

NOVAS TENDÊNCIAS ACERCA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luciana Nogueira Nóbrega

Resumo: Nos últimos anos, temos observado, no Brasil, algumas modificações legislativas e jurisprudenciais que apontam para uma tendência de equipar, aos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, as decisões sobre (in)constitucionalidade de leis e atos normativos em sede de controle difuso. Tal tendência vem sendo denominada pela doutrina de “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade. O objetivo do presente estudo é analisar as alterações que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem provocando em matéria de controle difuso de constitucionalidade, contribuindo para um processo de objetivação do controle concreto. Para tanto, utilizamos a pesquisa bibliográfica e documental, comparando os dados coletados com recentes decisões do STF. Constatou-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal têm apontado para uma diminuição das diferenças entre o controle concreto e o abstrato, o que, em verdade, implica em uma concentração de poderes nas mãos da Corte Máxima. Nesse sentido, faz-se necessário pensar em mecanismos para tornar o controle de constitucionalidade mais democrático, com a participação constante da sociedade civil.

Palavras-Chave: Controle de constitucionalidade – Supremo Tribunal Federal – Democracia

ABOUT NEW TRENDS OF CONSTITUTIONAL

CONTROL IN JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Abstract: In recent years we have seen in Brazil, some changes in legislation and judicial decisions that point to a tendency of equivalence, the effects of concentrated control of constitutionality, decisions on (un)constitutionality of laws and normative acts of diffuse control. This tendency has been called the doctrine of "abstrativização" of diffuse control of constitutionality. The aim of this study is to analyze the changes that the jurisprudence of the Supreme Court has raised regarding diffuse control of constitutionality, contributing to an objective process of concrete control. We used the bibliographic and documentary researches, comparing the data collected with recent decisions by the Brazilian Supreme Court. It was found that the decisions of the Supreme Court have pointed to a narrowing of differences between the concrete control and the abstract control, which, in fact, implies a concentration of power in the hands of the high court. Accordingly, it is necessary to consider mechanisms to make control of constitutionality more democratic, with the continuing involvement of civil society.

Keywords: Control of constitutionality – Brazilian Supreme Court - Democracy



INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, temos observado que o Poder Judiciário pátrio está sendo cada vez mais instado a decidir

sobre temas relevantes para a sociedade brasileira, sendo estes intimamente relacionados ao reconhecimento e à concretização de direitos fundamentais. União homoafetiva, interrupção da gravidez em caso de anencefalia, demarcação de terras indígenas, pesquisas com uso de células-tronco, progressão de regime em crimes hediondos e outras questões estão na pauta de discussões dos tribunais brasileiros.

Em resposta a esse fenômeno, os magistrados têm adotado uma postura cada vez mais ativa, assumindo, muitas vezes, funções que não lhes são típicas. Tal postura, conhecida por ativismo judicial, se instalou, em nosso país, em um momento de descrédito do Poder Legislativo. De forma concomitante, o descolamento entre a classe política e a sociedade civil tem impedido que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva, gerando uma insatisfação generalizada com a ineficiência na concretização dos direitos garantidos “no papel”. Nesse contexto, o Judiciário aparece como aquele capaz de garantir os direitos dos cidadãos, mesmo em face do próprio Estado.

O ativismo judicial vem sendo observado também em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), fazendo com que esta Corte ocupe um espaço cada vez mais importante na sociedade brasileira, o que implicado em um aumentado o número de processos que chegam à STF, veiculando matérias que não são próprias de uma Corte Constitucional.

Buscando remediar esses “efeitos colaterais”, algumas modificações legislativas e jurisprudenciais apontam para uma tendência de equipar, aos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas em sede de controle difuso, o que diminuiria as demandas que chegam à Corte Máxima. Uma tendência que vem sendo denominada pela doutrina de “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade.

Objetivando compreender essa tendência e as formas

com que ela vem se expressando nas decisões do Supremo Tribunal Federal, realizamos o presente estudo.

Através de uma pesquisa bibliográfica e documental, fizemos uma investigação acerca da evolução do controle difuso no Brasil, comparando os dados obtidos com algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que vislumbram para novas configurações dessa modalidade de controle de constitucionalidade no país.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS¹

Para fins do presente estudo, é importante tecermos algumas considerações sobre a evolução histórica do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras de modo a fornecermos elementos teóricos que nos permitam compreender, de acordo com a nossa história constitucional, as novas tendências consagradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, iniciaremos nossa análise pela Constituição Imperial de 1824. A primeira Constituição brasileira não trouxe a previsão de qualquer sistema de controle judicial de constitucionalidade, já que foi inspirada nas teorias francesas que pregavam a supremacia do Parlamento. A lei era expressão da “vontade geral”, a indicar que só ao Legislativo caberia definir o verdadeiro sentido da norma, sendo a interpretação resultante desse processo considerada autêntica.

Além disso, fundada nas idéias de Benjamin Constant sobre o Poder Moderador (1810), a Constituição de 1824

¹ Sobre o controle de constitucionalidade no mundo e seus antecedentes históricos, ver CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

estabeleceu, no art. 98, que ao Imperador competia a função de coordenação, devendo manter a independência, a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desse modo, a Constituição atribuiu ao Poder Moderador, exercido pelo chefe do Executivo (Imperador), o papel de solucionar os conflitos envolvendo os Poderes do Império, inviabilizando, portanto, o exercício da função de fiscalização da constitucionalidade das leis pelo Judiciário.

Em 1803, ocorreu um fato importante no Direito estrangeiro que irá marcar fortemente o controle de constitucionalidade no Brasil. Naquele ano, a Suprema Corte norte-americana, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pelo juiz John Marshall, decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei no caso concreto e a Constituição, esta deve prevalecer, por ser hierarquicamente superior. Nesse julgado, a Suprema Corte avocou para o Judiciário o poder de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição, provocando uma reformulação do dogma da soberania do Parlamento.²

A referida decisão teve grande influência no modelo constitucional brasileiro. Nesse sentido, a partir da Constituição Republicana de 1891, passou-se a adotar, no Brasil, a técnica de controle jurisdicional de constitucionalidade de lei ou ato normativo, exercível por qualquer juiz ou tribunal, desde que observadas as regras de

² A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison* não foi a primeira decisão no território norte-americano no sentido de reconhecer ao Poder Judiciário a atribuição de controlar leis e atos normativos em face da Constituição. Charles Warren menciona a existência de decisões das cortes estaduais dos Estados Unidos no sentido de invalidarem atos que não fossem compatíveis com as respectivas constituições estaduais. Cita decisões em 1782 (Virgínia), 1784 (Nova York), 1785 (Connecticut), e em 1786 (Massachusetts), nas quais as cortes já haviam demonstrado disposição nesse sentido. (WARREN, Charles. *Congress, The Constitution and The Supreme Court* *apud* LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. Revista da Procuradoria Geral da República*, n.8, jan./jun. 1996, p. 82).

competência e organização judiciária.³

“Qualquer juiz ou tribunal, diante de um caso concreto, pode reconhecer a inconstitucionalidade da lei”. Esta cláusula instituiu o controle difuso de constitucionalidade no país, controle esse de natureza repressiva, posterior à publicação da lei/ato normativo, pela via da exceção ou defesa, por meio do qual a declaração de inconstitucionalidade se apresenta de modo incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao mérito.

A Constituição de 1934, mantendo o sistema difuso de controle de constitucionalidade, trouxe inovações importantes para o constitucionalismo brasileiro. Vejamos:

Criou a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Também conhecida por representação interventiva, este instituto, cuja legitimidade era exclusiva do Procurador-Geral da República, no caso de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, *a a h*, da Constituição de 1934, exprimia uma fórmula peculiar de resolução judicial de conflitos federativos, atribuindo-se ao Supremo Tribunal o poder de efetivar a intervenção, desde que declarasse a constitucionalidade da lei interventiva federal (art. 12, § 2º).

Instituiu a cláusula de reserva de plenário, por meio da qual passou a exigir que a declaração de inconstitucionalidade estivesse condicionada à decisão da maioria absoluta dos membros do tribunal (art. 179). Buscava-se, assim, assegurar que tais decisões acerca da inconstitucionalidade das leis

³ Pedro Lenza ressalva que “(...) antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o art. 58, § 1º, “a” e “b”, da Constituição provisória de 1890 (Dec. n. 510, de 22.06. 1890) e o Decreto n. 848, de 11.10.1890, já estabeleciam regras de controle difuso inspiradas no *judicial review* do direito norte-americano. Posteriormente, a lei federal n. 221, de 20.11.1894, abordou, com clareza, o modelo, nos termos do art. 13, § 10: ‘os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição’”. (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157).

fossem provenientes de julgamentos mais seguros e amadurecidos.

Consagrou, ainda, a atribuição do Senado Federal para conferir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal, suspendendo a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando tenham sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, inciso VI e art. 96).

A Constituição de 1937, elaborada sob a influência da Constituição Polonesa de 1935, embora tenha mantido o controle difuso de constitucionalidade (art. 101, III, *b* e *c*) e a cláusula de reserva de plenário (art. 96), estabeleceu a possibilidade de revisão das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. O art. 96, parágrafo único, instituiu a regra de que, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá submetê-la novamente ao exame do Parlamento. Caso o Legislativo a confirme por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.

A intenção do constituinte de 1937 não era só que a lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário voltasse a ter validade no ordenamento jurídico pátrio, detendo, após a votação do Parlamento, força de emenda constitucional, mas também de evitar qualquer discussão judicial sobre essa norma “ressuscitada”. O dispositivo nos leva a crer que as Casas Legislativas, sob iniciativa do Presidente, seriam espécie de Corte de Cassação do Judiciário.

Tratava-se, portanto, de uma norma que rompia com a tradição brasileira que vinha se consolidando desde a Constituição republicana de 1891, a qual estabelecia a soberania das decisões do Supremo Tribunal e dos demais Tribunais, quando transitadas em julgado.

A Constituição de 1946, resultante do movimento de redemocratização no país, restabeleceu a tradição do controle de constitucionalidade como atribuição típica do Poder Judiciário, restaurando e preservando o controle difuso, a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para declarar a inconstitucionalidade (art. 200), e a atribuição do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional (art. 64).

No que tange à representação interventiva, introduzida pela Constituição de 1934, a Carta Político-Jurídica de 1946 conferiu-lhe novos contornos. O art. 7º, VII, c/c o art. 8º, parágrafo único, consagraram que, para efeitos de intervenção federal, o Procurador-Geral da República deveria submeter ao exame do STF representação de inconstitucionalidade, na hipótese de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário.

Conforme já se constatava desde a Constituição de 1934, a representação interventiva, que tinha como foro o Supremo Tribunal Federal, objetivava aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos aos entes federados, configurando peculiar modalidade de resolução de conflitos federativos.

O modelo da ação direta de inconstitucionalidade interventiva influenciou o constituinte brasileiro a editar a Emenda nº 16, de 1965, à Constituição de 1946. A referida emenda instituiu, paralelamente à representação interventiva, o controle abstrato de normas estaduais e federais.

Em atenção à sistemática do controle concentrado de constitucionalidade, de influência austríaca-européia, e tendo

em vista a sobrecarga de trabalho imposta ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal de Recursos, criou-se no Brasil a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, que deveria ser encaminhada ao STF pelo Procurador-Geral da República, com o objetivo de preservar a integridade do ordenamento jurídico, expurgando as normas com ele incompatíveis.

Nesse sentido, a representação de inconstitucionalidade, após a Emenda nº 16/1965, passou a ter duas finalidades: poderia ser manejada para fins de intervenção e para a defesa do sistema jurídico objetivo, atacando a inconstitucionalidade de lei em tese.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 não trouxeram muitas inovações significativas ao controle de constitucionalidade brasileiro, mantendo o sistema difuso e a ação direta de inconstitucionalidade prevista na Emenda nº 16/65 à Constituição de 1946. As mudanças mais importantes foram observadas na representação para fins de intervenção, cujas hipóteses de ajuizamento pelo Procurador-Geral da República foram ampliadas, passando a assegurar a observância aos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII) e a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte).

Paralelamente à representação de inconstitucionalidade, instrumento do controle *in abstracto*, estabelecido pela Emenda nº 16/65, a Emenda Constitucional nº 7/77 inaugurou as disposições relativas à representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo o Procurador-Geral da República o legitimado a provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *e*).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi bastante pródiga em matéria de controle de constitucionalidade, trazendo previsões sobre o tema em diversos dispositivos e inaugurando institutos até então

desconhecidos pela tradição constitucional brasileira.⁴

Em relação ao controle concentrado, a Constituição ampliou significativamente o rol de legitimados para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), objetivando democratizar o controle, pondo fim à tradição que conferia ao Procurador-Geral da República o monopólio para manejo da representação de inconstitucionalidade. Assim, nos termos da redação original do art. 103, podem propor a ADI: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa, Governador de Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Destacou, no entanto, o constituinte que nas ações de inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, mesmo as não ajuizadas pelo Procurador-Geral da República, este deverá ser previamente ouvido (art. 103, § 1º).

Foi mantida, pelo constituinte de 1988, a representação interventiva, destinada à verificação da compatibilidade entre o direito estadual com os chamados princípios sensíveis⁵ (art. 34, VII, c/c o art. 36, III). Tal ação continuou de competência do Supremo Tribunal Federal e de legitimidade ativa exclusiva para ajuizamento do Procurador-Geral da República, quando a intervenção fosse decretada pela União Federal nos Estados-

⁴ A Constituição de 1988 não recepcionou a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, prevista na Emenda Constitucional nº 7/77.

⁵ Os princípios sensíveis ganharam outro tratamento na Constituição de 1988. O rol extenso da Constituição de 1967 e da EC n. 1/69, foram substituídos pelos seguintes princípios: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. (art. 34, VII, *a a d*). A Emenda Constitucional nº 29/2000 ampliou esse rol, trazendo a previsão da alínea *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.

membros.

A Constituição de 1988 inovou ao prever a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas e executivas⁶, estabelecendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), no exercício do controle concentrado, e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), no exercício do controle difuso.

O constituinte, pela primeira vez na história constitucional brasileira, criou a argüição de descumprimento de preceito fundamental, de competência do Supremo Tribunal Federal, facultando à lei a sua regulamentação (art. 102, parágrafo único, na redação original).⁷

Em 1993, a Emenda Constitucional nº 3 acresceu ao rol de instrumentos colocados à disposição do controle abstrato a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), que poderia ser ajuizada pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional nº 45/04, por sua vez, igualou os legitimados da ADC aos legitimados da ADI e os efeitos de ambas as ações (vinculante e *erga omnes*), no intuito de efetivar a idéia do efeito dúplice ou ambivalente.⁸

As diversas disposições acerca do controle concentrado de constitucionalidade são interpretadas, por alguns doutrinadores, como uma tendência de que essa modalidade de

⁶ A questão do controle de omissões executivas, ou seja, do controle de políticas públicas inexistentes ou insuficientes, ainda gera muita polêmica perante a doutrina e a jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal tem uma decisão importante sobre o tema, da lavra do Min. Celso de Mello na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45.

⁷ A Lei no 9.882, de 3 de dezembro de 1999, regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁸ Dá-se o nome de efeito dúplice ou ambivalente o reconhecimento de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) são ações de mesma natureza, mas de “sinais trocados”. Disso implica que a declaração de improcedência do pedido em sede de ADIn corresponde à declaração de procedência do pedido em sede de ADC.

controle assumiria papel vital no nosso sistema brasileiro de aferição da constitucionalidade das normas, superando a importância que o controle difuso tivera outrora. O constituinte de 1988 teria sido atento ao fenômeno da proliferação de demandas e da consequente sobrecarga de trabalho dos juízes, oferecendo como resposta um reforço no controle concentrado. Gilmar Mendes corrobora com essa corrente, entendendo que:

a Constituição de 1988, conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.⁹

Discordamos dessa corrente por entender que ambos os sistemas foram reforçados, embora o controle concentrado, por ser relativamente novo na nossa tradição constitucional, tenha ganhado mais destaque da doutrina e da jurisprudência.

Como exemplos do reforço do constituinte de 1988 também em matéria de controle difuso de constitucionalidade, citam-se o *habeas corpus*, remédio previsto constitucionalmente para tutelar a liberdade em face de prisões ilegais e inconstitucionais; o mandado de injunção, em face de omissões inconstitucionais; mandado de segurança individual e coletivo; a ação popular e ação civil pública¹⁰. Esse foi o rol

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009, p. 1112.

¹⁰ No que tange à ação civil pública (ACP), há uma série de controvérsias acerca da

posto à disposição dos indivíduos, de suas associações e organizações, para controlar atos e omissões inconstitucionais¹¹, por via de ação, admitindo-se inclusive a sua utilização em caráter preventivo (ameaça de lesão inconstitucional).¹²

Diante disso, o reforço a ambos os sistemas de controle de constitucionalidade em 1988 deveu-se ao fato de que estávamos saindo de um período de Ditadura Militar, no qual direitos e garantias fundamentais assumiam categorias secundárias, frente às normas organizativas do Estado. Era preciso, pois, dotar os cidadãos do máximo de instrumentos processuais hábeis a tutelar os direitos fundamentais, protegendo-os de normas incompatíveis com a Constituição Federal. Em última instância, era preciso proteger a própria Constituição dos tempos de supremacia dos Decretos-leis e de atos governamentais ditatoriais.

3 ESPÉCIES DE CONTROLE DE

possibilidade do seu ajuizamento para requerer um provimento jurisdicional no sentido de declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Há julgados, inclusive do STF, que entendem pela inidoneidade da ACP como instrumento de controle de constitucionalidade. De acordo com o Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento da Reclamação n. 2.224, publicada no DJ de 10 de fev. 2006, “ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade”. Haveria, nesse caso, usurpação da competência do STF. A questão, no entanto, não é pacífica.

¹¹ Carlos Alberto Lúcio Bittencourt acrescenta a essa lista a ação declaratória ordinária como instrumento processual hábil a obter pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato em descompasso com a ordem constitucional. Nas palavras do autor, “entendemos que, hoje, sem necessidade de modificação da legislação vigente, a ação declaratória *já é cabível*, estando, apenas, subordinada à demonstração de *legítimo interesse* por parte do autor”. (BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 102).

¹² Além desse reforço ao controle difuso, a Constituição de 1988 preservou os dispositivos a ele referentes, tais como a cláusula de reserva de plenário (art. 97) e a suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X).

CONSTITUCIONALIDADE

Embora presente na maioria dos países, o controle de constitucionalidade não se apresenta da mesma forma em todos os Estados constitucionais, variando, por exemplo, quanto ao órgão que realiza o controle e os momentos em que esse controle é desempenhado.

A fiscalização da inconstitucionalidade, para utilizar uma expressão de Jorge Miranda¹³, define-se, em primeiro lugar pelo tipo de comportamento, positivo ou negativo, sujeito à apreciação no confronto da Constituição. Desse modo, a doutrina e a evolução jurisprudencial cunharam a possibilidade de se controlar não só atos comissivos ofensivos à Lei Suprema, mas também omissões que, por vias transversas esvaziam o conteúdo das normas constitucionais, negando-lhes vigência. A esse fenômeno, alguns doutrinadores nominam de síndrome da inefetividade das normas constitucionais, sendo nesse campo que mais proliferou a posição ativista do Poder Judiciário.

Quanto ao órgão que realiza o controle, podemos ter o controle de constitucionalidade político, jurisdicional ou misto. O controle político, conforme o *nomen juris* indica, é aquele realizado por um órgão político (Legislativo ou Executivo), sendo inspirado no modelo de controle francês¹⁴. O controle

¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 2.ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

¹⁴ Há autores que defendem ter sido na França, no final do século XVIII, a primeira vez em que se encontrou manifestações claras de um controle de constitucionalidade das leis, tal como hoje é compreendido. À época, confiava-se o controle de constitucionalidade ao parlamento, portador da manifestação dieta da soberania popular. Referido controle, chamado de sistema político, tem perdido vigência na atualidade, dando lugar a uma hegemonia ao controle de constitucionalidade jurisdicional, de inspiração norte-americana. Sobre o tema ler LOPES, Ana Maria D'Ávila. Jurisdição constitucional e constituições principiológicas. In: SALES, Lília Maria de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). *Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

jurisdicional é aquele em que um ou mais órgãos integrantes do Poder Judiciário ou uma Corte Constitucional são imbuídos da tarefa de defender a Constituição, averiguando a compatibilidade das demais normas com o sistema. O modelo misto, por óbvio, é aquele que consagra elementos do sistema político e do sistema jurisdicional. Destaque-se que a diferenciação entre o sistema jurisdicional e o político não decorre propriamente do órgão que exerce o controle, se integrante do Judiciário ou do Executivo e Legislativo, mas no modo como esse controle é exercido. Assim, de acordo com Ana Maria D'Ávila Lopes, “um sistema de controle de constitucionalidade é político quando sua função não é jurisdicional, ou seja, quando não realiza um julgamento jurídico, mas uma análise acerca da ‘conveniência política’ do ato”.¹⁵

No Brasil, a Constituição de 1824 adotava o modelo de controle político, não sendo do Judiciário a atribuição de guarda da Lei Fundamental. As demais Constituições brasileiras, contudo, passaram a prever o controle jurisdicional de constitucionalidade.

A Constituição de 1988, por sua vez, embora tenha consagrado o controle de constitucionalidade como tarefa precípua do Poder Judiciário, trouxe alguns mecanismos que exemplificam o modelo de controle político. Os projetos de lei apresentados perante as Casas Legislativas, por exemplo, são alvo do controle de constitucionalidade realizado pelas comissões temáticas, principalmente, pela Comissão de Constituição e Justiça. Ilustra esse rol também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento na sua inconstitucionalidade (art. 66, § 1º, CF/88).

Outra classificação remonta ao momento do controle, que pode ser preventivo ou repressivo. O primeiro realiza-se antes do aperfeiçoamento da norma, ou seja, antes de ela

¹⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *op. cit.*, 2008, p. 49.

efetivamente ingressar no ordenamento jurídico. Os exemplos são os mesmos citados acima quando falamos sobre o controle de constitucionalidade político. Em ambos, não era a lei o alvo do controle realizado pelo Legislativo e pelo Executivo, mas o projeto de lei. Há, ainda, um exemplo de controle preventivo realizado pelo Judiciário. Trata-se do caso de mandado de segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de resguardar o devido processo legislativo.¹⁶ Destaque que essa hipótese é exceção à regra do modelo judicial que é, eminentemente, de matriz repressiva, admitindo a instauração de processos em que se discute a constitucionalidade de uma norma somente após a promulgação desta.

No contexto do controle jurisdicional repressivo, aquele que é feito pelo Poder Judiciário após a lei ou ato normativo haver ingressado no ordenamento jurídico, costuma-se subdividi-lo em controle difuso, concentrado ou misto. O primeiro, de matriz norte-americana, desenvolveu-se a partir da construção jurisprudencial da Suprema Corte americana, em especial durante os debates no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803. Por esse modelo, qualquer órgão judicial, seja monocrático ou colegiado, é incumbido de analisar a aplicação de uma lei ao caso concreto, devendo afastar a sua aplicação se considerar a norma incompatível com a Constituição. O poder de apreciar a inconstitucionalidade distribui-se, dessa forma, a todos os órgãos jurisdicionais, ainda que com possibilidade de recurso aos órgãos superiores.

Já o controle concentrado de constitucionalidade, de inspiração austríaca-européia, defere a atribuição para o julgamento de questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional, especialmente criado para tal função. Nesse caso, não são todos

¹⁶ Ver Mandado de Segurança n. 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio (Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa), DJ 06 de jun. 1997 e Mandado de Segurança n. 24.138, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 28 de nov. 2002.

os magistrados e tribunais que detêm competência para averiguar a compatibilidade da norma com a Constituição, sendo essa uma competência exclusiva de um ou alguns órgãos.¹⁷

O modelo misto, por sua vez, é aquele que congrega elementos do controle difuso e concentrado. Em geral, nesse modelo, confere-se aos órgãos jurisdicionais ordinários a tarefa de afastar a aplicação das leis no caso concreto, por declararem-nas inconstitucionais, ao mesmo tempo em que se reconhece a um órgão de cúpula a competência para julgar ações com perfil abstrato, em que se discute a lei em tese.

O Brasil adota o modelo misto, em que se amalgamam o modelo difuso, adotado desde a Constituição Republicana de 1891, com as ações que discutem a compatibilidade de uma norma com a Constituição Federal de forma autônoma, de competência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da ADI e da ADC.¹⁸ A Constituição brasileira de 1988 previu um sistema próprio, em que o controle difuso e o concentrado se hibridizam, embora não se confundam.

Desse modo, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, embora tenha institutos semelhantes ao sistema de fiscalização de constitucionalidade alemão e ao anglo-saxão, não se encaixa com perfeição nesses modelos. Nossa história constitucional caminha para a convivência harmônica entre o sistema difuso e o sistema concentrado de constitucionalidade,

¹⁷ Exemplificando tal modelo, podemos citar a Constituição austríaca de 1934, que, conforme esclarece Carlos Alberto Bittencourt, “manteve, em suas linhas fundamentais, o sistema de controle jurisdicional estabelecido em 1920 e inspirado nos magistrados estudos de Kelsen. Ali se proíbe expressamente ao juiz de primeira instância que ponha em dúvida a validade de lei publicada com observância das formalidades constitucionais (...)”. (BITTENCOURT, Carlos Alberto. *op.cit.*, 1997, p. 39). O exame da constitucionalidade das leis, portanto, só poderia ser apreciado pelos Tribunais superiores, conforme esse modelo de controle.

¹⁸ Em matéria de controle de constitucionalidade concentrado, compete aos Tribunais de Justiça dos Estados analisar a compatibilidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual.

sem que um implique em anular o outro.

Quanto às circunstâncias ou ao modo como se manifesta, o controle de constitucionalidade pode ser concreto ou abstrato. O primeiro é o que surge a propósito da aplicação de normas ou de quaisquer atos a casos concretos, visando a solução das lides. Já o controle abstrato dirige-se aos comportamentos do poder público ou às normas em si, por aquilo que significam à ordem jurídica, independentemente da sua incidência em quaisquer relações ou situações da vida.

Daí se falar em controle de natureza objetiva e subjetiva para se referir a essa classificação. Seria subjetiva quando se prende a um interesse direto e pessoal de alguém, quando tem por causa a repercussão da ofensa da Lei Fundamental nas esferas jurídicas de certas e determinadas pessoas, quando a ofensa à Constituição se repercute em lesão ou ameaça de lesão a direitos e interesses destas pessoas. É objetiva quando, à margem de um dado interesse, tem em vista a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetiva, quando o que se busca é a conformidade dos atos e das leis às normas constitucionais. Nesse ponto, Jorge Miranda faz uma observação interessante:

Todavia, deve frisar-se que há sempre uma face subjectivista e uma face objectivista em toda a fiscalização. Acontece é que cada sistema propende para certo sentido, realça mais uma face sem realçar a outra, estrutura-se com o centro ou nos direitos ou posições constitucionais dos sujeitos ou na constitucionalidade como valor em si.¹⁹

Por fim, a última classificação abordada trata do controle em termos processuais, enquadrando-o como incidental ou principal. Diz-se incidental, o controle realizado no contexto de um processo judicial, em que a inconstitucionalidade é argüida como questão prejudicial ao exame do mérito, não

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, 1988, p. 313.

configurando o objeto principal da demanda. Sendo exercido no âmbito do caso concreto, o controle incidental tem natureza subjetiva, envolvendo interesses de autor e réu. Por esse motivo, fala-se em inconstitucionalidade pela via da exceção ou defesa²⁰. A abrangência da decisão que será sentenciada pelo juiz, é apenas entre as partes envolvidas no processo. Há a necessidade de um processo em curso, de uma causa em andamento, para que o problema da inconstitucionalidade seja considerado pelos tribunais.²¹

A segunda forma de controle (controle principal) é aquela em que a questão constitucional é suscitada autonomamente, por meio de mecanismos de impugnação abstrata das normas, sendo a argüição de inconstitucionalidade o objeto principal da demanda. É o caso das ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, em que não se discute nenhum interesse subjetivo, não havendo partes (autor e réu) envolvidas no processo. Por isso se diz que o sistema de controle abstrato possui natureza objetiva, tendo a decisão nessas ações tem efeito vinculante e *erga omnes*.

²⁰ A terminologia “pela via da exceção ou defesa” é criticada, uma vez que, na teoria geral do processo, ela nos remete à posição processual do réu, enquanto o pedido de inconstitucionalidade incidental pode ser fundamento da pretensão do autor, a exemplo do mandado de segurança.

²¹ Em geral, o controle incidental é associado ao modelo difuso, tendo em vista que, neste, a inconstitucionalidade é discutida no caso concreto, como prejudicial ao pedido principal. No direito comparado, a doutrina identifica exceções a essa regra, trazendo casos de controle exercido pelo Tribunal Constitucional, mas pela via incidental. Nesse sentido, Barbosa Moreira esclarece: “características ecléticas apresentam os sistemas atuais de controle na Itália e na República Federal da Alemanha que reconhecem a um único órgão judicial competência para apreciar a questão da constitucionalidade, mas lhe deferem o exercício dessa competência quer pela via *principal* (mediante a provocação de algum legitimado), quer por via *incidental*, a propósito de caso concreto, sujeito à cognição de qualquer outro órgão judicial, que submete a questão à Corte Constitucional, a fim de que esta a resolva com força vinculativa, ficando suspenso, nesse meio-tempo, o processo em que suscitou a questão. Na mesma corrente insere-se a Constituição espanhola de 1978 (arts. 161 a 165)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. rev. e atual., v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30).

Não obstante as diferenças apontadas entre controle difuso-incidental e concentrado-abstrato, essa divisão, para alguns autores, a exemplo de Gilmar Mendes, apresenta mais importância didática que científica, não tendo “a relevância teórica que, normalmente, se lhe atribui”.²² Citando Klaus Schlaich, aponta “a equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as consequências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo por isso consequências jurídicas idênticas”.²³

4 O CONTROLE DIFUSO/INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS EFEITOS

Como vimos, a idéia de se atribuir às autoridades jurisdicionais a tarefa de guardar a Constituição, realizando o controle das leis e atos normativos, teve origem nas decisões da Suprema Corte norte-americana, em especial no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, tratando-se, portanto, de uma construção eminentemente jurisprudencial, ante a ausência de preceito expresso na Constituição²⁴. De acordo com Oscar Vilhena, o entendimento definitivamente assentado no caso referido:

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, 2009, p. 1114.

²³ SCHLAICH, Klaus *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, 2009, p. 1115.

²⁴ Embora não haja na legislação norte-americana, à época do caso *Marbury v. Madison*, nenhuma autorização expressa para o controle jurisdicional de constitucionalidade, é importante perceber que ele não surgiu apenas da mente brilhante do Chief Justice John Marshall. Há diversos antecedentes no direito inglês, apontados pela doutrina que justificam a posição de reconhecer a primazia da lei fundamental sobre a legislação ordinária, sendo tarefa do Judiciário reconhecer a incompatibilidade de uma norma perante a Constituição. Sobre o tema, ver FURNISH, Dale. *La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*. In: *Sobre La jurisdicción constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

(...) é resultado, única e exclusivamente, de uma leitura expandida da Constituição americana e, posteriormente, na tradição da *common law*, da ação reiterada dos magistrados. Este poder de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição decorre, assim, da jurisprudência americana, e não de uma autorização positivada de forma expressa pelo constituinte.²⁵

Destaque-se que a jurisprudência norte-americana apontou que o poder-dever de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade de uma norma é decorrente da função jurisdicional e, por conseqüência, é competência de quem quer que legitimamente a exerça. Todos os tribunais e juízes podem exercer tal atribuição, embora o dever de declarar inoperantes ou nulas as normas inconstitucionais possa ser deferido ao mais alto tribunal do país.

No Brasil, a Constituição Republicana de 1891 foi a primeira a prever o controle difuso de constitucionalidade, que permanece na nossa tradição jurídica até os dias atuais. Nessas décadas de história constitucional brasileira, o controle difuso foi se aperfeiçoando, não só pela sucessão de textos constitucionais, mas principalmente pela evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, para que entendamos de que modo as recentes decisões do STF têm modificado substancialmente aspectos relevantes do controle difuso de constitucionalidade, faz-se necessário compreendermos as características clássicas dessa modalidade de controle.

De acordo com o sistema difuso, qualquer juiz ou tribunal, independentemente de sua hierarquia, poderia reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto. Nos Tribunais, entretanto, deveria ser respeitada a

²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal*. Jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 66.

cláusula de reserva de plenário, indicando que apenas por voto da maioria absoluta dos membros da Corte pode ser reconhecida a inconstitucionalidade da norma.

Outra característica importante é que os questionamentos sobre a inconstitucionalidade de uma norma não podem ser analisados por via direta, como pedido principal de uma ação, mas unicamente no interior de um processo concreto, sem constituir o bem da vida principal pleiteado na ação.

A sentença, no controle difuso, só tem eficácia para as partes envolvidas no processo, a indicar que a norma declarada inconstitucional continua válida para os demais destinatários que não participaram da lide.²⁶ Para que a decisão tenha eficácia geral, *erga omnes*, faz-se necessária a atuação do Senado Federal, no sentido de suspender a execução da norma declarada inconstitucional.

A decisão, no controle difuso, que declara a incompatibilidade da norma com a Constituição retroage, para as partes, até o nascedouro da norma, anulando todo e qualquer ato dela decorrente (efeitos *ex tunc*). A resolução do Senado, por sua vez, ao conferir efeitos *erga omnes*, tem eficácia *ex nunc*, não retroagindo, mantendo os atos que decorreram da norma até a sua suspensão.

Essas características, essenciais para o controle difuso, estão sendo reformuladas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, implicando em uma nova reconfiguração dessa modalidade de controle no Brasil. É o que discorreremos

²⁶ A jurisdição constitucional norte-americana tem dado novos contornos a essa característica, entendendo ser possível que a sentença tenha efeitos ampliados, incidindo para pessoas que não participaram efetivamente do processo. Trata-se do instituto do *stare decisis*, que estabelece a obrigação dos órgãos jurisdicionais de seguir a jurisprudência anterior, assegurando estabilidade e segurança jurídica. De acordo com Dale Furnish, o precedente de uma sentença reside nos princípios gerais para decidir um caso determinado, os quais constituem a *ratio decidendi* do julgado. Manifestações ditas de modo passageiro (*obiter dictum*), que não influem na essência da decisão, não possuem força obrigatória. (FURNISH, Dale. *op. cit.*, 1990).

no próximo tópico.

5 O FENÔMENO DA “ABSTRATIVIZAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos últimos anos, recentes alterações legislativas e jurisprudenciais têm provocado uma verdadeira reviravolta no modo como o controle difuso de constitucionalidade é percebido no Direito brasileiro. Essas mudanças têm se caracterizado por uma inserção de traços característicos do processo objetivo no âmbito dessa modalidade de controle, implicando em uma aproximação cada vez maior entre os modelos concreto e abstrato de constitucionalidade. Trata-se de uma tendência conhecida por “objetivação”, “dessubjetivação” ou “abstrativização” do controle concreto.

Buscando esclarecer essa tendência, Clarissa Teixeira Paiva enuncia que “talvez a experiência brasileira de convivência entre as duas formas de controle, consagradas no direito internacional, tenha caminhado para um estágio evolutivo de aperfeiçoamento em que se procura privilegiar o melhor que cada sistema tem a oferecer”.²⁷

Várias são as razões apontadas pela doutrina no sentido de explicar a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade²⁸, dentre elas: firmar o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional no Brasil e não como instância recursal; diminuir o volume de processos em

²⁷ PAIVA, Clarissa Teixeira. Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, ano VII, n. 17, jul./set. 2008, p. 49.

²⁸ Sobre o tema, ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

tramitação no STF através da atribuição de efeitos gerais a qualquer decisão em controle de constitucionalidade proferida pelo Pleno; criar de barreiras de contenção de recursos, implicando que o STF só deverá analisar questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes. Gilmar Mendes chega a afirmar que “a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, exige reforma radical do sistema difuso de constitucionalidade entre nós”.²⁹

No presente tópico, iremos analisar alguns exemplos dessa tendência, tomando como objeto de análise recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

5.1 DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

De acordo com a regra da cláusula de reserva de plenário, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97, CF/88).³⁰

Logo, caso seja suscitada a inconstitucionalidade de uma norma em processo submetido à análise perante órgão do Tribunal, o julgamento do caso deve ser cindido. Cabe ao plenário ou ao órgão especial decidir (por maioria absoluta) sobre a inconstitucionalidade da norma. Com base nesse entendimento, o órgão fracionário decide, posteriormente, sobre o caso concreto.

Tal exigência explica-se pelo fato de que a decisão acerca

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *op. cit.*, 2009, p. 1047.

³⁰ Importante ressaltar que essa regra não se aplica ao juiz singular, já que seria faticamente impossível se obter maioria absoluta de um membro. Desse modo, a cláusula de reserva de plenário não é regra instrumental de competência, mas apenas condição de eficácia para as decisões de inconstitucionalidade nos tribunais.

da inconstitucionalidade de uma norma contrária a presunção de constitucionalidade, sendo necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável sobre o tema. Trata-se de dispositivo tão importante para o constitucionalismo brasileiro que recebeu o reforço da Súmula Vinculante nº. 10, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que viola a cláusula de reserva de plenário a decisão do órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade da norma, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

Importa mencionar que, nos últimos anos, a jurisprudência passou a assentar entendimento da desnecessidade de apreciação da questão constitucional pelo órgão especial ou pleno, na realização do controle difuso. Em observância ao princípio da economia processual e da celeridade, tem-se inclinado pela dispensa do procedimento previsto no art. 97, CF/88, quando já houver pronunciamento do órgão especial ou pleno do Tribunal, ou do Supremo Tribunal Federal.³¹ O Min. Marco Aurélio, em trecho do seu voto no AgRgAI 168.149, esclareceu que “a razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionários apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo”. Se a questão tiver sido decidida pelo STF, a submissão do da análise acerca da constitucionalidade da norma ao pleno ou órgão fracionário do tribunal perde o sentido.

A Lei n. 9.756/1998, seguindo essa tendência, acrescentou um parágrafo único ao art, 481 do CPC, dispondo que: “os órgãos fracionários dos tribunais (entenda-se Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções) não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já

³¹ Nesse sentido, RE n. 190.728, 1ª T, julgado em 27 de jun. 1995, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 30 de mai. 1997; e AgRgAI 168.149, Rel. Min. Marco Aurélio.

houver pronunciamentos destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”, podendo o relator conhecer dos pedidos e julgá-los, nos termos do art. 557 e parágrafos alterados pelo mesmo diploma legal.³²

Para Hely Lopes Meirelles, em obra atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, a hipótese de dispensa de encaminhamento da questão constitucional ao pleno dos tribunais quando houver pronunciamento do STF exemplifica a tendência de se atribuir efeitos vinculantes às decisões da Corte Máxima, sejam elas decorrentes do controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade.³³

5.2 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CASO CONCRETO

Por influência do direito norte-americano, o constitucionalismo brasileiro adotou, majoritariamente, a teoria da nulidade no que tange às conseqüências da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Disso decorre que o reconhecimento da inconstitucionalidade atinge a norma no plano da validade e não da existência. A norma incompatível com a Constituição continua a existir, no entanto não era considerada válida.

Ocorre que o fato de não ser considerada válida não implica na incapacidade de produzir efeitos. Normas inválidas

³² A possibilidade de o relator dar provimento quando a decisão recorrida estiver em confronto com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (art. 557, §1º-A, do CPC) é identificada pela doutrina como uma hipótese de ampliação dos efeitos das decisões do STF em controle difuso. Com a adoção dessa técnica processual, visava-se a desencorajar a adoção de soluções divergentes às do STF por parte de juízes e tribunais *a quo*, prezando-se pelo respeito à jurisprudência do STF. Sobre o tema ler: PAIVA, Clarissa Teixeira. Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de Constitucionalidade. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, ano VII, n. 17, jul./set. 2008.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27. ed. atual. por WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 512-514.

podem produzir efeitos, já se tratam de dois planos de jurisdição distintos. Nas palavras de André Dias Fernandes, “a validade da lei é a sua compatibilidade com o parâmetro escolhido (no caso, a Constituição), enquanto a eficácia é sua aptidão para produzir efeitos jurídicos válidos”.³⁴

O ato nulo é parcialmente eficaz, vez que sobre ele pesa a presunção de constitucionalidade, gerando efeitos até a decisão judicial que reconheça a sua nulidade. No entanto, uma vez declarado nulo, a regra era a de que a norma teria deixado de gerar efeitos *ab initio*, já que a inconstitucionalidade atinge a norma em seu nascedouro.

A consequência do controle de constitucionalidade, como aponta Jorge Miranda, é a invalidação do ato e não a sua ineficácia. Como a Constituição é fundamento de validade de outras normas, as que com ela são incompatíveis são viciadas no plano da validade e não no da existência ou no da eficácia. Ocorre que, a depender da posição da norma viciada na dinâmica jurídica e os efeitos que ela produziu no plano fático, o reconhecimento da incompatibilidade dessa norma com a Constituição pode gerar a inexistência, a nulidade, a anulabilidade ou a irregularidade da norma viciada.³⁵

Desse modo, a decisão acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (*ex tunc*, *ex nunc*, *pro futuro*) deve considerar as especificidades do caso concreto, sob pena de produzir problemas maiores do que aqueles que visava solucionar.

Percebendo isso, o Supremo Tribunal Federal vinha apontado as insuficiências das técnicas de decisão, que reconhecem a nulidade *ex tunc* da norma, no processo de controle de constitucionalidade, indicando a necessidade de criação de uma nova técnica de decisão mais compatível com

³⁴ FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADI e ADC*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 100.

³⁵ MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, 1988, p. 315-316.

as situações concretas. Essa série de julgados levou o legislador a reconhecer, em sede de controle concentrado, por meio, inicialmente de ADIn e ADC, a possibilidade de o Tribunal modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Trata-se do art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

No âmbito do controle difuso, no entanto, permanecia a regra de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade operavam-se, apenas, de forma “ex tunc”, sendo a idéia de limitação dos efeitos da decisão incompatível com essa modalidade de controle, salvo raríssimas exceções.³⁶

Recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917-8, de março de 2004, o Supremo Tribunal Federal definiu a orientação de que se aplica também ao controle difuso as disposições constantes na Lei n. 9.868/1999, relativas à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. No

³⁶ Ives Gandra Martins menciona um caso em que, ainda sob a égide da Constituição de 1969, o Supremo Tribunal Federal aplicou o critério da eficácia “ex nunc” em sede de recurso extraordinário. No RE n. 105.789 MG, se fosse reconhecida a eficácia “ex tunc” da decisão do STF, o servidor público teria que devolver o numerário recebido, em decorrência da aplicação da lei inconstitucional, o que acabaria implicando em uma ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimento. (MARTINS, Ives Gandra. A Súmula 8 e os efeitos prospectivos das decisões da Suprema Corte. In: BONAVIDES, Paulo. MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a César Asfor Rocha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 414). Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal analisou, no RE 341.717-SP, o aparente descompasso entre o artigo 68 do Código de Processo Penal e artigos 127 e 134 da Constituição Federal, sobre a legitimidade do Ministério Público de ajuizar a ação civil *ex delicto* mesmo após a criação, pela Constituição, das Defensorias Públicas. Nesse julgamento, o STF sustentou a tese da chamada teoria da inconstitucionalidade progressiva, adotando uma posição intermediária entre estado de plena constitucionalidade e o de absoluta inconstitucionalidade. A norma continuaria aplicável até que fosse instituída e regularmente organizada a defensoria pública local. Essa tese pode ser identificada como um precedente importante para o reconhecimento da modulação dos efeitos da decisão em controle difuso, pois, embora não tenha sido expressamente afirmado, o STF submeteu a nulidade do art. 68, do CPP a um evento futuro. No mesmo sentido, o Habeas Corpus n. 70.514, julgado pelo STF em 23 de mar. 1994.

referido recurso, discutia-se a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º. da Lei Orgânica do Município de Mira-Estrela, no Estado de São Paulo, que teria fixado número de vereadores em afronta ao art. 29, IV, da Constituição Federal. A Corte Máxima, ao definir que o número de vereadores do município de Mira Estrela era superior ao que a Constituição Federal admitia, adotou entendimento no sentido de modular os efeitos da decisão, de forma que a nulidade da lei só surtiria efeito *pro futuro*.

Buscou-se evitar que a declaração da inconstitucionalidade do número de vereadores implicasse, por consequência, no reconhecimento da inconstitucionalidade de todas as leis aprovadas pela Câmara de Vereadores do Município durante o período de sua composição inconstitucional, gerando uma enorme instabilidade jurídica. Desse modo, o STF admitiu a manutenção do quadro de vereadores, até o término daquele mandato, indicando que nas próximas eleições deveria ser adotado número de parlamentares municipais compatível com a Lei Maior.³⁷

Outro caso de destaque é o HC n. 82.959, cujo Relator foi o Min. Marco Aurélio. Até o julgamento desse caso, em 23 de fevereiro de 2006, o Tribunal vinha decidindo pela constitucionalidade da vedação de progressão de regime em crimes hediondos. Nesse *habeas corpus*, o Tribunal modificou o seu entendimento, deferindo, por maioria, o pedido, declarando *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do §1º. do art. 2º. da Lei 8.072/90. Entretanto, devido à mudança de entendimento, a declaração de inconstitucionalidade foi proferida com efeitos apenas *ex nunc* e com a ressalva de que a decisão seria válida apenas para aqueles que estavam

³⁷ Destaque-se que a decisão no Recurso Extraordinário n. 197.917-8, inicialmente, destinada apenas ao Município paulista de Mira-Estrela, teve seu alcance ampliado por força da Resolução n. 12 do Superior Tribunal Eleitoral, que disciplinando a matéria, acabou dando eficácia *erga omnes* e vinculante a decisão do STF em controle difuso.

cumprindo pena. Mais uma vez, o STF firma o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação dos efeitos.³⁸

Assim, conforme enuncia Ives Gandra Martins, o STF tem demonstrado que:

(...) não só no controle concentrado, como no controle difuso, é possível a determinação de “eficácia ex nunc” ou “prospectiva” em situações especiais, tendo em conta não só a irreversibilidade das relações ou situações decorrentes de orientação anterior ou ainda de gravíssima lesão a direitos patrimoniais e/ou fundamentais, como também os princípios da “não surpresa” ou “da responsabilidade e confiabilidade na orientação oficial”, princípios essenciais para a estabilidade das instituições.³⁹

5.3 REINTERPRETAÇÃO DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (art. 52, X, CF/88)

Como o sistema de controle difuso de constitucionalidade é exercido no âmbito do caso concreto tendo, portanto, natureza subjetiva, em regra, os efeitos das decisões proferidas são *inter partes*, ou seja, valem apenas para as partes que litigaram em juízo. Para os demais atingidos pela norma, ela continua gozando de presunção de constitucionalidade, produzindo efeitos. A declaração não anula a lei, mas reconhece a sua inaplicabilidade ao caso discutido.

A Constituição, entretanto, estabeleceu uma possibilidade de que a decisão proferida em um caso concreto tivesse a sua

³⁸ Os seguintes julgados seguem o mesmo sentido: REs ns. 556.664, 559.882, 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgados em 12.6. 2008 e RE n. 559.943, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 12.6.2008.

³⁹ MARTINS, Ives Gandra. *op. cit.*, 2009, p. 419-420.

abrangência ampliada, oportunidade em que teria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. O artigo 52, X, CF, permite a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevendo que poderá o Senado Federal suspender a execução de lei, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A cláusula que atribui ao Senado Federal a competência para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal faz parte da tradição constitucional brasileira, tendo sido consagrada desde a Constituição de 1934.

Naquela oportunidade, o dispositivo que subordinava a eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade das normas à resolução do Senado Federal foi alvo de diversas críticas. Nesse sentido, Araújo Castro cita que, na Assembléia Constituinte, o deputado Godofredo Vianna apresentou emenda com o seguinte teor:

Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um arresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República fará publicar a última decisão no órgão oficial da União e no Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil.⁴⁰

A Emenda proposta não foi acatada, permanecendo a regra da suspensão pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal até os dias atuais.

Destaque-se que a cláusula, por ser bastante lacônica, gerou uma série de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Qual decisão do Supremo Tribunal deveria se submeter à resolução do Senado para ser dotada de efeitos *erga omnes*? Só as de controle difuso ou concentrado também? O

⁴⁰ CASTRO, Aldemário Araújo *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, 2009, p. 1116.

Senado pode não emitir resolução? Se o fizer, pode suspender a eficácia de apenas parte do ato declarado inconstitucional?⁴¹

André Dias Fernandes, buscando esclarecer alguns desses questionamentos, comenta que desde 1977, quando foi criada a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (Emenda Constitucional n. 7/77), o STF passou a entender que a suspensão da execução pelo Senado só é necessária no controle incidental efetuado pelo próprio STF, sendo dispensada no controle abstrato, já que a declaração judicial de nulidade da lei em tese gera os mesmos efeitos produzidos pela suspensão da eficácia da lei pelo Senado.⁴² Interessante mencionar, à época da criação dessa regra em 1934, não havia no Brasil o controle abstrato de constitucionalidade. Logo, não fazia sentido indagar se caberia ao Senado suspender a execução de lei declarada inconstitucional por intermédio do sistema difuso ou concentrado.

Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, posicionando-se sobre a existência ou não de discricionariedade do Senado de emitir a resolução suspendendo lei declarada inconstitucional, segue a orientação de que o ato do Senado não é optativo: “deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva dos Supremo Tribunal Federal”.⁴³ Para o autor:

se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, n.º IV da

⁴¹ Uma análise aprofundada sobre esses questionamentos pode ser encontrada em MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 162, abr./jun. de 2004.

⁴² FERNANDES, André. *op. cit.*, 2009, p. 137.

⁴³ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *op.cit.*, 1997, p. 145.

Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.⁴⁴

Bittencourt entende que, ao lado do efeito direto da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto, válida apenas para as partes que participaram do processo, há o chamado efeito indireto ou colateral da sentença declaratória de inconstitucionalidade, estendendo-se os efeitos da decisão a situações jurídicas idênticas. Justifica essa posição tendo em vista a eficácia natural da sentença, que por sua natureza de ato de autoridade, de Estado, seria obrigatória e imperativa. Nos termos do autor, “é justamente por força da ‘eficácia natural’ da sentença declaratória da inconstitucionalidade que esta passa a atuar em relação a *todos*, sem distinção, tenham ou não sido partes do processo, atingindo em cheio o ato visado, que se torna pela força do decreto judiciário, írrito, insubsistente, inoperante, ineficaz para todos os efeitos”.⁴⁵

Luís Roberto Barroso segue a mesma linha traçada por Bittencourt, defendendo que:

(...) essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.⁴⁶

Logo, de acordo com esse entendimento, o Senado Federal limitar-se-ia, apenas, a dar publicidade à decisão proferida pelo STF. Observe que, tal conclusão contraria a

⁴⁴ *Ibidem*, 145, 146

⁴⁵ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 111.

literalidade do dispositivo constitucional, que traz um importante papel institucional do Senado, qual seja, o de participar dos processos de controle de constitucionalidade, conferindo eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso.

Tal posição, contudo, não é unânime na doutrina. Segundo o entendimento de Jonatas Vieira de Lima:

A tendência de abstração em sede de controle difuso de constitucionalidade traz algumas conseqüências que muitas vezes não são percebidas quando se faz uma análise meramente perfunctória do tema, senão vejamos.

A primeira conseqüência que vemos é a inevitável usurpação da competência do Senado Federal, prevista no art. 52, X da CF/88, por parte do Supremo Tribunal Federal. Ora, se a Constituição da República de 1988 teve o cuidado de dividir a competência para os atos que culminarão com a declaração de inconstitucionalidade com efeito "erga omnes", estabelecendo que ao STF cabe apreciar a inconstitucionalidade incidentalmente, e ao Senado, por ato discricionário, suspender a execução da norma tida como inconstitucional, queria o constituinte que ao menos dois poderes (legislativo e judiciário) participassem do ato.⁴⁷

Posição semelhante é seguida por Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Catoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Para esses autores, considerar desnecessária a participação do Senado é reduzir a participação democrática no âmbito do controle difuso, a qual se dá, de forma indireta, pela atribuição conferida ao Senado pela Constituição. Assim:

⁴⁷ LIMA, Jonatas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>. Acesso em 12 de jan. 2010.

excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sugerido pela Constituição da República de 1988.*⁴⁸ (grifos no original).

A polêmica acerca do papel do Senado na atual configuração do controle de constitucionalidade no Brasil vem sendo travada também pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente a partir da Reclamação 4335-5/AC, cujo relator é o Min. Gilmar Mendes.

A referida Reclamação foi proposta pela Defensoria Pública da União em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que vedou a progressão de regime para condenados por crime hediondo, mesmo após o julgamento do HC n. 82.959. Entendeu o magistrado que o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 2º. da Lei 8.072/90 foi proferido em sede de controle difuso, não tendo efeito *erga omnes* nem vinculante.

Até fevereiro de 2010, a referida reclamação ainda aguardava julgamento⁴⁹, tendo recebido votos favoráveis do

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>. Acesso em 12 de jan. 2010.

⁴⁹ Em análise ao sítio do STF, o processo está, atualmente, com vista ao Min. Ricardo Lewandowski. Informações disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=238155>. Acesso em 24 de fev. 2010.

Relator e do Min. Eros Grau e votos pela improcedência do Min. Joaquim Barbosa e do Min. Sepúlveda Pertence.

O principal argumento apresentado pelos Ministros que entenderam pela procedência do pedido na Reclamação é de que teria havido uma mutação constitucional.

A atividade de atribuir um sentido constitucionalmente viável ao texto, fazendo-o ganhar vida, pode levar a uma mudança tão profunda no significado do parâmetro normativo que implique em uma reviravolta na tradição jurídica. Para tal fenômeno, a doutrina cunhou o termo de mutação constitucional. Em outras palavras, mutação constitucional corresponde a um processo não formal de mudança das Constituições, decorrentes de atualizações dos valores político-sociais, observadas no seio da sociedade.⁵⁰

Nas palavras do Ministro Eros Grau, no julgamento da Reclamação 4335-5/AC, teria havido uma verdadeira alteração do *próprio texto constitucional*:

Passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: "compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo".

Para o Ministro Gilmar Mendes, é:

[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão de completa reformulação do sentido jurídico

⁵⁰ Sobre o tema das mutações constitucionais, ver FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Série Jurídica. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1986.

e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do artigo 52, X, da Constituição Federal. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Partindo do pressuposto de que teria havido uma mutação constitucional, o voto do Min. Gilmar Mendes considerou que os efeitos de uma decisão proferida em sede de controle difuso – que, a rigor, teria efeitos apenas *interpartes* – poderiam ser equiparados aos efeitos reconhecidos a uma decisão proferida em controle concentrado, independentemente de o Senado Federal atuar nos moldes que lhe outorgou a Constituição Federal no art. 52, X.

O Ministro Sepúlveda Pertence, que proferiu voto contrário, entendeu que, embora estivesse obsoleto o dispositivo que atribui ao Senado a tarefa de suspender a eficácia da norma declarada incompatível com a Constituição, a questão não precisaria ser resolvida pelo que denominou de "projeto de decreto de mutação constitucional", bastando, para tanto, que fosse editada uma súmula vinculante.

O Min. Joaquim Barbosa, por sua vez, não conheceu da reclamação. Os argumentos esboçados em seu voto podem ser lidos no Informativo 463-STF:

[...] o Min. Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas conheceu do pedido como habeas corpus e também o concedeu de ofício. Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o

interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o habeas corpus concedido liminarmente pelo relator. Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski.⁵¹

Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima discordam veementemente da tese da mutação constitucional, por entender que ela:

⁵¹ STF. *Informativo* 463. 16 a 20 de abr. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>. Acesso em: 20 fev. 2010.

advoga, em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.⁵²

O papel do Senado no controle de constitucionalidade difuso no Brasil é uma questão complexa que não se resolve com posições extremadas. Entendemos que o Poder Judiciário no Brasil tem um papel importante na garantia de concretização e efetivação dos direitos fundamentais, resguardando o conteúdo da Constituição Federal de 1988. No exercício dessa atribuição, pode o STF “atualizar” o conteúdo da CF com as práticas sociais, desde que essa atualização não implique em desconfigurar o edifício normativo constitucional. É preciso, pois, lembrar da velha interpretação sistemática.

Nesse sentido, entendemos que o caso em tela não busca “adequar” o conteúdo da Constituição às imposições da realidade social. Não é a sociedade quem pleiteia e reivindica que o papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade passe a ser de mero despachante do STF. Desconsiderar a importância do Senado na história constitucional brasileira, advogando a tese de houve uma mutação constitucional, pode ser o caminho mais fácil para concentrar ainda mais os poderes nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

5.4 BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

⁵² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. *op. cit.*, Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>. Acesso em 12 de jan. 2010.

As tendências apontadas de abstrativização do controle difuso não parecem caminhar para um sistema híbrido em que se procure privilegiar o melhor do controle difuso e do modelo concentrado. Estamos sim caminhando para uma maior expressão do controle concentrado, literalmente concentrado nas mãos do Supremo Tribunal Federal. O que se pretende é ampliar ainda mais os poderes dessa Corte, cujas decisões, independente do modelo de constitucionalidade, serão vinculantes, sem a necessidade, inclusive, de se tornar súmula vinculante. Bastará uma decisão do Pleno, mesmo que por seis votos a cinco.

Ao afirmarmos isso, não significa que desconsideramos a importância de uma posição ativa dos tribunais na defesa de direitos e garantias fundamentais. Apenas estamos ressaltando que, tal ativismo, nem sempre tem uma finalidade tão democrática. Boaventura de Sousa Santos, ao analisar essa tendência, aponta que:

está em curso uma contrarrevolução jurídica em vários países latino-americanos. É possível que o Brasil venha a ser um deles. Entendo por contrarrevolução jurídica uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições.⁵³

Nesse sentido, parece-nos que, ao abstrativizar o controle difuso, o STF pretende fazer com que suas decisões tenham, de imediato, efeitos *erga omnes*, desconsiderando a atribuição constitucional do Senado. Isso implica em uma diminuição na participação popular no controle de constitucionalidade, não só

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contrarrevolução jurídica*. Disponível em <http://unisinos.br/blog/ppgdireito/2009/12/05/a-contrarrevolucao-juridica/>. Acesso em 12 de mar. 2010.

porque a atuação do Senado será irrelevante, mas principalmente porque tornará mais difícil que as partes envolvidas nas questões concretas dialoguem com os magistrados. O diálogo que os tribunais devem realizar com os participantes do processo na modalidade difusa do controle de constitucionalidade restará seriamente abalado.

Assim, antes de pensarmos em mecanismos de abstrativização do controle difuso, é premente refletirmos sobre os mecanismos de participação da sociedade civil no âmbito do controle concentrado e difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tornando as decisões proferidas mais legítimas e democráticas. Para tanto, é necessário construirmos uma relação mais estreita, de co-implicação, entre democracia e controle de constitucionalidade, o que passa, inclusive, pela forma de escolha dos Ministros do STF.

Rodolfo Viana Pereira entende que é preciso democratizar os sistemas constitucionais de controle, ou seja, “sujeitar a sua titularidade ao princípio democrático ou, por outras palavras, democratizar o acesso a tais processos e ações de controle”. Como consequência dessa democratização, o autor aponta:

os sistemas devem se abrir a uma ampla esfera pública e participativa de agentes controladores que incorpore atores políticos tradicionais (partidos políticos, por exemplo), agentes de autoridade, órgãos de soberania, cidadãos e associações civis. Uma ampla esfera pública e participativa de agentes controladores que transforme a questão do correto desempenho do poder e da gestão de temas de relevância pública em objeto de fiscalização e ajuste por parte de todos.⁵⁴

⁵⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático* – controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio

Ao que nos parece essa é uma exigência do modelo democrático de Estado, que exige a participação dos segmentos da população nos destinos comuns. Nesse sentido, a jurisdição constitucional deixaria de ser vista como uma imposição dos valores subjetivos dos membros dos tribunais constitucionais ao resto da população⁵⁵, já que haveria a participação do máximo de pessoas e organizações nos processos que venham a afetar a sociedade como um todo.

Em observância a um modelo democrático de processo, devemos buscar formas de participação social nas decisões do Pleno do Supremo referentes a processos individuais com repercussão para toda a sociedade, criando-se institutos próprios de interferência ou mesmo adaptando os já existentes, como o *Amicus Curie*. Essa atitude certamente tornaria as decisões do Excelso Tribunal mais legítimas.

6 CONCLUSÕES

Sistematizando as conclusões diluídas no decorrer do presente artigo:

1) O controle difuso é marcante na tradição constitucional brasileira, estando previsto desde a Constituição de 1891.

2) A Constituição de 1934, conferindo certos contornos ao modelo difuso de constitucionalidade, instituiu a cláusula de reserva de plenário e a atribuição do Senado Federal para conferir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal, suspendendo a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 276.

⁵⁵ Sobre os questionamentos acerca da jurisdição constitucional, ver LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria Geral da República*, n.8, jan./jun. 1996, p. 81-101.

3) De acordo com a Constituição brasileira de 1988, o controle de constitucionalidade adotado em nosso país é do tipo misto, ou seja, congrega elementos tanto do sistema difuso quanto do sistema concentrado de constitucionalidade. Logo, trata-se de um sistema próprio, em que o controle difuso e o concentrado se hibridizam, embora não se confundam.

4) Nos últimos anos, recentes alterações legislativas e jurisprudenciais têm provocado inserção de traços característicos do processo objetivo no âmbito do controle difuso, implicando em uma aproximação cada vez maior entre os modelos concreto e abstrato de constitucionalidade. Trata-se de uma tendência conhecida por “objetivação”, “dessubjetivação” ou “abstrativização” do controle concreto.

5) As tendências apontadas de abstrativização do controle difuso não parecem caminhar para um sistema híbrido em que se procure privilegiar o melhor do controle difuso e do modelo concentrado. Estamos sim caminhando para uma maior expressão do controle concentrado, literalmente concentrado nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

6) Antes de pensarmos em mecanismos de abstrativização do controle difuso, é premente refletirmos sobre os mecanismos de participação da sociedade civil no âmbito do controle concentrado e difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tornando as decisões proferidas mais legítimas e democráticas. Para tanto, é necessário construirmos uma relação mais estreita, de co-implicação, entre democracia e controle de constitucionalidade.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADI e ADC*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Série Jurídica. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FURNISH, Dale. *La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*. In: Sobre La jurisdicción constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LIMA, Jonatas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>. Acesso em 12 de jan. 2010.
- LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Justiça Constitucional e Democracia: perspectivas para o papel do Poder Judiciário. *Revista da Procuradoria Geral da República*, n.8, jan./jun. 1996, p. 81-101.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Jurisdição constitucional e constituições principiológicas. In: SALES, Lília Maria de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). *Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Estudos em homenagem a José de

- Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Realidade Judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra. A Súmula 8 e os efeitos prospectivos das decisões da Suprema Corte. In: BONAVIDES, Paulo. MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a César Asfor Rocha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 27. ed. atual. por WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 162, abr./jun. de 2004.
- _____. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva/IDP, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 2.ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. rev. e atual., v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PAIVA, Clarissa Teixeira. Repercussão Geral dos Recursos Extraordinários e a Objetivação do Controle Concreto de

Constitucionalidade. *Revista da Advocacia-Geral da União*. Brasília, ano VII, n. 17, jul./set. 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático – controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contrarrevolução jurídica*. Disponível em <http://unisinus.br/blog/ppgdireito/2009/12/05/a-contrarrevolucao-juridica/>. Acesso em 12 de mar. 2010.

STF. *Informativo 463*. 16 a 20 de abr. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>. Acesso em: 20 fev. 2010.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>. Acesso em 12 de jan. 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal*. Jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.