdicional.

3.2.3.6. A competência para julgamento da *ação rescisória* de seus julgados e para a execução de sentença *cível* nas causas de sua competência originária

A CRFB estabelece no art. 102, I, *j*²⁵⁵ e *m*²⁵⁶, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, a ação rescisória de seus julgados, bem como a execução de sentença das causas de sua competência originária, sendo possível, para fins de otimização da prestação jurisdicional, a delegação de atribuições para prática de atos processuais.

Quanto à ação rescisória, a competência originária decorre do fato de ser instrumento voltada a desconstituir a coisa julgada acoplada à decisão proferida pela própria corte no exercício de suas demais competências cíveis (juízo rescindente), podendo, ou não, abrir espaço para novo julgamento (juízo rescisório), desde que preenchidos os requisitos legais para o seu ajuizamento.

A razão de ser da atribuição dessa competência ao STF é dúplice: está ligada à competência da ação originária ou do recurso, ordinário ou extraordinário, conhecido em seu mérito, e diante do qual se firmou a coisa julgada. De outro, revela-se vocacionada à

²⁵³ STF, CJ nº 6.978 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/06/1991.

²⁵⁴ STF, CC nº 7.094 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04/05/2001.

²⁵⁵ CRFB, art. 102, I, *j*: “(...) a ação rescisória de seus julgados”.

²⁵⁶ CRFB, art. 102, I, *m*: “a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais”.

estruturação hierárquica do Poder Judiciário, de modo que órgão inferior não possa indevidamente esvaziar ou revistar comando decisório do próprio Supremo.

Por qualquer ângulo que se observe, há uma nítida conexão com a dimensão de separação de poderes, especialmente na perspectiva da estruturação adequada e idônea da função jurisdicional. Do mesmo modo se dá quanto à execução de sentença das causas de sua competência cível originária, ainda que o tribunal possa delegar a prática de alguns atos jurisdicionais a outros órgãos do poder judiciário.

Quanto a essa competência, também a jurisprudência do STF revela dois momentos importantes. No primeiro, tem-se a aplicação literal do dispositivo, permitindo, por exemplo, a apresentação de cumprimento de sentença para executar verbas sucumbenciais, sem maiores questionamentos²⁵⁷.

De outro, porém, vê-se o início da construção de uma interpretação restritivo-teleológica. Nesse sentido, na Questão de Ordem na Petição nº 6.076, a Segunda Turma entendeu que “*não compete originariamente ao STF a execução individual de sentenças genéricas de perfil coletivo, inclusive aquelas proferidas em sede mandamental coletiva, cabendo essa atribuição aos órgãos competentes de primeira instância*”, determinando a remessa ao juízo federal de primeira instância²⁵⁸.

Vale registrar que o voto condutor, do Min. Dias Toffoli, partiu do pressuposto de que a regra de competência prevista na alínea *m* “*ostenta nítido caráter de acessoriedade às demais regras de competência do art. 102, I*”, uma vez que a execução de sentença seria “*mero prolongamento da análise já realizada por esta Corte com base nas demais regras de competência*”. Para o relator, sendo de apreciação acessória, “*a definição da competência (...) com base na alínea m se justificará sempre que existente a ratio que permitiu a atração da análise principal*”²⁵⁹.

Dessa forma, como no caso concreto se tratava na fase de conhecimento de mandado de segurança coletivo contra ato do Tribunal de Contas da União, mas agora, na execução, não haveria participação do TCU, nem se faria necessária qualquer atuação da corte de contas para liquidar o valor a ser pago pelo Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (União).

Percebe-se, portanto, um modo de olhar para a razão de ser da regra de competência para, então, explicar efetivamente sua atração excepcional para a jurisdição ordinária da corte.

²⁵⁷ STF, AO nº 1.615 CumpSent-AgR-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 12/05/2015.

²⁵⁸ STF, Pet nº 6076 QO, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 25/05/2017.

²⁵⁹ STF, Pet nº 6076 QO, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 25/05/2017, voto do Min. Dias Toffoli, p. 3.

Essa razão de ser deve ser vista com atenção diante da dinâmica e complexidade inerente à interface entre alíneas *d* e *m* do art. 102, I, CRFB²⁶⁰.

O entendimento cauteloso se justifica. Especialmente quando identificamos, como nas hipóteses das alíneas *j* e *m*, um endereço certo e no desenho da separação de poderes, seja *intra* judiciário (não permitindo que se subvertam as demais competências do próprio Supremo Tribunal Federal por qualquer órgão do sistema de administração de justiça em juízos rescindentes e/ou rescisórios), seja por caracterizarem uma cláusula competencial *complementar* e *acessória* em relação às demais hipóteses de competência originária, as quais, como se pode ver analiticamente até aqui, estão majoritariamente vocacionadas à concretização da separação de poderes²⁶¹.

3.2.4. A competência *cível* recursal *ordinária*: competência para julgamento de *recurso ordinário* em mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão

A CRFB estabelece no art. 102, II, *a*²⁶², caber ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, caso a decisão recorrida seja denegatória. Em realidade, vale aqui exatamente a mesma lógica explorada acima, no SUBITEM 3.2.2.1, quando da análise do *recurso ordinário* em *habeas corpus*, com pequenas adaptações.

Isso é, a atribuição dessa competência recursal ordinária ao Supremo está ligada a um regime de dupla possibilidade de revisão do juízo de mérito para os *writs constitucionais* processados, excepcionalmente de forma originária perante os Tribunais Superiores²⁶³.

O fato de o recurso ser previsto especificamente para quando a tutela pretendida é denegada, revela o reforço de proteção processual, conectado com a importância do desenho adequado de tais instrumentos processuais²⁶⁴.

²⁶⁰ Vale destacar que o Min. Edson Fachin, não obstante tenha acompanhado a proposta do Min. Dias Toffoli, pontuou que é preciso estar de olho às especificidades de cada caso. Nesse sentido, registrou que se reservava ao “direito de, diante de novas situações, ainda que em casos análogos aos dos autos, possa voltar ao exame da competência desta Suprema Corte, considerando a dinâmica e complexidade dos atos decorrentes do exercício da competência originária fundada nas alíneas ‘d’ e ‘m’ do art. 102 da CRFB”, *cf.* STF, Pet nº 6076 QO, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 25/05/2017, voto do Min. Edson Fachin, p. 2.

²⁶¹ Como já se adiantou, em uma ou mais das três perspectivas: (i) de preceito para a divisão organizacional do poder estatal; (ii) de mútua controlabilidade, em um regime de *freios e contrapesos*; e/ou (iii) de vedação à concentração de poder, com a regra da concretização contínua e compartilhada para criação do direito.

²⁶² CRFB, art. 102, II, *a*: “(...) o mandado de segurança, o *habeas data* e o *mandado de injunção* decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

²⁶³ A mesma lógica informa a atribuição de competência recursal ordinária para o Superior Tribunal de Justiça diante da competência originária dos tribunais locais (art. 105, II, *a* e *b*, CRFB).

²⁶⁴ Como se pode perceber, a atribuição dessa competência recursal ordinária ao Supremo está ligada à função de se assegurar a possibilidade de um duplo juízo sobre o mérito diante da excepcionalidade da outorga originária de

O assento na separação de poderes novamente é, a um só tempo, reflexa e direta. De modo reflexo, em razão do fundamento constitucional que justifica a própria atribuição excepcional de competência para julgamento de *mandado de segurança* e *habeas data* ao Tribunal Superior (*e.g.* quando o ato impugnado no *writ* for praticado por Ministro de Estado, pelos comandantes militares ou pelo próprio STJ, nos termos do art. 105, I, *b*, CRFB). A dignidade constitucional da *função desempenhada* por tais *autoridades* coatoras e seu posicionamento na estrutura hierárquica do Poder Executivo e do Poder Judiciário é que justifica o endereço competencial no Tribunal Superior.

De outro lado, e de modo direto, vê-se novamente a fundamentação na separação de poderes pela necessidade de se pensar uma estruturação adequada do próprio Poder Judiciário, de modo a não gerar incongruências sistêmicas para a *adequada solução* de conflitos (*i.e.*: não criar para o cidadão prejudicado um regime menos protetivo em razão do fundamento constitucional que justificou a competência originária do Tribunal Superior, em contraposição à competência jurisdicional comum).

A hipótese prevista no art. 102, II, *a*, CRFB, também na ambiência cível (em julgamento de recursos de decisões denegatórias de *mandado de segurança* e de *habeas data*) portanto, está necessariamente conectada à concretização específica da separação de poderes.

3.2.5. A competência de autopreservação do STF: a hipótese da *reclamação* para preservação de suas competências e para garantir a autoridade de suas decisões e de *súmulas vinculantes*

A CRFB estabelece no art. 102, I, *f*²⁶⁵ e no art. 103-A, §3^o²⁶⁶, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, *reclamação* para: (i) preservar a sua competência; (ii) garantir a autoridade de suas decisões; e (iii) anular ato administrativo ou cassar decisão judicial que contrarie ou aplique indevidamente *súmula vinculante*.

Para além de eventuais debates sobre o surgimento histórico e *jurisprudencial* do instituto²⁶⁷, bem como sobre a sua operacionalidade concreta, olhando especificamente para a

competência do *writ* a um Tribunal Superior, ao invés de a um juiz ou juíza de primeiro grau ou a um tribunal ordinário. Afinal, a diferente outorga de competência, nesse caso, subverteria a estrutura hierárquica do próprio Poder Judiciário.

²⁶⁵ CRFB, art. 102, I, *f*: “a *reclamação* para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

²⁶⁶ CRFB, art. 103-A, §3^o: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a *súmula* aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da *súmula*, conforme o caso”.

²⁶⁷ Sobre a reconstrução histórica do instituto, especialmente na ordem constitucional anterior, ver PACHECO, José da Silva. A '*reclamação*' no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São

competência constitucional positiva, verifica-se que a reclamação possui componentes ligados à autopreservação da corte, os quais podem ser separados em dois grandes grupos. Cada um deles, por sua vez, está voltado a assegurar: (i) as suas demais regras de competência, de modo a não serem *usurpadas* por outros órgãos, jurisdicionais ou não; e (ii) a preservação da *autoridade dos produtos judiciais* que a corte entrega *a partir* do exercício das suas competências, a saber, *decisões judiciais* (sejam elas capazes ou não de formar *precedentes*) e das *súmulas vinculantes* que edita.

Na primeira hipótese, o parâmetro de controle para a cassação do ato usurpador, ou, se for o caso, para a avocação do processo judicial que tramita indevidamente perante outro órgão judiciário, terá assento normativo nas próprias competências constitucionais da corte estabelecidas no art. 102, CRFB.

De outro lado, no pertinente ao cabimento para fazer valer a *autoridade do produto* decorrente do exercício de suas competências, a corte terá como parâmetro de controle as súmulas vinculantes e suas *decisões* – bem como seus precedentes²⁶⁸, ainda que a interpretação da corte seja, de regra, restritiva na interpretação do que *constitui* a eficácia vinculante dos precedentes que edita²⁶⁹.

Paulo, v. 646, a 78, p. 19-30, ago. 1989 e DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. Mais recentemente, ver MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2022. *E-book*. I, 2 (“Contexto histórico-comparado”).

²⁶⁸ Daniel Mitidiero sustenta o argumento de inconstitucionalidade do cabimento de reclamação para fazer valer a força de precedente, notadamente a observância de acórdão proveniente do julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, nos termos do art. 988, §5º, II, do CPC, *a contrario sensu*. O raciocínio do autor, aqui, é o de que “A inconstitucionalidade decorre do fato de que a Constituição só admite reclamação para as Cortes Supremas para a ‘garantia da autoridade das suas decisões’ – e não de seus precedentes. Afora a violação do precedente subjacente à súmula vinculante, a reclamação só se presta para a garantia da autoridade dos julgados do STF e do STJ. Estar vinculado à decisão é muito diferente de estar vinculado ao precedente. A decisão obriga pelo dispositivo que julga a controvérsia. O precedente obriga pelas razões elaboradas a partir do julgamento de outra controvérsia. Em ambos os casos, é claro, pode-se dizer que há vinculação a uma norma. Existe, contudo, uma diferença fundamental: enquanto a obrigação de seguir a norma particular é concreta, específica e atual, a de seguir a norma geral é abstrata, genérica e futura. Essa distinção é devida à origem do dever de seguir uma decisão e a de seguir um precedente”. MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2022. *E-book*. I.1.3. Entendemos que a objeção, apesar de elegante, especialmente quando se tem como endereço investigativo o Supremo Tribunal Federal, deixa de enfrentar o problema a partir da lógica da garantia da competência da corte, mais especificamente aqui, de sua função de *guarda da Constituição*. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni reconhece que “o desrespeito ao precedente, bem vistas as coisas, faz com que a negação da Constituição se transforme na usurpação do poder ou da competência de afirmar o significado das normas constitucionais, o que ainda é pior, já que revela um desmando quanto à autoridade para a atribuição de sentido ao texto constitucional”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021. p. 1.093.

²⁶⁹ À exceção dos casos envolvendo liberdade de expressão e imprensa, isso é, com fundamento na ADPF nº 130 (STF, ADPF nº 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 05/11/2009), em que o STF adota a teoria da transcendência dos motivos determinantes para compreender a eficácia do paradigma vinculante (e.g. STF, Rcl nº 45682, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 08/04/2022 e STF, Rcl nº 58.048 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. André Mendonça, DJ 14/06/2023), como regra geral a corte, em postura defensiva, aplica a “estrita aderência” entre o paradigma (e seu objeto de análise no precedente vinculante) e o objeto de controle

De todo modo, se está diante de competência cuja finalidade é reforçar a autoridade da corte, olhando para o passado, com regra geral. Em outras palavras, não será a reclamação instrumento adequado para que a corte *inove* no mundo jurídico, senão quanto a interpretação de suas próprias competências, mas sim para que preserve seus produtos decisórios anteriores²⁷⁰.

Assim, a previsão de reclamação para preservação das competências constitucionais da corte e a autoridade de seus *produtos* (decisões, precedentes e súmulas vinculantes), considerada *caso a caso* e para o passado, revela sua conexão mais direta com a separação de poderes, como nas demais competências vistas até aqui.

específico invocado na reclamação. Recentemente tem sido proferidas decisões que, da confluência de mais de um precedente do STF invocado como paradigma na reclamação, extraem o entendimento da corte para, então, cassar eventuais decisões judiciais que com ele não estejam em conformidade. Nesse sentido, a decisão proferida em STF, Rcl nº 59795, Decisão monocrática, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 24/05/2023, em matéria trabalhista, considerando que o entendimento da corte permitiria outros tipos de contratos distintos da estrutura tradicional da relação de emprego regida pela CLT.

²⁷⁰ Em sentido contrário, ao julgar a Reclamação nº 4.374, o Supremo inaugurou a possibilidade de o instrumento servir para permitir a “evolução interpretativa no controle de constitucionalidade”, especialmente com assento da ideia de que o STF também poderia exercer o controle *difuso* de constitucionalidade em sede de reclamação, sendo possível, assim, reinterpretar o próprio parâmetro de controle, isso é, a decisão vinculante paradigma, *c.f.* STF, Rcl nº 4374, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03/09/2013: “3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no ‘balançar de olhos’ entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição”. Na década que se seguiu à Reclamação nº 4.374, não se identificaram decisões relevantes, do plenário da corte, utilizando da reclamação com mesma profundidade e extensão. Recentemente, sob a relatoria do Min. Edson Fachin, em razão de notória alteração legislativa na matéria, e após participação de *amici curiae* e do deslocamento do julgamento para o Plenário da Corte, o instrumento novamente foi utilizado para reinterpretar o precedente firmado na ADPF nº 347-MC (imperiosidade de audiência de custódia), a fim de afirmar a imprescindibilidade da realização de audiência de custódia em decorrência de qualquer modalidade de prisão, *c.f.* STF, Rcl nº 29303, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 09/05/2023. A Rcl nº 29.303 é um exemplo frutuoso da possibilidade de, caso sejam realizadas as adequações procedimentais pertinentes ao módulo processual básico vinculado à *função de guarda da Constituição*, outras ações originárias da corte poderem se tornar ambientes processuais para modificação ampliada, ou mesmo superação, de precedente vinculante.

3.2.6. Excurso: a competência para julgar a representação *interventiva* prevista no art. 36, III, CRFB

A CRFB estabelece nos arts. 36, III²⁷¹ e 34, VII²⁷², caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, a representação interventiva, ajuizada com exclusividade pelo Procurador-Geral da República, para autorizar a excepcional intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, a ser decretada e executada pela Presidente da República²⁷³, a qual pode, ainda, eventualmente ser suspensa pelo Congresso Nacional²⁷⁴.

A RI endereçada ao STF está prevista para duas hipóteses: (i) violação aos princípios constitucionais sensíveis (*i.e.*: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde); além de (ii) recusa de execução de lei federal.

A representação geralmente é alocada doutrinariamente como uma modalidade especial de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, diria respeito à *função de guarda da Constituição*. De forma bastante espirituosa, Daniel Mitidiero, a compara com um ornitorrinco: “o ornitorrinco é um mamífero que põe ovos. Meio incômodo, pois é, mas é isso”²⁷⁵.

Analisados os seus pressupostos, e até mesmo a sua conformação infraconstitucional, sua recondução à mesma função desempenhada pelas ações *principais* de controle de constitucionalidade não se justifica no Direito Constitucional positivo. O argumento, por sua vez, é muito mais do que já nos indica até mesmo a topografia constitucional, pelo fato de não se encontrar prevista no *rol* do art. 102, CRFB.

Com efeito, há apenas um legitimado para ajuizá-la, dissociando-se do modelo estabelecido pelo art. 103, CRFB. Quanto ao seu objeto, ainda que tenha como objeto de

²⁷¹ CRFB, art. 36, III: “A decretação da intervenção dependerá: (...) III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal”.

²⁷² Há divergência *doutrinária* quanto ao ponto, não obstante o inciso IV do art. 49 estabelecer que o Congresso nacional pode tanto aprovar (o que se refere às demais modalidades de intervenção), quanto “suspender” (o que nos parece indicar ampla possibilidade de controle congressual), “qualquer uma dessas medidas” (estado de defesa, intervenção federal, e estado de sítio).

²⁷³ CRFB, art. 84, X: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) X - decretar e executar a intervenção federal”.

²⁷⁴ CRFB, art. 49, IV: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas”.

²⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional**: do controle ao processo, dos modelos ao sistema. São Paulo: RT, 2023. *E-book*, III.2.2.2.2.

trabalho a Constituição, sempre busca confrontar uma ação ou omissão concreta, de Estado ou Distrito Federal, normativa ou administrativa, com princípio constitucional que se repute violado, ou, então, com conteúdo da lei federal cuja execução se afirma *recusada* pelo ente subnacional²⁷⁶.

Há, aqui, verdadeiramente um *rêu* (o ente subnacional), ainda que o diploma processual utilize a expressão “solicitação de informações” (art. 6º, da Lei nº 12.562/2011). O seu desenho constitucional e legal é, portanto, completamente distinto das ações principais estabelecidas pelo art. 102, CRFB, ainda que pela gravidade e importância da matéria, sejam previstos *quórums* igualmente elevados para a deliberação e decisão²⁷⁷.

A alocação da representação de inconstitucionalidade como instrumento a serviço da *guarda da Constituição*, portanto, decorre muito mais da metodologia *dedutiva* geralmente utilizada para enfrentar o tema da jurisdição constitucional do STF. Bem como, também, da história que contamos para nós mesmos sobre o controle de constitucionalidade.

Isso ocorre, em especial, porque a representação de inconstitucionalidade foi de importância central para a criação da *representação de inconstitucionalidade* que, na Constituição de 1988, desaguou em nosso modelo de *ações principais* (e.g.: ADI, ADIO, ADC e ADPF)²⁷⁸.

Por outro lado, bem vistas as coisas, há nela uma confluência de manifestação de autoridades que revelam conexão direta e imediata com a *separação de poderes*. Afinal, exige-se *representação* do PGR, verificação do implemento de suas causas autorizativas, com *provimento* pelo STF, a decretação posterior da intervenção pelo Presidente e, ainda, a possibilidade de seu excepcional *controle* pelo Congresso Nacional.

Lembre-se que a regra no sistema constitucional instituidor do federalismo cooperativo é a não intervenção de um ente federado sobre o outro, salvo hipóteses

²⁷⁶ Lei nº 12.562/2011, art. 3º: “A petição inicial deverá conter: I - a indicação do princípio constitucional que se considera violado ou, se for o caso de recusa à aplicação de lei federal, das disposições questionadas; II - a indicação do ato normativo, do ato administrativo, do ato concreto ou da omissão questionados; III - a prova da violação do princípio constitucional ou da recusa de execução de lei federal; IV - o pedido, com suas especificações”.

²⁷⁷ Lei nº 12.562/2011, arts. 9º e 10: “A decisão sobre a representação interventiva somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 8 (oito) Ministros.” e “Realizado o julgamento, proclamar-se-á a procedência ou improcedência do pedido formulado na representação interventiva se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos 6 (seis) Ministros. Parágrafo único. Estando ausentes Ministros em número que possa influir na decisão sobre a representação interventiva, o julgamento será suspenso, a fim de se aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão”.

²⁷⁸ É o que confessa, também com leveza, Daniel Mitidiero: “Olhando de perto, poderia tê-la alocado dentro do capítulo relativo ao controle incidental. Todavia, porque se trata de ação direta e a partir dela se desenvolveu o controle abstrato, resolvi deixá-la por aqui mesmo. Acho que consigo dormir com essa”. MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional**: do controle ao processo, dos modelos ao sistema. São Paulo: RT, 2023. *E-book*, III.2.2.2.2.

excepcionais. Mais do que estar voltada ao endereço da *guarda da Constituição* em sentido estrito, por se estar diante de decisão com impactos diretos e imediatos para a higidez do pacto federativo, aqui há uma nítida divisão *compartilhada* do poder entre Executivo, Legislativo e Judiciário, com participação do órgão vocacionado “*à defesa da ordem jurídica e do regime democrático*” (art. 127, *caput*, art. 128, 1º, e art. 129, 4º, CRFB).

Ou seja, sua previsão é mais diretamente reconduzível à perspectiva da *separação de poderes* na dimensão da *coparticipação* da cúpula de todos os poderes do estado, aptas a permitir a excepcional modificação da regra geral que instrui a vivência diária do modelo constitucional federativo.

3.2.7. *O fio condutor* das competências constitucionais do STF justificada na separação de poderes

A análise de todas as competências da corte até aqui revela sua vocação, no desenho concreto da *separação de poderes* delineada pelo Direito Constitucional positivo, de modo a permitir o encaixe do Supremo na adequada divisão organizacional do poder estatal, em pelo menos três sentidos.

As competências analisadas revelam, de um lado, a preocupação com a boa estruturação do Poder Judiciário. Quer olhemos como ambiência para a solução de casos conflituos concretos (*e.g.*: pense-se na competência para resolver judicialmente conflitos federativos, ou que tenham potencial perturbador das relações do país na ordem internacional). Quer olhemos para a preocupação de se evitar subversões de sua estruturação hierárquica.

De outro lado, algumas competências se viram diretamente ligadas à *mútua controlabilidade* dos órgãos de cúpula do poder, em razão da especial dignidade constitucional dos agentes envolvidos, em um regime de freios e contrapesos, ou de modo a permitir uma melhor decisão compartilhada *entre* tais poderes, mostrando uma regra de concretização contínua na criação do direito.

Como se passa a ver, porém, as demais competências da corte não encontram igual justificativa normativa no Direito Constitucional positivo.

3.3. As competências que não respondem diretamente à separação de poderes: sua conexão com a função principal do STF de *guardar a Constituição*

3.3.1. A competência recursal *extraordinária* para julgamento de *recurso extraordinário* proveniente de *caso com questão constitucional* dotada de repercussão geral

A CRFB estabelece no art. 102, III²⁷⁹, caber ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (i) contrariar dispositivo da Constituição; (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; ou (iv) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O art. 102, III, porém, não pode ser lido de forma dissociada do §3º, no qual se afirma não ser suficiente que a decisão recorrida contenha as questões constitucionais descritas por qualquer das quatro alíneas do inciso III.

Isso porque, de acordo com o dispositivo, faz-se necessário que tais questões – cada uma das eventuais questões *veiculadas* no recurso extraordinário – sejam dotadas de repercussão geral, demonstrada pelo recorrente, nos termos da lei, cuja presença, inicialmente presumida pela Constituição, pode ser afastada pela manifestação de dois terços dos membros da corte.²⁸⁰

Essa é a conformação constitucional vigente do *recurso extraordinário* a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. Como se pode perceber, desde a entrada em vigor e da sua regulamentação infraconstitucional – delimitadora dos elementos necessários para a sua *demonstração* (atualmente, o art. 1.035, §1º, CPC) –, é impossível pensar, de forma consistente e coerente, em um recurso extraordinário *dissociado* da repercussão geral das questões constitucionais que emergem da *causa decidida* que solucionou o caso concreto.

Perceba-se: não se trata de refletir sobre como a repercussão geral impactou o recurso extraordinário – como se existisse um recurso extraordinário *independente* do requisito de repercussão geral, que a ele se agregou. Em realidade, seguindo o desafio metodológico proposto nesta tese, há que se compreender que, com a repercussão geral, efetivamente foi inaugurado um novo capítulo da história dogmática e prática da recorribilidade extraordinária.

²⁷⁹ CRFB, art. 102, III: “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

²⁸⁰ CRFB, art. 102, §3º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Dito de forma ainda mais clara, *deixou de existir a conformação constitucional anterior e emergiu um novo recurso extraordinário*, instrumento processual *distinto*. O ponto é particularmente importante e sintomático do ganho que a virada de chave metodológica desta tese é capaz de outorgar, ao deixar de lado uma perspectiva *dedutiva* para uma abordagem *indutiva*²⁸¹.

A questão é ainda mais importante porque não houve no Brasil, ao contrário de outras experiências no Direito Comparado, uma *ressignificação* do recurso extraordinário a partir de uma revolução judicial, nem tampouco de modificação decorrente exclusivamente de atividade legislativa infraconstitucional, ou de *reinterpretação* do texto constitucional originário pela própria corte quanto às suas competências.

No caso da repercussão geral, ocorreu uma modificação constitucional expressa, deliberada e articulada pelos três órgãos de cúpula dos poderes (*i.e.*: Presidência da República, por meio do Ministério da Justiça e sua Secretaria de Reforma do Judiciário; deliberação e votação no Congresso Nacional; e, ainda, participação ativa do próprio STF em todo o processo).

Essa modificação, por sua vez, trouxe – e deve trazer – consequências inclusive para a interpretação e aplicação de outros dispositivos constitucionais e competências de outros órgãos constitucionais²⁸². Bem vistas as coisas, portanto, o recurso extraordinário que *exige* repercussão geral nos dá muitas pistas sobre três pontos importantes.

A *uma*, sobre como é imprescindível olharmos para a normatividade *atualmente vigente* da jurisdição constitucional brasileira, amplamente considerada²⁸³, e do Supremo Tribunal Federal, de modo específico, não bastando ficarmos presos a modelos teóricos construídos no passado²⁸⁴.

²⁸¹ Não se nega que a sua interpretação e aplicação, o que pode ser entendido como a fase de acomodação do sistema após a reforma constitucional, ainda tenha bebido no acúmulo de interpretativo-pragmático sobre a operacionalidade do recurso extraordinário que existia na ordem constitucional anterior, pré-Emenda Constitucional nº 45/2004.

²⁸² Pense-se aqui na própria *ressignificação* do art. 52, X, CRFB, *para* o recurso extraordinário, podendo-se questionar se para outras ambiências da jurisdição constitucional difuso exercida pelo STF necessariamente a competência do Senado Federal teria sofrido o mesmo *impacto*. Discutiremos o tema especificamente na PARTE II.

²⁸³ Lembre-se, se o fundamento no Direito Constitucional positivo para a adoção do controle difuso de constitucionalidade entre nós se assenta na previsão de recurso extraordinário para o Supremo de toda “causa decidida”, em última, ou “única” instância. A sua modificação, para permitir *negativa* de repercussão geral, *ainda que exista uma questão constitucional*, impacta a relevância da jurisdição constitucional exercida pelos demais juízos e tribunais, representando, a um só tempo, componente importante da democracia exercida *pelo* processo, além de importante elemento de confiança constitucional nos juízes e tribunais. Ver CAPÍTULO I, ITEM 2.3.

²⁸⁴ Sobre a repercussão geral do recurso extraordinário, em especial a compreensão de sua passagem do *jus litigatoris* ao *jus constitutionis*, e a compreensão da necessidade de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional, ver FACHIN, Luiz Edson; KRASSUSKI, Luiz, Repercussão geral do recurso

A duas, como a análise da competência recursal extraordinária, por si só, é uma peça importante para se revelar, descritivamente, o que é a função da guarda da Constituição *pelo* STF.

Em outras palavras, a partir do momento em que passa a haver um novo fundamento constitucional para a razão de ser da competência recursal *extraordinária* do STF, fruto de um exercício rico de redesenho institucional altamente dialogal, com participação dos três poderes da República, dotada de assento positivo expresso no texto constitucional, e claro *endereço* para tornar o recurso extraordinário instrumento que *vai muito para além apenas dos interesses subjetivos das partes*, a mensagem que emerge é nítida: não podemos ignorar o significado *geral* dessa atribuição de competência ao Supremo, a qual, de forma singela, afirmação da necessidade de *repercussão geral* das *questões constitucionais* que são veiculadas no *recurso*.

Perceba-se, por um lado, que as próprias hipóteses de cabimento do recurso extraordinário já seriam capazes de *indicar* para um *endereço* voltado ao *jus constitutionis* e não necessariamente apenas ao *jus litigatoris*.

Afinal, a Constituição pertence *a todos*, logo sua contrariedade também revela um possível esvaziamento que a *todos atingiria* (art. 102, III, *a*, CRFB). Da mesma forma, a lei federal e o tratado igualmente tem um endereço *normativo* geral, de modo que a declaração de sua inconstitucionalidade potencialmente impacta a própria estruturação do sistema normativo (art. 102, III, *b*, CRFB). E, por fim, conflitos federativos em razão do exercício concreto do edifício de distribuição de competências constitucionais dificilmente restringem-se apenas aos litigantes atingidos por tais atos administrativos ou normativos (art. 102, III, *c* e *d*, CRFB).

Apesar disso, o desenho dessa competência revelava atuação *caso a caso*, sendo de difícil justificação *positiva* permitir à corte não enfrentar o mérito de recurso admissível²⁸⁵, isso é, uma vez preenchidos todos os requisitos de admissibilidade não haveria fundamento *normativo*, no Direito Constitucional positivo, para que o recurso não fosse conhecido e o seu mérito julgado pelo Supremo.

Com a repercussão geral, porém, não há mais qualquer espaço para dúvida: ainda que ocorram quaisquer dessas hipóteses de cabimento, e o instrumento recursal seja plenamente idôneo, é possível que o Supremo identifique, a partir da *granularidade* das situações reais, da

extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional, **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, V. 7, No. 1, p. 227-252, jan./jun. 2018.

²⁸⁵ Para obter endereço *geral* para a declaração de inconstitucionalidade, seria necessário o exercício da fórmula prevista no art. 52, X, CRFB, ou seja, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, órgão político. Pode-se argumentar que essa talvez não fosse a solução institucionalmente mais elegante ou eficaz. Ainda assim, é a solução que constava até então no Direito Constitucional *positivo* brasileiro.

vida vivida, que *não existe repercussão geral*, seja na dimensão da *irrelevância* de determinada questão constitucional, seja de sua *falta de transcendência*. Falta de transcendência, por sua vez, capaz se de revelar na necessidade de um maior aprofundamento do debate sobre o *sentido* da própria Constituição, seja no âmbito do Poder Judiciário, seja dos demais poderes.

Seja como for, o fato singelo é que não existe mais como se pensar em um *direito subjetivo* ao *recurso extraordinário* a partir do Direito Constitucional positivo brasileiro em vigor. O que há é uma legitimação, *universal*, de todo prejudicado por *causa decidida* em única ou última instância em seu desfavor, comprovada a ocorrência de uma das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, para *provocar a corte* a reconhecer a existência de repercussão geral e, caso essa seja afirmada, rejulgar a *causa*.

Em uma imagem: não está mais nas mãos dos recorrentes a chave para abrir a porta do Supremo. É-lhes assegurado, porém, o direito de bater à porta da corte e de *ser ouvido* sobre o porque o seu *caso constitucional* deve ser abrigado sob o telhado da jurisdição constitucional do tribunal.

Recorde-se, porém, que a percepção da inexistência de direito de acesso ao Supremo no âmbito do *recurso extraordinário*, jamais pode significar que as partes diretamente afetadas ficaram sem proteção da jurisdição constitucional. Afinal, esta já pôde ser exercida perante os demais juízos ou tribunais (a *causa* já foi decidida, em única ou última instância, com ampla possibilidade de discussão das *questões constitucionais* que a permeiam – art. 102, III, CRFB).

A *três*, o endereço geral no exercício da jurisdição do Supremo em sua competência recursal extraordinária, expressamente decorrente da repercussão geral, não se confunde com o *endereço específico e particular* de termos confiado à toda juíza e juiz brasileiro, em nossa Constituição, o poder-dever de exercer a jurisdição constitucional²⁸⁶.

O ponto é de simples percepção: se é possível ao Supremo *negar* a repercussão geral (em decisão *negativa* capaz de gerar uma *estabilidade* atrelada ao contexto fático-jurídico que circunda a sua edição), de rigor a corte reconhece que jurisdição constitucional exercida pelos juízes e tribunais *a quo*, independente de qualquer juízo do Supremo sobre o *mérito* da solução adotada ou de sua correção, no mínimo proveio de uma solução *institucional* constitucionalmente *adequada*.

Em outras palavras, ao permitir que o Supremo *rejeite* a repercussão geral (ou seja, identifique que se está diante de questão constitucional, porém a corte não a enfrentará em razão de sua ausência de *relevância*, *transcendência*, ou de *relevância e transcendência*, critérios

²⁸⁶ Ver acima, CAPÍTULO I, ITEM 2.3.

estabelecidos pela lei regulamentadora de que fala o §3º do art. 102, CRFB, ou seja, do art. 1.035, §1º, do CPC), o desenho constitucional positivo implica *reconhecer* que a jurisdição – inclusive constitucional – foi prestada adequadamente *para o caso* pelos juízos e tribunais *a quo*, sem necessidade de acessar o *endereço* geral que uma decisão do STF, em recurso extraordinário, *necessariamente* passou a possuir.

De outro lado, ao decidir *decidir* por meio do recurso extraordinário, afirmando a presença de *repercussão geral*, o STF dá um passo além, e se manifesta diante de outro *endereço decisional*, agora *geral*, que terá a *questão constitucional* que *emerge* do caso como o seu material de trabalho, mas cuja verdadeira razão de ser *está voltada à toda cidadania* e não apenas aos recorrentes e recorridos.

Dessa forma, a repercussão geral é um exemplo eloquente para revelar o sentido estrito de *guarda da Constituição*. De uma mudança *estrutural* emergiu impacto de forma sistêmica em todo o desenho constitucional da corte, bem como uma reconfiguração relevante da confiança nela depositada pela Constituição²⁸⁷. Trata-se de componente competencial da corte que não consegue ser direta e imediatamente reconduzido à estruturação concreta da separação de poderes.

Assim, a repercussão geral não apenas modificou pontualmente ou “mexeu” na conformação do recurso extraordinário, nem tampouco instituiu “mero” *filtro de recursos*, muito menos uma simples *técnica de julgamento* ou de *gestão de acervo*.

O que a instituição da *repercussão geral* fez foi modificar pilar importante da *estrutura* da corte, estabelecendo um *requisito* que afeta o *ser normativo-positivo* do recurso extraordinário, com impactos necessários para o desenho de regras e princípios processuais infraconstitucionais que regem o desempenho das funções do tribunal, sua interpretação e integração.

Não é correto, adequado ou salutar que a corte julgue o mérito de qualquer recurso extraordinário sem que antes *decida* sobre a repercussão geral das questões nele veiculadas. Veja-se: o art. 102, §3º, CRFB, não deixa espaço para dúvida de que ao recorrente cabe “*demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*”, em

²⁸⁷ É o que intuitivamente decorre da consideração de Marinoni de que “o que torna a modulação de efeitos necessária, no recurso extraordinário, é apenas a circunstância de que a repercussão geral transformou este recurso num meio que se destina a permitir à Corte formar precedentes constitucionais. É a própria função da corte, exercida mediante o julgamento do recurso extraordinário, que passou a exigir o emprego da técnica da modulação de efeitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021. p. 1.189.

conformidade com os critérios estabelecidos pelo legislador, “*a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso*”²⁸⁸.

A lição do Direito Constitucional positivo é singela: não é possível mais interpretar “*o STF do presente*”, pós-Emenda Constitucional nº 45, como se fosse o mesmo Supremo “*do passado*”, lido a partir de uma dogmática construída sobre uma *estrutura competencial que não mais existe*.

Isso é, ainda que o *recurso extraordinário do passado* fosse recurso de fundamentação vinculada em razão de seu cabimento estrito, sua previsão de cabimento conduzia necessariamente ao julgamento de *todo e qualquer recurso extraordinário* que passasse pelo crivo da admissibilidade.

O *recurso extraordinário do presente*, porém, tem necessariamente um endereço *geral*. E, em sua conformação, não se justifica, na perspectiva da separação de poderes, da mesma forma que a própria estruturação do Poder Judiciário para *julgar casos conflitivos concretos*, nem tampouco como as demais competências originárias, e recursais ordinárias, da corte.

3.3.2. A competência para julgamento de *ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*

A CRFB estabelece no art. 102, I, *a*²⁸⁹, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. O art. 102, I, *a*, porém, não pode ser lido de forma dissociada do seu §2º, que estabelece que as decisões de mérito de ADI e ADC produzirão eficácia contra todos (*erga omnes*) e *efeitos vinculantes*, tendo como destinatários os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta²⁹⁰.

²⁸⁸ A previsão de hipóteses de presunção de repercussão geral, estabelecidas pelo CPC, especialmente a fórmula adotada, ou seja, de que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: (...)” (art. 1.035, §3º, do CPC), faz com que paira sombra de inconstitucionalidade sobre o dispositivo. O dispositivo foi parcialmente impugnado na ADI nº 5492, Rel. Min. Dias Toffoli, sob o fundamento de que o art. 1.035, §3º, III, CPC, seria inconstitucional por omissão parcial, ao prever a presunção de repercussão geral apenas para a declaração de inconstitucionalidade de lei federal, e não de leis municipais ou estaduais, quando seguido o procedimento do art. 97, CRFB. A questão foi rechaçada, sob o fundamento de que o dispositivo não criou nenhum privilégio indevido à União, declarando a “constitucionalidade” da expressão “federal”, constante do dispositivo. STF, ADI nº 5492, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 08/08/2023.

²⁸⁹ CRFB, art. 102, I, *a*: “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

²⁹⁰ CRFB, art. 102, §2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos

Além disso, o art. 103, CRFB, fecha o desenho normativo dessa competência, o qual nos dá alguns elementos relevantes para: (i) ver que não é uma peça que se encaixa da mesma forma como as demais competências da corte na estruturação da tripartição de poderes; e (ii) a existência de um desenho processual mínimo, delineado pelo próprio constituinte para o seu desempenho específico.

Com efeito, o art. 103, I a IX, CRFB, estabelece o rol de legitimados para *dar início* a uma ação constitucional, que tem como objeto o pedido de declaração de constitucionalidade (de normas decorrentes de atos normativos federais) ou inconstitucionalidade (de normas decorrentes de atos normativos federais ou estaduais), e o mundo plástico de opções que existe entre esses dois extremos²⁹¹.

Chama a atenção, desde logo, o fato de poderem exercer essa legitimidade os órgãos de cúpula dos demais poderes, respectivamente o Presidente da República (inciso I) e as mesas diretivas das duas casas do Congresso Nacional (incisos II e III).

Observando tão somente o dispositivo normativo constitucional, percebe-se que os órgãos de cúpula do Executivo e do Legislativo não *precisam* participar *ativamente* desse processo, mas sim *podem* dele participar, ao lado dos demais legitimados, em uma legitimação concorrente e disjuntiva.

Dando um passo adiante, ainda que comumente se fale em um exercício alegadamente abstrato da jurisdição constitucional, porque ausente um “caso concreto”, é preciso desde já superar a ideia de ausência de conflito no controle principal.

Dois pontos, com base nos próprios dispositivos normativos, evidenciam o que ora se afirma. *A uma*, a diferença manifesta entre “*apreciar a inconstitucionalidade, em tese*”, como aduz o art. 103, §3º, CRFB, e a ideia de *inexistência* de “*conflito constitucional*”. Ora, o próprio fato de se prever a possibilidade de impugnar uma norma, em princípio constitucionalmente válida, editada por outro ator constitucional – que em sua atividade também tem o dever de prestar contas à supremacia da Constituição –, revela no mínimo uma contenciosidade (i) entre o ator institucional que editou o dispositivo normativo de onde se entende emergir norma *inconstitucional* e (ii) o entendimento do legitimado a provocar a jurisdição da Corte.

e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

²⁹¹ A compreensão decorre dos pressupostos teóricos acolhidos e assentados no CAPÍTULO I, ITEM 2.3, e justifica, por exemplo, a razão de se pensarem em técnicas como a declaração parcial de nulidade sem redução do texto ou a interpretação conforme à Constituição.

Perceba-se: a Constituição deixa claro que o Supremo age provocado por legitimados específicos (art. 103, I a IX, CRFB), os quais, portanto, tem no mínimo um ônus argumentativo relevante para suscitar a atuação da jurisdição da Corte, *demonstrando* a inconstitucionalidade.

Não fosse o bastante, na sequência, ainda no art. 103, §3º, CRFB, revela-se ser necessária uma instrução *mínima* sobre as razões sobre a “constitucionalidade” da norma impugnada. Afinal, basta pensar aqui no papel especial atribuído ao Advogado-Geral da União pelo dispositivo, a quem, ao menos em princípio, atribuiu-se a missão de *defender* a constitucionalidade do dispositivo normativo impugnado (“*o ato ou texto impugnado*”). Por fim, previu-se a imposição de se ouvir o Procurador-Geral da República como fiscal da Constituição, para, somente então, a corte poder decidir (art. 103, §1º, CRFB).

Como se pode ver, assim como na competência para julgar recurso extraordinário – e diferente do que ocorre com as demais competências da corte – não há uma recondução direta e imediata *possível* à separação de poderes.

De forma mais clara, a previsão de um recurso extraordinário ao Supremo *não engloba o conteúdo do direito fundamental de ação na medida em que é possível que a corte negue o reconhecimento de repercussão geral às questões constitucionais nele discutidas*.

A previsão constitucional de ações, perante o Supremo Tribunal Federal, em que a *questão constitucional* é discutida como *pedido principal* (especialmente as ações de inconstitucionalidade e constitucionalidade) (i) não é uma decorrência necessária da supremacia da Constituição e (ii) não constitui conformação *necessária* da vinculação à separação de poderes.

Isso porque, por sua vez, (i) não revelam elemento definidor da função principal do Poder Judiciário, (ii) não representa um regime de controlabilidade mútua (o que é confirmado pela *possibilidade* de participação dos demais órgãos de cúpula como legitimados ativos no desempenho dessa função, não sua *obrigatoriedade*), e (iii) indicam uma concentração de tal poder no Supremo, dada a inexistência de instrumentos equivalentes para os demais poderes (*i.e.*: o Poder Executivo não pode deixar de aplicar norma jurídica válida *por a reputar inconstitucional*, da mesma forma que o Poder Legislativo não possui instrumento para extirpar norma jurídica válida *por a reputar inconstitucional*, senão a revogação da lei que tenha editado, pelo mesmo procedimento *democrático* que conduziu a sua aprovação; ambos os poderes, porém, *podem provocar* o STF, o qual não fica vinculado às *razões por eles*

apresentadas, podendo reputar a norma impugnada *em desconformidade com a Constituição*, ou não)²⁹².

3.3.3. A competência para *julgar* o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade

A CRFB estabelece no art. 102, I, *p*²⁹³, caber ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originalmente, o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. Assim como a previsão de ações de constitucionalidade perante um tribunal ou corte não é decorrência *natural* da supremacia da Constituição, a competência para julgar – e decidir – provisoriamente sobre inconstitucionalidade, não deflui diretamente da competência atribuída pela alínea *a* do art. 102, I, CRFB, de decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade. O dispositivo, portanto, é mais importante do que poderia parecer à primeira vista. O ponto decorre de dois elementos complementares.

Em primeiro lugar, vale tecer um paralelo com o Direito Processual Civil e o direito fundamental de ação *constitucionalizado*. Ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, tem-se uma referibilidade do *processo* ao *direito material* que a ele deve servir. Como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, aplicando a teoria da *técnica processual adequada à tutela dos direitos*, essa é uma conexão mais refinada, uma vez que “*é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las*”²⁹⁴. Ou seja, a questão aqui é olhar para as *necessidades de proteção* que são exigidas pelo direito material.

Assim ocorre porque tais normas de direito material “*não se limitam a atribuir ou a proclamar direitos, mas consideram as suas necessidades e afirmam as formas imprescindíveis à sua proteção*”. Em outras palavras, “*a atribuição de titularidade de um direito fica na dependência de que lhe seja garantida a disponibilidade de uma forma de tutela que seja*

²⁹² O Supremo dá a *última palavra* quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma jurídica, de forma vinculante, encerrando um específico *turno de fala* da *reconstrução de sentidos* ao Direito Constitucional, em uma determinada *rodada deliberativa*. Como explicitado no CAPÍTULO 1, ITEM 2.3, é possível a reação dos demais poderes e de toda a sociedade civil em um turno de fala subsequente, como se vê na teoria dos diálogos constitucionais. Isso, porém, não impede que se perceba a prevalência diacronicamente *temporária* da resposta dada pelo STF quanto ao conteúdo das normas constitucionais. A última palavra nada mais é do que uma “última palavra temporária”, como se pode esperar tanto como consequência de o Direito Constitucional ser vertido em linguagem natural, bem como da riqueza de uma sociedade democrática e plural.

²⁹³ CRFB, art. 102, I, *p*: “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”.

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil v. 1**: teoria do processo civil. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2023, *E-book*. Parte III, Item 5.4.

adequada à necessidade da sua proteção”²⁹⁵. A título de exemplo, decorre da *inviolabilidade constitucional* quanto ao direito à intimidade (art. 5º, X, CRFB), a necessidade de outorga de *tutela inibitória*, voltada contra o ilícito, e não puramente *ressarcitória*, voltada contra o dano, permitindo a estruturação de um processo que seja provido da *técnica* adequadas para a prestação da *tutela* exigida pela proclamação realizada pelo direito material. No caso, capaz de fazer valer a sua própria *inviolabilidade*. Sem a percepção da *tutela necessária* e a predisposição da técnica adequada, inclusive *antecipatória*, a inviolabilidade, diante de presença de “ameaça de sua lesão”, torna-se nada mais do que um discurso vazio.

Bem por isso, o direito fundamental de ação, o qual inclui, em nosso sistema jurídico, o controle de constitucionalidade difuso, ao proclamar constitucionalmente que a lei não pode excluir lesão ou ameaça de lesão a direito, engloba também a *ausência de lei*, ou seja, o controle da ausência de técnica processual *adequada* para a tutela necessária para outorgar a efetiva prestação da tutela exigida pelo direito material.

De outro lado, olhando para o Direito Processual Constitucional, não há um meio institucional *predisposto e necessário*, decorrente de forma direta da supremacia constitucional, para se exigir determinada forma de *tutela da Constituição*. Mais do que isso, o Direito Constitucional positivo não nos diz sobre a tutela necessária para fazer valer sua supremacia, nem tampouco sequer se ela será atribuída, institucionalmente, ao Poder Judiciário.

Dessa forma, a previsão positiva de que a proteção da Constituição é condizente com decisão *provisória* quanto à questão constitucional, é o que permite que se verifique a adequada estruturação da *técnica processual* adequada à sua implementação (a técnica *antecipatória* capaz de implicar, excepcionalmente, e a título de exemplo, a suspensão de eficácia da norma impugnada).

Em segundo lugar, a atribuição de competência ao Supremo estabelecida no art. 102, I, *p*, CRFB, é relevante pela razão singela decorrente do postulado geral de que não se pode interpretar a Constituição como se contivesse dispositivos inúteis.

Perceba-se, assim que ao atribuir STF a competência para prestar tutela provisória para proteção à normatividade constitucional, apesar de específica – e de não decorrer diretamente da previsão constitucional de ações, perante a corte, em que a *questão constitucional* seja discutida como *pedido principal* –, tal como a previsão positiva da existência dessas últimas, igualmente não consegue ser reconduzida na separação de poderes, como se demonstrou anteriormente (SUBITEM 3.3.2).

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil v. 1...** Idem, *ibidem*.

- 3.3.4. A competência para dirimir *omissão inconstitucional*: competência para julgar a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* e *mandado de injunção* quando a norma regulamentadora for atribuição dos órgãos de cúpula dos demais Poderes, do próprio Supremo Tribunal Federal ou de um dos Tribunais Superiores

Para além de a CRFB estabelecer no art. 102, I, *a*, o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, o art. 103, §2º²⁹⁶ não deixa dúvida quanto à possibilidade de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em razão de *omissão* de medida para tornar efetiva norma constitucional.

O dispositivo consigna, portanto, a necessidade de uma tutela (*a proteção do Direito Constitucional positivo não se satisfaz tão somente com a extirpação de atos comissivos reveladores de inconstitucionalidade, mas também não é condizente com a manutenção de atos omissivos inconstitucionais*) e, ao menos, *uma técnica processual* possível para suprimir a omissão normativa (“*dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias*”, ou determinar que assim o faça em 30 (trinta) dias, caso se trate de órgão administrativa).

De outro lado, a CRFB estabelece no art. 102, I, *q*²⁹⁷, caber ao Supremo processar e julgar, originalmente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for de órgãos *nacionais* (*i.e.*: Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União), ou, ainda, órgãos nacionais do próprio Poder Judiciário (*i.e.*: o STF ou qualquer dos Tribunais Superiores)²⁹⁸.

Recorde-se que, nos termos do art. 5º, LXXI, o mandado de injunção é previsto “*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. Em outras palavras, quando a *omissão inconstitucional* conduzir à indevida

²⁹⁶ CRFB, art. 103, §2º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

²⁹⁷ CRFB, art. 102, I, *q*: “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

²⁹⁸ O caráter *nacional* e não apenas federal pode ser visto a partir da contraposição dessa competência com a atribuição da competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar mandado de injunção “quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal” (art. 105, I, *h*, CRFB).

inviabilização de direito fundamental. O mandado de injunção, bem vistas as coisas, implicava desde logo permitir a tutela de um direito subjetivo àquele prejudicado.

Ambas as competências são tratadas conjuntamente, porém, por uma questão singela: não há como se pensar em omissão inconstitucional *individual*. Isso é, ainda que seja possível até mesmo cogitar de omissão inconstitucional *parcial* (e.g.: quando uma norma jurídica protege de forma insuficiente determinado direito fundamental ou exclui indevidamente, de seu âmbito de proteção, grupo que deveria ser por ela abarcado), como a omissão diz respeito à falta ou insuficiência de atos normativos (primários ou secundários, inclusive que dizem respeito à estruturação *administrativa* para a implementação do direito) que, por sua própria natureza, possuem *endereço* geral.

Assim, mesmo no mandado de injunção, em que a literalidade dos dispositivos normativos constitucionais revela existência de uma destinação à prestação de tutela jurisdicional capaz de outorgar o efetivo exercício do direito, tem-se, como passo necessário, o reconhecimento de *omissão* que, como se acabou de ver, possui *endereço*, como regra, para além de um só indivíduo. Até mesmo como corolário do direito fundamental à igualdade, reconhecida omissão que atinge a todos, vê-se aqui estar se diante de instrumento também vocacionado a proteger *todos* em igual situação²⁹⁹.

A jurisprudência do STF, tanto quanto ao mandado de injunção, quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revela uma história de *redenção* da potencialidade constitucional de ambos os instrumentos.

Conforme a síntese de Luiz Guilherme Marinoni³⁰⁰: (i) primeiro, entendeu-se que mesmo que o *writ* fosse autoaplicável, dizendo respeito a omissão parcial ou total, com possibilidade de o Supremo determinar a suspensão de processos, administrativos e judiciais pendentes, limitou-se a reconhecer que a única prestação possível seria declarar a inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência a quem deveria a suprir (MI nº 168 e 107 QO³⁰¹); (ii) depois, abrangeu-se a possibilidade de se fixar prazo razoável supressão da lacuna e, caso superado, assegurar ao prejudicado o direito à reparação por perdas e danos (MI

²⁹⁹ Reconhecendo o que ora se afirma, a própria lei regulamentadora do mandado de injunção (Lei nº 13.300/2016), muito obstante afirme que “decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora” (art. 9º), reconhece que “poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (art. 9º, §1º).

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. História do mandado de injunção no STF. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.052-1.260.

³⁰¹ STF, MI nº 168, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/04/1990 e STF, MI nº 107 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21/09/1990.

nº 283³⁰²); (iii) na sequência, previu-se possibilidade de, não cumprido o prazo fixado, desde logo assegurar a própria satisfação do direito pleiteado (MI nº 232³⁰³; o caso, porém, revelava supressão de omissão de índole mais singela, visto se tratar de discussão sobre *isenção* tributária); (iv) posteriormente, em caso envolvendo o *direito de greve dos servidores públicos*, estabeleceu-se a possibilidade de aplicação do diploma referente à greve no setor privado, registrando que deveria ser analisado caso a caso, pelo tribunal competente, especialmente considerando a essencialidade dos serviços (MI nº 670³⁰⁴); e (v) ainda diante do *direito de greve dos servidores públicos*, afirmou-se ser possível à corte editar, provisoriamente, a norma jurídica faltante *em substituição* à omissão (MI nº 712³⁰⁵).

Quanto à ADO também é possível perceber o mesmo caminho, isso é, de reconhecer que o tribunal não está preso à técnica processual prevista no art. 103, §2º, CRFB³⁰⁶. Para tanto, a jurisprudência da corte foi: (i) desde o reconhecimento de mora, com fixação de prazo para sua supressão por meio de lei, com estabelecimento de regime específico para a hipótese de não ser respeitado o prazo³⁰⁷; (ii) passando pelo reconhecimento de mora legislativa relacionada ao mandado constitucional de criminalização de práticas *homo transfóbicas*, sem prejuízo de desde logo, interpretativamente, as reconhecer como expressões de racismo, em sua dimensão social, com eficácia *vinculante* e efeitos erga omnes, e portanto, com adequação típica aos preceitos primários de criminalização definidos pela Lei nº 7.716/1989, com todas as suas consequências na ambiência penal³⁰⁸; e, até mesmo, (iii) não apenas reconhecer a mora, fixando prazo para a sua supressão, mas sim desde logo fixar o regime aplicável capaz de permitir o exercício concreto de direitos, como na hipótese da isenção de IPI para aquisição de automóveis por pessoas com deficiência auditiva³⁰⁹.

Como se vê, tanto no MI, quanto na ADO, seja em sua conformação no Direito Constitucional positivo, seja na compreensão da competência do Supremo pela própria corte ao longo do tempo, não se está diante de competência que seria diretamente reconduzível à separação de poderes, seja na dimensão de controle recíproco, seja da alocação das funções típicas a cada um dos poderes.

³⁰² STF, MI nº 283, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/03/1991.

³⁰³ STF, MI nº 232 Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02/08/1991.

³⁰⁴ STF, MI nº 670, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30/10/2008.

³⁰⁵ STF, MI nº 712, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/10/2008.

³⁰⁶ O que não significa que a corte não possa se utilizar dessa técnica, como se vê, por exemplo, em STF, ADO nº 67, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 28/06/2022.

³⁰⁷ STF, ADO nº 25, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/08/2017.

³⁰⁸ STF, ADO nº 26, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 05/10/2020.

³⁰⁹ STF, ADO nº 30, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 05/10/2020.

Em realidade, trata-se de hipótese excepcional, estruturada pelo Direito Constitucional *positivo* e sem significar decorrência necessária da supremacia da Constituição, em que órgão, inserido na estrutura do Poder Judiciário, efetivamente pode *substituir*, com endereço *geral*, ainda que temporariamente, a função normativa *principal* de outro órgão nacional.

3.3.5. A competência para julgar *arguição de descumprimento de preceito fundamental*

A CRFB estabelece no art. 102, §1º³¹⁰, caber ao Supremo Tribunal Federal apreciar, originalmente, a arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental, na forma da lei.

A própria atribuição de competência à corte revela que, se por um lado a Constituição confiou ao Poder Legislativo grande latitude para a construção processual do instrumento, de outro a expressão “preceito fundamental”, na única instância utilizada em todo o texto normativo, aponta para a relevância do *fundamento* da importância de se instituir instrumento apto a sanear o seu *descumprimento*.

Por outro lado, a jurisprudência do STF anterior à Lei nº 9.882/1999 se firmou no sentido da não autoaplicabilidade do dispositivo, consignando que “*enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada*”, tem-se que “*o S.T.F. não pode apreciá-la*”, “*até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, "caput"). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse*”³¹¹.

De todo modo, apesar da maior escassez de densidade normativa do dispositivo de atribuição de competência, é certo que nem toda norma constitucional será preceito fundamental, bem como que sua violação pressuposta pelo texto normativo é apontada como grave, a justificar a outorga de competência originária ao STF.

Destaque-se que recentemente o Supremo julgou a ADI nº 2.231, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, que impugnava inúmeros dispositivos da Lei nº 9.882/1999, editada com fundamento no art. 102, 1º, CRFB³¹². Na ocasião o voto condutor consignou que “*o constituinte*

³¹⁰ CRFB, art. 102, I, *q*: “o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

³¹¹ STF, Pet nº 1140 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31/05/1996.

³¹² Vale destacar que não obstante a ADPF tenha sido de um relevante conjunto de decisões nos últimos anos, especialmente em matéria de litígios estruturais (*e.g.* a ADPF nº 347, que versa sobre o sistema prisional brasileiro, a ADPF nº 635, que versa sobre a letalidade policial nas favelas do Rio de Janeiro, ou mesmo a ADPF nº 709, que buscou endereçar a proteção ao direito à saúde dos povos indígenas isolados e de recente contato, especialmente

*originário fez expressa opção por remeter a definição dos contornos processuais e materiais da ADPF à legislação infraconstitucional”, conferindo “ampla margem de discricionariedade ao legislador ordinário para a regulamentação do novo mecanismo do sistema de controle de constitucionalidade, inclusive quanto ao seu objeto e hipóteses de cabimento”*³¹³.

Nessa dimensão, ressaltai claro que a competência não se justifica ordinariamente na separação de poderes, pelas mesmas razões e fundamentos que, demonstrou-se acima, revelam não poderem ser reconduzidas *quaisquer* das demais ações em que a questão constitucional emerge como objeto principal do processo. A conclusão deve ser igualmente aplicável a ação que busca a tutela mais restrita da Constituição, porém de seus elementos mais *fundamentais*, os preceitos fundamentais a que alude o dispositivo.

3.3.6. A competência para aprovar *súmula vinculante*

A CRFB estabelece no art. 103-A³¹⁴, caber ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar *súmula vinculante*, que terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. O dispositivo ainda assegura o cabimento de reclamação para anular ato administrativo ou cassar decisão judicial que contrarie ou aplique indevidamente a *súmula vinculante*.

Como se pode perceber, a competência para a Corte editar *súmulas vinculantes*, por sua própria conformação básica constitucional, tem um endereço distinto da conformação na separação de poderes, quer se olhe na dimensão de controle recíproco entre os poderes, quer

diante da pandemia da Covid-19), para os fins da análise da competência *constitucional* da Corte, que é dotada de grande abertura para a conformação do instrumento pelo legislador infraconstitucional, buscou-se enfocar os julgados que reconhecem tal abertura de conformação.

³¹³ STF, ADI nº 2231, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJ 14/06/2023.

³¹⁴ CRFB, art. 103-A: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar *súmula* que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. §1º A *súmula* terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de *súmula* poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a *súmula* aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da *súmula*, conforme o caso”.

alocação das funções típicas a cada um dos poderes. Para além disso, nos dá um importante sinal de constituir hipótese de *fechamento sistêmico* para a *função de guarda da Constituição*.

Perceba-se, afinal, que o dispositivo aponta para a coexistência de mais de uma *função* na Corte, ao aduzir à possibilidade de o tribunal, apesar da existência de suas competências *recursal extraordinária* e para as ações principais, ambas dotadas de necessário *endereço geral*, e, no caso destas últimas, *expressa* eficácia contra todos e efeito vinculante, ainda assim ser chamado a proferir “*reiteradas decisões sobre matéria constitucional*”.

Nem poderia ser diferente: basta aqui pensar nas inúmeras outras competências originárias, cíveis e criminais, das quais se pode colher o exemplo da necessidade de *interpretação de acordo com à Constituição* no âmbito da jurisdição criminal, especialmente por meio de outras competências originárias, como, por exemplo, no julgamento de *habeas corpus*.

Caso essas reiteradas decisões revelem “*controvérsia atual entre órgãos judiciários*” (ou entre órgãos judiciários e administração pública), controvérsia esta *adjetivada* pela marca potencial produção de “*grave insegurança jurídica*” e “*relevante multiplicação de processos*” sobre a mesma questão constitucional (“*questão idêntica*”), tem-se o espaço adequado para implementar solução com *endereço geral*, tal como nas competências vinculadas à função de guarda da Constituição.

3.4. Reivindicação crítico-descritiva da tese: o sentido técnico-processual *estrito* de guardar a Constituição e a abertura para o Supremo Processo Constitucional

Da leitura crítico-descritiva do texto normativo da Constituição, vimos que a atribuição de competência ao Supremo para, *precipualemente*, *guardá-la*, nos termos do *caput* do art. 102, CRFB, não foi um reforço retórico ou irrelevante, mas sim uma definição expressa de função a ser desempenhada pela corte.

O dispositivo ainda fez uso de uma fórmula linguística que coloca a função de *guarda* não apenas em evidência, mas em posição de proeminência face às demais funções a ser constitucionalmente desempenhadas pelo tribunal.

A função de guarda da Constituição, ainda, é específica e se diferencia do sentido lato de zelar, guardar, proteger, observar, cumprir e fazer cumprir a normatividade constitucional, atribuída a todos, como decorrência da supremacia da Constituição.

Os contornos de seu sentido *estrito*, por sua vez, podem ser revelados pela análise da íntegra do plexo de competências outorgadas ao tribunal, do mesmo modo como se procede em nossa ordem constitucional para *extrair* o conteúdo das funções *precipuas* dos Poderes

Executivo (Chefia de Estado e Chefia de Governo) e Legislativo (Funções Legislativa e Fiscalizatória).

As competências outorgadas ao Poder Judiciário, e, mais especificamente, ao Supremo, tiveram majoritariamente como sua razão de ser, ou seja, sua justificativa constitucional, a *função concretizadora do desenho de separação de poderes* brasileiro.

Em outras palavras, pela depuração analítica dos dispositivos normativos em sua interface constitucional positiva, aliada à interpretação a eles atribuída pela própria corte desde 1988, identificou-se um fio condutor comum às competências *criminais originárias*³¹⁵, às competências *criminais recursais ordinárias*³¹⁶, às competências *cíveis originárias*³¹⁷, às competências *cíveis recursais ordinárias*³¹⁸, à competência de *autopreservação do próprio STF*³¹⁹ e, por fim, à *competência para julgar representação interventiva*³²⁰, que se reconduz a três elementos da *separação de poderes*: (i) a boa estruturação do próprio Poder Judiciário, evitando contradições *intrassistêmicas* capazes de impedir o desempenho de adequado de sua função de bem equacionar conflitos; (ii) a *mútua controlabilidade* em um sistema de freios e contrapesos, por meio de poderes harmônicos e partícipes co-iguais em um mesmo empreendimento comum; e (iii) o *compartilhamento* decisional entre a *cúpula dos poderes de Estado* diante de situações que pudessem gerar relevante instabilidade.

³¹⁵ A competência criminal comum de altas autoridades da República, da cúpula dos demais poderes, da cúpula de órgãos de controle e do próprio Poder Judiciário (SUBITEM 3.2.1.1), a competência para julgamento de crimes de responsabilidade (SUBITEM 3.2.1.2), a competência para julgamento de *habeas corpus* (Subitem 3.2.1.3), a competência para julgamento de extradição solicitada por Estado estrangeiro (SUBITEM 3.2.1.4), a competência para julgamento da revisão criminal de seus julgados e para a execução de sentença criminal nas causas de sua competência originária (SUBITEM 3.2.1.5).

³¹⁶ A competência para julgamento de recurso ordinário em *habeas corpus*, decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (Subitem 3.2.2.1) e a competência para julgamento de recurso ordinário de crime político (SUBITEM 3.2.2.2).

³¹⁷ A competência para julgamento de mandado de segurança e *habeas data* (SUBITEM 3.2.3.1), a competência para julgamento entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e União (ou Território), Estados e Distrito Federal (SUBITEM 3.2.3.2), a competência para julgamento de causas e conflitos federativos (União vs. Estado(s), União vs. Distrito Federal, Estado(s)/Distrito Federal vs. Estado(s)/Distrito Federal) (SUBITEM 3.2.3.3), a competência para julgamento das ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (SUBITEM 3.2.3.4), as competências de preservação intrassistêmica do Poder Judiciário (SUBITEM 3.2.3.5), a competência para julgamento da ação rescisória de seus julgados e para a execução de sentença cível nas causas de sua competência originária (SUBITEM 3.2.3.6).

³¹⁸ A competência cível recursal ordinária: competência para julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (SUBITEM 3.2.4).

³¹⁹ A competência de autopreservação do STF: a reclamação para preservação de suas competências e para garantir a autoridade de suas decisões e de súmulas vinculantes (Subitem 3.2.5).

³²⁰ A competência para julgar a representação interventiva (SUBITEM 3.2.6), a qual também é, em sentido lato, uma atribuição *cível* da corte.

De outro lado, nesse percurso apareceram 6 (seis) competências da corte não encaixáveis no mesmo quebra-cabeças que forma o desenho concreto de nossa separação de poderes.

Como se viu analiticamente, são elas: (i) a competência recursal extraordinária para julgamento de recurso extraordinário proveniente de caso com questão constitucional dotada de repercussão geral; (ii) a competência para julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (iii) a competência para julgar o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade; (iv) a competência para dirimir omissão inconstitucional, que se dá tanto por ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quanto por mandado de injunção; (v) a competência para julgar arguição de descumprimento de preceito fundamental; e (vi) a competência para aprovar súmula vinculante.

Por exclusão, portanto, já é possível identificar esses 6 (seis) componentes *competenciais* do Supremo com a função de *guardar a Constituição* enunciada pelo *caput* do art. 102, CRFB.

O ponto já é suficiente para apontarmos, por exclusão, o sentido *positivo, estrito e eminentemente processual* de *guardar a Constituição*. De modo direto e objetivo: *a guarda da Constituição* a que se atribuiu como a *principal função do Supremo* não apenas se dá por meio do exercício dessas competências, mas *é* o exercício dessas competências.

Pela sua análise específica como fizemos acima, no entanto, é possível dar um passo a mais e sofisticado, capaz de revelar elementos *essenciais* de seu *conteúdo*. Isso é, em perspectiva crítico-descritiva, podemos destacar *a guarda da Constituição* como endereço normativo da *ação constitucional única*, dotada de assento normativo no próprio (art. 102, *caput*, CRFB), e confiada ao Supremo, a qual não se confunde com o *direito fundamental de ação* (art. 5º, XXXV, CRFB), ainda que com ele tenha importante *ponto de interface*³²¹.

Da análise das competências de onde ela *deflui*, pode-se ver que a *ação constitucional* que conduz à *guarda da Constituição pelo Supremo*, revela quatro elementos importantes quanto ao seu conteúdo: (a) comporta tanto hipóteses de *legitimidade universal* quanto *especial*

³²¹ Afinal, se o direito fundamental de ação não engloba o direito a uma decisão de mérito do STF no âmbito do recurso extraordinário (art. 102, §3º, CRFB), fato é que, por meio da interposição do recurso extraordinário é possível provocar o Supremo a exercer a guarda da Constituição em sentido estrito, nos termos do *caput* do art. 102, CRFB). E, ao decidir *decidir*, o Supremo *exerce* essa função, com endereço *geral*, a partir do caso (*causa decidida*), o *re julgando*.

para a sua *provocação fundamentada*, não podendo ser exercitada de ofício³²²; (b) necessita de *debate em contraditório* sobre a *questão constitucional* (em toda a sua imbricação fático-constitucional); (c) pode se voltar contra *atos ou omissões* inconstitucionais, inclusive por meio de decisões *provisórias*; e (d) necessariamente tem sempre endereço decisional *geral*. Senão vejamos.

Pode ser (a) *provocada*: (i) universalmente, (i.1) por todos os prejudicados por toda e qualquer *causa decidida* apta a *gerar questão constitucional* enquadrável nas alíneas do art. 102, III, CRFB³²³, e (i.2) por todos que sejam indevidamente atingidos por *omissão inconstitucional* dos órgãos nacionais de cúpula de poder implicadora de indevida inviabilização de direito fundamental; e (ii) pelos legitimados especiais do art. 103, CRFB.

Seu (b) exercício em *contraditório* (ii) decorre não só de poder surgir de *causas decididas* e de toda a potencial multipolaridade de posições jurídicas a elas inerentes (a que a Constituição não estabelece qualquer limitação), mas também do desenho procedimental mínimo estabelecido pelo art. 103, e seus §§1º e 3º, CRFB (existência de legitimado que deve postular fundamentadamente, defesa do ato impugnado pelo Advogado-Geral da União, parecer do Procurador-Geral da República).

Poder se voltar (c) contra omissão inconstitucional, por sua vez, decorre diretamente dos dispositivos que previram o cabimento de mandado de injunção e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por fim, seu endereço decisional é sempre *geral* (d), como decorrência lógica de a resolução das *questões constitucionais* provenientes de recurso extraordinário *exigirem o reconhecimento prévio de sua repercussão geral*, as decisões de constitucionalidade e inconstitucionalidade por meio de ADI e ADC terem *eficácia contra todos e efeitos vinculantes*, bem como a proteção a preceitos fundamentais e a sanção de omissões inconstitucionais *nunca* refletirem uma pretensão individual.

Em síntese, a função de *guarda da Constituição* conduz a sentido positivo, estrito e processual, que nada mais é do que o *conteúdo do direito abstrato de uma ação constitucional voltada à proteção da Constituição*, atribuído com exclusividade e explicitamente como a *principal função* do Supremo Tribunal Federal.

³²² Destaque-se não se excluir, do próprio STF, em qualquer de suas competências originárias, o controle difuso de constitucionalidade. O seu fundamento positivo e normativo, porém, não é o art. 102, III, mas sim o próprio art. 97, CRFB, como adiantado.

³²³ Com possibilidade, porém, de o STF reputá-la *não relevante, não transcendente, ou não relevante e não transcendente*, indicando que o endereço adequado para o equacionamento desse conflito constitucional se satisfaz com o exercício do *direito fundamental de ação* e o controle difuso.

A sua conformação mínima revela não poder ser exercitada de ofício, exigir *debate em contraditório* sobre a *questão constitucional*, podendo se voltar contra *atos ou omissões* inconstitucionais, inclusive por meio de decisões *provisórias*, tendo necessariamente como destinatário de seu produto *toda a coletividade*.

Do reconhecimento da *especificidade* da *ação constitucional para a guarda da Constituição* pelo Supremo, em sua reconstrução *crítico-descritiva*, com assento no Direito Constitucional positivo, vê-se a possibilidade e a necessidade de *reconstrução* do módulo processual adequado para o seu desempenho pelo Supremo Tribunal Federal.

Do estabelecimento do sentido *estrito* da *guarda da Constituição* emerge, necessariamente, o Supremo Processo Constitucional, e o convite para a construção, agora *prescritiva*, de seu adequado módulo processual.

4. CONCLUSÕES

De forma direta e objetiva, as teses propostas podem ser sintetizadas nos seguintes itens:

1. É possível adotar metodologia crítico-descritiva de abordagem do texto normativo da Constituição, a partir da qual se revela que a competência ao Supremo para, *precipualemente, guardá-la*, nos termos do *caput* do art. 102 da CRFB, significa uma expressa atribuição de função a ser desempenhada pela corte;
2. Essa função é específica e se diferencia do sentido lato de zelar, guardar, proteger, observar, cumprir e fazer cumprir a normatividade constitucional, atribuída a todos, como decorrência da supremacia da Constituição;
3. Os contornos de seu sentido estrito são revelados pela análise da íntegra do plexo de competências outorgadas ao tribunal;
4. Parte substancial das competências outorgadas ao Poder Judiciário, e, mais especificamente, ao Supremo, tem majoritariamente como razão de ser, a *função concretizadora do desenho de separação de poderes* brasileiro;
5. As competências que não se adéquam a esse modelo justificatório, por exclusão revelam sua vinculação à *função de guarda da Constituição*, em sentido *positivo, estrito e eminentemente processual*;
6. A *guarda da Constituição* é o endereço normativo da *ação constitucional única*, dotada de assento normativo no próprio (art. 102, *caput*, CRFB), e confiada ao Supremo, a qual não se confunde com o *direito fundamental de ação* (art. 5º, XXXV, CRFB), ainda que com ele tenha importante *ponto de interface*;
7. A função de *guarda da Constituição* conduz a sentido positivo, estrito e processual, que nada mais é do que o *conteúdo do direito abstrato de uma ação constitucional voltada à proteção da Constituição*, atribuído com exclusividade e explicitamente como a *principal função* do Supremo Tribunal Federal;
8. A sua conformação mínima revela não poder ser exercitada de ofício, admitindo hipóteses de legitimação *universal e especial*, exigir *debate em contraditório* sobre a *questão constitucional* a ser debatida, podendo se voltar contra *atos ou omissões* inconstitucionais, inclusive por meio de decisões *provisórias*, tendo necessariamente o produto de seu exercício como destinatário final *toda a coletividade*;
9. Do reconhecimento da *especificidade* dessa *ação constitucional* abre-se espaço para *reconstruir* seu módulo processual adequado, o *Supremo Processo Constitucional*.

PÓS-ESCRITO: A PESQUISA, O PESQUISADOR E O OBJETO DE ESTUDO

Há uma pré-história de toda tese. Essa narrativa específica, como se pode imaginar, está mais intimamente ligada ao percurso e vivências da pesquisadora ou do pesquisador. Nos agradecimentos falei de um convite à bisbilhotagem legítima e bem-intencionada sobre a vida que permeia o trabalho acadêmico e que vai para além dele. Neste pós-escrito tomo a liberdade de explorar um pouco mais esse convite, falando um pouco daquilo que une a pesquisa, o pesquisador e o seu objeto de investigação.

Mudei-me para o planalto central há quase uma década para servir no Supremo Tribunal Federal. Minha carreira profissional teve início no Paraná, na academia e nas demais profissões jurídicas (advocacia e assessorias no Poder Judiciário), sempre tendo como norte a atuação e diálogo direto com a corte e seus vários papéis. A mudança geográfica foi, antes de tudo, uma nova camada de aproximação.

Como não poderia deixar de ser, Brasília tornou-se para mim uma cidade ainda mais apaixonante, por estar recheada de histórias e símbolos que permeiam o nosso constitucionalismo. Em seu emaranhado de significados, vivemos diariamente o fato de as pranchetas de Oscar Niemeyer e de Lúcio Costa terem desenhado a Praça dos Três Poderes no ápice do Eixo Monumental do Brasil.

Para além de todas as funções geopolíticas e históricas da capital, por meio das linhas flutuantes do arquiteto e das distâncias exatas do urbanista, vi ser exaltada no *concreto* não apenas a harmonia e igual dignidade de Executivo, Legislativo e Judiciário, mas algo paradoxalmente mais palpável e sacro.

Um povo que, na poesia e no sangue de sua Constituição, enxerga o seu potencial e futuro em um equilíbrio dinâmico, fazendo-o vivo no dia a dia da existência democrática. A brisa leve do Lago Paranoá contrasta com o cerrado seco, testemunho da engenhosidade do nosso povo.

Aqui se vê muito concreto, vidros, esquadrias, quadros. Foi nessa *superquadra* histórica da Nova República em que o povo voltou a entrar pela porta das frentes dos palácios do poder, sendo a um só tempo anfitrião e convidado constante ao diálogo, debates e embates inerentes à composição de divergências.

O lirismo brasiliense, com suas contradições, foi a realidade que vivenciei mais de perto desde minha mudança. E na nova prancheta da política democrática, um fato cultural, jurídico e político relevante: a Constituição de 1988 alçou textualmente ao Supremo Tribunal Federal, *precipualemente*, à guarda da Constituição.

Em 8 de janeiro de 2023, longe do equilíbrio poético dos esquadros, todos nós testemunhamos atípicos e violentos golpes de ódio e destruição. Uma parcela do povo, minoritária e enebriada pela mistura explosiva do flerte discursivo antirrepublicano, buscou destruir os edifícios do Planalto, Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, em uma pulsão de ódio semeada na alta octanagem da política de *conflito*.

Sintomaticamente, atacou-se com ainda mais virulência o STF e o seu plenário amarelo, central para democracia como a cor da bandeira nacional para a nossa nação, e cuja função principal é a de proteger, preservar, zelar a Constituição.

Após menos de vinte e quatro dias, em 1º de fevereiro de 2023, deu-se início ao novo ano judiciário, em um STF *reconstruído*, mas ainda assim com algumas das cicatrizes da barbárie à mostra. Deliberadamente à mostra, em celebração da beleza da resiliência da democracia e das instituições, contra aquilo que tentou ser subvertido pela força, em tenebrosa e *inconstitucional* transação. Os alicerces continuaram fortes. A democracia, inabalada³²⁴.

As ideias dos últimos parágrafos foram pensadas e escritas, com pequenas adaptações, no calor da emoção dos primeiros meses de 2023. É impossível passar ileso, como cidadão, pelo janeiro de 2023. Mais ainda quando nossa atuação sobre a corte, da qual esta pesquisa é fruto, e *na corte*, nos enlaces que me trouxeram à Brasília e aqui fizeram meu lar e minhas raízes, constitui parte substancial da nossa existência enquanto povo.

Como se viu, *da realidade à teoria, com novo retorno à realidade*, o Supremo está em perene processo de *tensão e reconstruções*, simbólicas, teórico-dogmáticas e até mesmo *físicas*, assim como as demais instituições democráticas e os órgãos de cúpula dos poderes.

Escrever sobre a corte, em especial o processo que rege o seu funcionamento como *guardiã da Constituição*, foi também, em perspectiva pessoal, tema complexo, mas de fácil escolha.

Isso porque confio no *processo*, e tenho a esperança de que, também por meio dele, possamos coletivamente sempre responder ao chamado da Constituição de redimir as suas promessas em realizações concretas, nas mãos de um povo que não pode deixar jamais de ser o arquiteto de sua própria história.

³²⁴ A campanha Democracia Inabalada foi criada pelo Supremo Tribunal Federal em resposta aos atos de 8 de janeiro de 2023, exibindo vídeos na TV Justiça e demais emissoras e *sites* na internet, postagens nos perfis de redes sociais oficiais do Tribunal etc., “(...) para que ele [o 8 de janeiro] nunca seja esquecido e nem se repita”, destacando “(...) que a democracia e a Suprema Corte saem fortalecidas desses acontecimentos”. Assessoria de Comunicação do Supremo Tribunal Federal. **Democracia inabalada**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=campanha&pagina=democracia_inabalada. Acesso em 03 mar. 2023.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS, CAPÍTULOS DE LIVRO, ARTIGOS E MATERIAIS DISPONÍVEIS ONLINE:

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

BARROSO, Luís Roberto, Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2.171-2.228.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BERLIN, Isaiah. **The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy's view of history**. Chicago: Ivan R. Dee Inc., 1993.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

BRASIL. Assessoria de Comunicação do Supremo Tribunal Federal. **Democracia inabalada**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=campanha&pagina=democracia_inabalada. Acesso em: 03 de mar. 2023.

BUENO, Matheus de Andrade. Habeas corpus de ofício: possibilidades e limites. In: PERINA; Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera, SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS Vinicius Gomes de. **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2023, Capítulo 3.3.

CALABRESI, Steven Gow; OWENS, Jasmine M.; SILVERMAN, Bradley G. **The history and growth of judicial review volume 1: the G-20 common law countries and Israel**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

CALABRESI, Steven Gow; OWENS, Jasmine M.; SILVERMAN, Bradley G. **The history and growth of judicial review volume 2: the G-20 civil law countries**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques, O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 56, n. 221, jan./mar. 2019, p. 247-270.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. **Marbury versus Madison: uma leitura crítica**. Curitiba: Juruá, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Corte constitucional e diálogos institucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W. **Processo Constitucional: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2021, Capítulo 8.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual Civil: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI; Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (Ed.). **Philosophical foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

FACHIN, Luiz Edson; KRASSUSKI, Luiz, Repercussão geral do recurso extraordinário: dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional, **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, V. 7, No. 1, p. 227-252, jan./jun. 2018.

FISHKIN, James S. **Democracy when the people are thinking: revitalizing our politics through public deliberation**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Forum, 2017.

KAGAN, Robert; KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon. New judicial roles in governance. In: DALANEY, Erin F; DIXON, Rosalind (Ed.). **Comparative Judicial Review (Research Handbooks in Comparative Constitutional Law)**. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 2018. p. 142-163.

KAVANAGH, Aileen. The constitutional separation of powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (Ed.). **Philosophical foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 221-239.

KRASSUSKI, Luiz. Direito Processual Constitucional e racionalidade: raciocínio jurídico, interpretação e alguns aportes teóricos conclusivos a partir de Jerzy Wróblewski. In: RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; MARINHO, Daniel Octávio Silva (Org.). **Interpretação e processo constitucional: estudos sobre a efetivação contemporânea de direitos fundamentais**. Londrina: Thoth, 2022, p. 363-379.

KRASSUSKI, Luiz. Interpretação conforme e interpretação de acordo com a Constituição: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. In: **I Congresso internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política (2015). O funcionamento da corte constitucional**: A interpretação constitucional, as práticas argumentativas, a Teoria do Direito e o comportamento judicial. Belo Horizonte: InitiaVia, 2014. v. 2. p. 156-170.

KRASSUSKI, Luiz. **Justificação dos precedentes**: direito como planejamento, poder judiciário e motivação a partir do precedente. 2015, 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

KRASSUSKI, Luiz. Poder Judiciário e o fundamento democrático para os precedentes: ferramenta necessária para a operação dialógica na democracia constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2017, p. 1.117-1.131.

KRASSUSKI, Luiz. Relevância da questão federal: o problema da solução prematura de divergências interpretativas e algumas sugestões para a regulamentação/operação do instituto In: MARQUES, Mauro Campbell; FUGA, Bruno Augusto Sampaio; TESOLIN, Fabiano; LEMOS, Vinícius (Coord.) **Relevância da questão federal no recurso especial**. Londrina: Thoth, 2023, p. 367-377.

LAFONT, Cristina. Philosophical foundations of judicial review. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (Ed.). **Philosophical foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 265-280.

LESSIG, Lawrence. **Fidelity and constraint**: how the Supreme Court has read the American Constitution. Nova York: Oxford University Press, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. História do mandado de injunção no STF. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.052-1.260.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 793-794.

MARINONI, Luiz Guilherme. A interpretação conforme diante do controle difuso de constitucionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W. **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2021, Capítulo 24.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W. **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2019.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: RT, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil V.1: teoria do Processo Civil**. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O *habeas corpus* como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro, In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W. **Processo Constitucional: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2021, *E-book*, Capítulo 42.
- MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional: do controle ao processo, dos modelos ao sistema**. São Paulo: RT, 2021.
- MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2022.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2023.
- MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2023.
- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PACHECO, José da Silva. A 'reclamação' no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 646, a 78, p. 19-30, ago. 1989.
- PERINA; Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madera, SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS Vinicius Gomes de. **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2023.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Beyond Europe and the United States: the wide world of judicial review. In: DALANEY, Erin F; DIXON, Rosalind (Ed.). **Comparative judicial review (Research Handbooks in Comparative Constitutional Law)**. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 2018. p. 318-336.

SORRENTI, Giusi. La Costituzione "Sottintesa". In: **Corte Costituzionale, Giudici Comuni e Interpretazioni Adeguatrici**: Atti del Seminario Svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 Novembre 2009. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 3-96.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos, Justiça constitucional e suas funções, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 171, jul./set 2006, p. 19-47.

TUSHNET, Mark (Org.). **I Dissent**: great opposing opinions in landmark Supreme Court cases. Boston: Beacon Press, 2008.

WHITMAN, Walt. **Song of Myself**: with a complete commentary. Introduction and commentary by Ed Folsom and Christopher Merrill. Iowa City: University of Iowa Press, 2016.

ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

DECISÕES JUDICIAIS (ORGANIZADAS POR ANTIGUIDADE DE PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA):

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 168**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 21/03/1990 (DJ 20/04/1990).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107 Questão de Ordem**, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 23/11/1989 (DJ 21/09/1990).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Jurisdição nº 6978 Questão de Ordem**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15/05/1991 (DJ 14/06/1991).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 283**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 20/03/1991 (DJ 14/11/1991).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 232**, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 02/08/1991 (DJ 27/03/1992).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 383**. Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 11/06/1992 (DJ 21/5/1993).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Queixa Crime nº 427 Questão de Ordem**, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 14/03/1990 (DJ 15/10/1993).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 1140 Agravo Regimental**, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 02/05/1996 (DJ 31/05/1996).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **Conflito de Competência nº 7.094 Questão de Ordem**, Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/2000 (DJ 04/05/2001).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 687 Questão de Ordem**, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 25/08/1999 (DJ 09/11/2001).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Crime nº 1468 Segundo**, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 23/03/2000 (DJ 16/08/2002).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 1954**, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 11/09/2002 (DJ 01/08/2003).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária nº 555 Questão de Ordem**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 04/08/2005 (DJ 16/09/2005).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 Medida Cautela**. Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 16/02/2005 (DJ 01/09/2006).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367**, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 13/04/2005 (DJ 22/09/2006).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15/09/2005 (DJ 19/12/2006).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2138**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/06/2007 (DJ 17/04/2008).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007 (DJ 30/10/2008).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712**, Relator Ministro EROS GRAU, julgado em 25/10/2007 (DJ 30/10/2008).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 30/04/2009 (DJ 05/11/2009).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 1202 Embargos de Declaração**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 19/10/2011 (DJ 10/11/2011).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 1085 Petição Avulsa**, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 08/06/2011 (DJ 02/04/2013).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4374**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013 (DJ 03/09/2013).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1814 Questão de Ordem**, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 24/09/2014 (DJ 02/12/2014).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência nº 7706 Segundo Agravo Regimental-Terceiros Embargos de Declaração**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 12/03/2015 (DJ 17/04/2015).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ação Originária nº 1615 Cumprimento de Sentença-Agravo Regimental-Embargos de Declaração**, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28/04/2015 (DJ 12/05/2015).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Crime nº 1472**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 25/05/2016 (DJ 10/10/2016).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Petição nº 6076 Questão de Ordem**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 25/04/2017 (DJ 25/05/2017).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 130287 Agravo Regimental**, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 19/06/2017 (DJ 28/06/2017).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 30/11/2016, (DJ 17/08/2017).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência nº 7.972 Agravo Regimental**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 21/08/2017 (DJ 25/08/2017).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Crime nº 1473**, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 14/11/2017 (DJ 15/12/2017).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4483 Questão de Ordem**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 21/09/2017 (DJ 12/06/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3240 Agravo Regimental**, Relator Ministro Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10/05/2018 (DJ 21/08/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402 Medida Cautelar-Referendo**, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 07/12/2016 (DJ 28/08/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Inquérito nº 4703 Questão de Ordem**, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 12/06/2018 (DJ 28/09/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1223589 Repercussão Geral**, Rel. Min. Marco Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 27/05/2021 (DJ 28/09/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ação Cível Originária nº 1701 Agravo Regimental**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 19/11/2018 (DJ 26/11/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937 Questão de Ordem**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018 (DJ 10/12/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937 Questão de Ordem**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 03/05/2018 (DJ 10/12/2018).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5540**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 03/05/2017 (DJ 27/03/2019).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ação Originária nº 2378 Agravo Regimental**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 25/06/2019 (DJ 29/08/2019).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 2489 Agravo Regimental**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 29/06/2020 (DJ 12/08/2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13/06/2019 (DJ 05/10/2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 30**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 24/08/2020 (DJ 05/10/2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária nº 843**, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 08/06/2020 (DJ 03/11/2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4887**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 11/11/2020 (DJ 24/11/2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 1582 Agravo Regimental**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 04/11/2020 (DJ 03/02/2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4412**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18/11/2020 (DJ 12/03/2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9401 Agravo Regimental**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 17/05/2021 (DJ 05/07/2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9189**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 12/05/2021 (DJ 05/07/2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 201671 Agravo Regimental**, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 05/09/2021 (DJ 09/09/2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Reclamação nº 45682**, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 14/03/2022 (DJ 07/04/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária nº 3435 Agravo Regimental**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 09/05/2022 (DJ 13/05/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 208000 Agravo Regimental**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 03/05/2022 (DJ 18/05/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 208000 Agravo Regimental**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 03/05/2022 (DJ 18/05/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 214793 Agravo Regimental**, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 06/06/2022 (DJ 07/06/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 67**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 06/06/2022 (DJ 28/06/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 213550 Agravo Regimental**, Relator Ministro André Mendonça, julgado em 08/08/2022 (DJ 31/08/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 1626**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10/10/2022 (DJ 13/10/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ação Originária nº 1800 Agravo Regimental**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 18/10/2022 (DJ 19/10/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária nº 2481 Embargos de Declaração-Agravo Regimental**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 28/11/2022 (DJ 07/12/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Ação Originária nº 2546 Agravo Regimental**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 10/11/2022 (DJ 07/12/2022).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária nº 787 Agravo Regimental**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 17/12/2022 (DJ 30/01/2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Ação Cível Originária nº 3228 Agravo Regimental**, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 03/11/2022 (DJ 16/02/2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 29303**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 06/03/2023 (DJ 09/05/2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 214566 Agravo Regimental**, Relator Ministro André Mendonça, julgado em 15/05/2023 (DJ 23/05/2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Reclamação nº 58048 Agravo Regimental**, Relator Ministro André Mendonça, julgado em 18/04/2023 (DJ 14/06/2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2231**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 22/05/2023 (DJ 14/06/2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Ação Originária nº 2368**, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 13/06/2023 (DJ 21/06/2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4921 Recebimento de Denúncia-noningentésimo sexagésimo oitavo**, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 12/06/2023 (DJ 03/07/2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5492**, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 25/04/2023 (DJ 09/08/2023).