

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

VALÉRIA MARIA LACERDA ROCHA

REPERCUSSÃO GERAL

E

SÚMULA VINCULANTE:

OS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO

**NATAL
2011**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

VALÉRIA MARIA LACERDA ROCHA

REPERCUSSÃO GERAL

E

SÚMULA VINCULANTE:

OS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor. Edilson Pereira Nobre.

NATAL
2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

VALÉRIA MARIA LACERDA ROCHA

REPERCUSSÃO GERAL

E

SÚMULA VINCULANTE:

OS EFEITOS NO CONTROLE DIFUSO

Aprovado em: ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor. Edilson Pereira Nobre Junior(orientador)

UFRN

Prof. Doutor. Gustavo Ferreira Santos (externo)

UFPE

Prof. Doutor. Erick Pereira (interno)

UFRN

RESUMO

O Brasil desde a sua primeira constituição republicana tem adotado sistemas de controle de constitucionalidade das normas. Verifica-se que esta tarefa de fiscalização normativa foi entregue aos três poderes ou funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, verifica-se que no país, ao longo da história constitucional, tem se destacado consideravelmente o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Inicialmente, já em 1891, foi adotado o controle jurisdicional difuso ou concreto, de origem norte-americana, cuja função de fiscalização das normas foi entregue a todos os órgãos do Poder Judiciário, os quais poderão diante de um caso concreto, posto a julgamento, verificarem ou não a possibilidade de aplicação de uma norma, afastando sua incidência em caso de inconstitucionalidade. Em 1969, entrou definitivamente no ordenamento jurídico o segundo modelo de fiscalização jurisdicional, o controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato, cuja inspiração advém da teoria positivista de Hans Kelsen, e foi adotado pela Constituição Austríaca de 1920. Segundo o controle abstrato a fiscalização é entregue a um Tribunal ou Corte Constitucional responsável pela análise da norma em tese, independente de sua aplicação a um caso específico. No Brasil a função do controle concentrado foi entregue com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal, que exerce a função de Tribunal Constitucional, que acumula referida função com outras competências jurisdicionais constitucionalmente previstas. Durante todo esse período, de 1891 até os dias atuais, o Brasil tem mantido um sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, onde convivem e se harmonizam o controle difuso, exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, e o controle concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal. Porém, forçoso é reconhecer, que com o advento da carta de 1988, o controle concentrado ganhou projeção e destaque no cenário nacional, por dois importantes fatores: a ampliação do rol de legitimados ativos e a inclusão de outros mecanismos de controle, além da já conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade. Esta projeção do controle concentrado e a tentativa do Supremo Tribunal de se tornar uma verdadeira corte constitucional, levaram a um relativo enfraquecimento do controle difuso mesmo quando realizado pelo Tribunal Constitucional brasileiro. Ocorre que para se tornar uma verdadeira corte constitucional, todas as decisões prolatadas pelo Supremo no exercício da jurisdição constitucional devem ter o mesmo peso e a mesma medida, ou pelo menos surtirem efeitos análogos, haja vista ser o responsável pela última palavra em se tratando de interpretação constitucional. Desta forma, a repercussão geral e a súmula vinculante foram responsáveis por profundas transformações no controle difuso, permitindo que o Supremo Tribunal Federal possa fortalecer suas decisões mesmo em sede de controle concreto. Estes dois institutos modificaram substancialmente a natureza jurídica do controle difuso, permitindo um alargamento dos efeitos das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que já não se poderá mais afirmar que os efeitos deste controle se restrinjam as partes litigantes do processo.

Palavras-chaves: Controle de Constitucionalidade Difuso. Súmula Vinculante. Repercussão Geral.

ABSTRACT

Brazil since its first republican constitution has adopted systems of laws' control. The review activity was given to three state powers or functions' state, Executive, Legislative and Judiciary. However, it appears that in the country along the constitutional history, has stood considerably the jurisdictional control of the most important control. Initially, back in 1891, Brazil adopted the jurisdictional control of diffuse from U.S, whose role in monitoring of standards is delivered to all organs of the judiciary, which may face a case, put on trial, ascertain whether or not the possibility of applying a law, removing its impact in case of unconstitutionality. In 1969, entered in the second legal model of judicial review, the concentrated control of constitutionality, whose inspiration comes from the positivist theory of Hans Kelsen, and was adopted by the Austrian Constitution of 1920. According to the abstract control the supervision of law is given to a Court or Constitutional Court, responsible for the analysis of the legal constitutionality independent of its application to a specific case. In Brazil the role of concentrated control was handed over exclusively to the Supreme Court, which serves as the Constitutional Court, which accumulates that function with other constitutionally provided jurisdiction. Throughout this period, from 1891 until today, Brazil has maintained a dual system of judicial control of legal constitutionality, where they coexist and harmonize the diffuse control exercised by any organ of the Judiciary, and concentrated control of competence the Supreme Court. However, one must recognize that with the advent of the Federal Constitution of 1988, the concentrated control has emerged on the national stage due to two important factors: the expansion of the legal capacity to sue and the inclusion of other ways control, besides the already known Direct Claim of Unconstitutionality. This concentrated control and projection of the Supreme Court's attempt to become a true constitutional court, led to a relative weakening of diffuse control even when performed by the Brazilian Constitutional Court. In order to become a true constitutional court, all decisions handed down by the Supreme in the exercise of constitutional jurisdiction should have the same weight and the same measure, or at least bring improvement to similar effects, once is the responsible for the final word when it comes to constitutional interpretation. Thus, the writs of certiorari and stare decisis were responsible for profound changes in the diffuse control, allowing the Supreme Court can strengthen its decisions even in the diffuse control. These two institutions have substantially changed the legal status of diffuse control, allowing an extension of the effects of decisions handed down by the Supreme Court, so that you can no longer be said that the effects of this control to restrict the disputing parties in the process.

Key-words: Diffuse control. Stare decisis. Writ of certiorari.

RESUMEN

El Brasil, desde su primera constitución republicana ha adoptado los sistemas de control de las normas judiciales. Esta tarea de supervisión normativa es de responsabilidad de los tres poderes del Estado o las funciones estatales, el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Sin embargo, parece que el país a lo largo de su historia constitucional, se ha mantenido considerablemente el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes como el más importante. Inicialmente, en 1891, fue aprobado el control jurisdiccional difuso o concreto, de origen norteamericana, cuyo papel en la supervisión de las normas se entrega a todos los órganos del poder judicial, que puede enfrentar un caso, llevado a juicio, determinándose si es o no inconstitucional la aplicación de una norma, la apreciación es en un caso real. En 1969, entró en ordenamiento jurídico el segundo modelo de la revisión judicial, el control concentrado de la constitucionalidad o abstracto, cuya inspiración proviene de la teoría positivista de Hans Kelsen, y fue adoptado por la Constitución Austríaca de 1920. De acuerdo con este modelo, la supervisión del control se da a un Tribunal o Corte Constitucional encargado del análisis de la teoría normativa, independiente de su aplicación a un caso concreto. En Brasil, el papel de control concentrado se entregó exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, que sirve como el Tribunal Constitucional, donde se acumulan funciones del control de constitucionalidad con funciones de apelación. A largo de este período, desde 1891 hasta hoy, El Brasil ha mantenido un sistema dual de control judicial de constitucionalidad de las normas, en que coexisten y armonizan-se el control difuso, ejercido por cualquier órgano del Poder Judicial, y el control concentrado de la competencia de la Corte Suprema. Sin embargo, hay que reconocer que con la llegada de la Constitución de 1988, el control concentrado ganó énfasis en el escenario nacional por dos factores importantes: la ampliación de la lista de los activos legítimos para proponer el control concentrado y la inclusión de otros mecanismos de control concentrado, además de los ya conocidos en el país. Este control concentrado y el deseo de proyección de la Corte Suprema de Justicia para convertirse en un verdadero tribunal constitucional, llevó a un relativo debilitamiento de control difuso, mismo cuando es realizado por el Supremo Tribunal Federal. Sucede que para ser un verdadero tribunal constitucional, todas las sus decisiones en el ejercicio de la jurisdicción constitucional debe tener el mismo peso y la misma medida, o por lo menos traer efectos similares, una vez que es el responsable por la última palabra en materia de interpretación constitucional. Por lo tanto, el repercusión general y stare decisis fueron los responsables por profundos cambios en el control difuso en el país, permitiendo que el Tribunal Supremo pueda fortalecer sus decisiones, incluso en el control difuso. Estas dos instituciones han cambiado sustancialmente la situación jurídica de control difuso, por permitir una extensión de los efectos de las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo, de modo que ya no puede decirse que los efectos de el control difuso puedan restringirse solamente a las partes contendientes en el proceso.

Palabras-llaves: Difuso Control de Constitucionalidad. Los precedentes vinculantes. Repercusión General.

AGRADECIMENTOS

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que tanto tem contribuído para a formação técnica e profissional de seus servidores e magistrados, permitindo a dedicação destes aos estudos. O Tribunal dentro do que a lei permite não tem negado aos seus funcionários a oportunidade de se qualificarem. O meu muito obrigado, e deixo aqui registrado a minha vontade de sempre contribuir com o que me for possível fazer.

À Universidade Estadual do Rio Grande do Norte também pelo incentivo a produção acadêmica de seus docentes, sempre liberando seus professores para mestrados e doutorados. O que só engrandece a instituição na qualificação de seus profissionais.

Na oportunidade, gostaria também de agradecer ao corpo docente da Faculdade de Direito do Campus de Mossoró, que de uma forma ou de outra, sem tem apoiado as saídas para mestrado de seus professores, mesmo sabendo que o trabalho será dividido por tão reduzido quadro funcional. O que é de todo um ato nobre por parte dos colegas.

O meu obrigado especial à Professora Hélder, coordenadora do curso de direito do campus de Mossoró, pela generosidade, simpatia, bom humor e seriedade com que desempenha tão árdua tarefa.

Por fim, meus sinceros agradecimentos a todos os meus amigos que estiveram torcendo por esta minha vitória.

Dedico este trabalho aos meus familiares, em especial aos meus filhos, Laura e Arthur, e ao meu esposo, Deoclécio, que com tão generosa paciência me permitiram furtar-lhes tantas horas de presença.

O tempo

A vida é o dever que nós trouxemos para fazer em casa.
Quando se vê, já são seis horas!
Quando se vê, já é sexta-feira!
Quando se vê, já é natal...
Quando se vê, já terminou o ano...
Quando se vê perdemos o amor da nossa vida.
Quando se vê passaram 50 anos!
Agora é tarde demais para ser reprovado...
Se me fosse dado um dia, outra oportunidade, eu nem olhava
o relógio.
Seguiria sempre em frente e iria jogando pelo caminho a
casca dourada e inútil das horas...
Seguraria o amor que está a minha frente e diria que eu o
amo...
E tem mais: não deixe de fazer algo de que gosta devido à
falta de tempo.
Não deixe de ter pessoas ao seu lado por puro medo de ser
feliz.
A única falta que terá será a desse tempo que, infelizmente,
nunca mais voltará.

Mário Quintana

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	18
2.1 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	18
2.1.1 O estado democrático de direito e o controle de constitucionalidade	23
2.2 TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS.....	25
2.3 AS MODALIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	30
2.3.1 A fiscalização quanto à natureza do órgão de controle	30
2.3.2 A fiscalização quanto ao momento de exercício do controle	33
2.3.3 A fiscalização quanto aos sistemas de controle	34
2.4 AS ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE NORMATIVA.....	36
2.4.1 Inconstitucionalidade formal e material	38
2.4.1.1 Inconstitucionalidade formal.....	38
2.4.1.2 Inconstitucionalidade material.....	39
2.4.2 Inconstitucionalidade por ação ou omissão	40
2.4.2.1 Inconstitucionalidade por ação.....	40
2.4.2.2 Inconstitucionalidade por omissão.....	42
2.4.3 Inconstitucionalidade originária ou superveniente	43
3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	46
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	46
3.2 AS FORMAS DE CONTROLE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	50
3.2.1 As funções do Executivo e do Legislativo no controle de constitucionalidade	50
3.2.2 A atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade	52
3.2.2.1 Controle concentrado e controle difuso: a busca de harmonização do sistema híbrido.....	54
3.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E O STF.....	57
3.3.1 O desenvolvimento histórico do Supremo Tribunal Federal	57
3.3.2 A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para o controle de constitucionalidade	63
3.4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CORTE CONSTITUCIONAL OU TRIBUNAL DE APELAÇÃO.....	70
3.4.1 O Supremo Tribunal Federal e a função de corte constitucional	71
3.4.2 O papel desempenhado pelas cortes constitucionais	74
4 O CONTROLE DIFUSO APÓS A REPERCUSSÃO GERAL E A SÚMULA VINCULANTE	77
4.1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.....	77
4.2 A FUNÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DIFUSO.....	82
4.3 A E.C 45/2004 E OS NOVOS INSTITUTOS DO CONTROLE DIFUSO PELO STF.....	85
4.4 A REPERCUSSÃO GERAL: CONCEITO, APLICAÇÃO E FINALIDADE.....	86

4.4.1 A difícil tarefa de conceituação da repercussão geral.....	87
4.4.2 A sistemática processual da repercussão geral: aplicação e finalidade do instituto.....	89
4.5 A SÚMULA VINCULANTE: CONCEITO E ALCANCE NO CENÁRIO NACIONAL.....	97
4.5.1 Súmula vinculante e o papel desempenhado no ordenamento jurídico nacional	98
4.5.2 Requisitos formais da súmula vinculante, revisão e cancelamento.....	102
4.6 REPENSANDO A COMPETÊNCIA DO SENADO.....	105
5 O CONTROLE DIFUSO E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	110
5.1 AS MUDANÇAS NO CONTROLE DIFUSO AFRONTAM O REGIME DEMOCRÁTICO DO PAÍS?	110
5.2 A TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	114
5.2.1 A tensão entre a legitimidade representativa e a jurisdição constitucional.....	115
5.3 A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CIDADÃO COMO FATOR LEGITIMANTE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	119
5.3.1 A dimensão democrática da participação popular no controle de constitucionalidade das normas	121
5.3.2 O controle difuso e a participação popular.....	126
5.4 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE DIFUSO.....	130
5.4.1 A distinção entre os efeitos erga omnes e os efeitos vinculantes.....	132
5.4.2 Os limites impostos ao controle de constitucionalidade.....	135
6. CONCLUSÃO.....	140
REFERÊNCIAS.....	144

1 INTRODUÇÃO

No Brasil há um sistema híbrido ou misto de controle de constitucionalidade das normas. O controle difuso de origem norte-americana, realizado por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, e o controle concentrado, de origem austríaca, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Os Estados Democráticos de Direito organizados a partir de uma constituição formal, são indubitavelmente um fenômeno das sociedades modernas.

Em que pese a ideia de uma lei fundamental superior às demais leis ordinárias não ser algo recente, deitando raízes ainda na civilização grega e romana, a ideia de proteção dessa ordem constitucional solidificou-se com o famoso julgamento proferido por Marshall, em 1803, nos Estados Unidos, com o caso *Marbury vs. Madison*.

Foi, sem sombra de dúvidas, a partir do pronunciamento judicial de Marshall que se dissipou no mundo jurídico a conscientização de defesa da ordem constitucional. Pode-se, inclusive, afirmar que a decisão de Marshall foi a certidão de nascimento do controle das normas.

O caso *Marbury vs. Madison* permitiu que o mundo voltasse os olhos para uma questão primordial: a necessidade de se garantir proteção à norma constitucional contra os atos que afrontassem sua integridade, sob pena de ser em vão a superioridade normativa que se almejava.

A partir de então, nasceu a ideia de que dentro do ordenamento jurídico, seria imprescindível criar mecanismos de fiscalização que pudessem proteger a constituição normativa do Estado contra os abusos ou usurpações do poder estatal por seus detentores.

Assim, inicialmente surgiu o controle difuso, cuja origem se deu sob um

sistema derivado do anglo-saxônico ou do chamado precedente judicial (*stare decisis*), cuja função de fiscalização foi assumida pelo Poder Judiciário. E posteriormente, em 1920, inspirada nas ideias de Hans Kelsen, a Constituição Austríaca concentrou a função em um Tribunal, concedendo-lhe jurisdição eminentemente constitucional e reconhecendo este tribunal como único responsável pelo controle das normas, por tal razão foi denominado de controle concentrado, por concentrar em um único órgão a competência para a declaração de inconstitucionalidade das normas.

Ambos os modelos prevaleceram no mundo jurídico, tendo o primeiro influenciado os países do Continente Americano, e o segundo lançado influência principalmente nos países do Continente Europeu.

Como no Brasil o início da República foi diretamente influenciado pelas ideias de Rui Barbosa, e este sendo um profundo admirador do sistema norte-americano, ajudou a introduzir o controle difuso ou incidental de constitucionalidade das normas, presente desde a primeira Constituição Republicana de 1891.

Esse tipo de controle predominou no ordenamento jurídico brasileiro até o final da década de 60, quando foi introduzido o controle concentrado, através de uma emenda constitucional à então vigente Carta Política de 1946.

A competência do controle concentrado foi entregue com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal, que tem no Brasil o status de corte constitucional.

O certo é que, mesmo com os dois sistemas adotados desde 1969, o controle difuso sempre foi exercido em larga escala através do recurso extraordinário, e a fiscalização concentrada, em decorrência, provavelmente, da limitação do rol de legitimados e das poucas opções legislativas existentes, restringia-se a meia dúzia de ações de declaração de inconstitucionalidade, envolvendo principalmente conflitos federativos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o controle concentrado

ganhou projeção no cenário nacional e, de certa forma enfraqueceu o controle difuso, já que neste as decisões não produziam os mesmos efeitos do controle abstrato. Aliado a esse fato, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, a partir da década de 1990, se fortalece como corte constitucional a partir do surgimento de mecanismos de proteção dos seus julgados como, por exemplo, a introdução, através da Emenda Constitucional nº 3/93, do efeito vinculante das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade. Vinculação esta destinada ao Poder Executivo e ao próprio Judiciário.

Ocorre que o controle difuso também era responsável por significativos números dentro de referido tribunal, já que a maior parte desta fiscalização se dá através do recurso extraordinário.

Contudo, as decisões em sede de controle difuso geram efeitos somente entre as partes, a não ser que haja a suspensão da norma pelo Senado Federal, conforme previsão do artigo 52, inciso X da CF/88. Em outros termos, no controle difuso para se atingir o efeito erga omnes ou contra todos, será necessária a intervenção do Senado para a suspensão da norma, sob pena da decisão judicial atingir somente as partes litigantes no processo.

Assim, em que pese a existência de inúmeros casos semelhantes ou análogos no controle difuso, faz-se necessário a suspensão da norma pelo Senado para que a decisão do Supremo tenha uma eficácia contra todos.

Desta forma, uma liminar concedida em uma ação direta de inconstitucionalidade poderá gerar efeitos contra todos, enquanto uma decisão definitiva de mérito em um recurso extraordinário não ultrapassará os limites da causa.

Isso de certa forma leva a uma incoerência e incongruência normativa que poderá, inclusive, ocasionar certa instabilidade no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que sendo o órgão responsável pela guarda da

constituição tem em seu âmbito decisões com dois pesos e duas medidas.

Refletindo sobre esse aspecto, o principal objetivo desta pesquisa será demonstrar a importância da repercussão geral e da súmula vinculante nas mudanças jurídicas provocadas no controle difuso de constitucionalidade, quando a decisão for proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Como esses dois institutos modificaram os efeitos das decisões dentro do controle difuso, de modo que já não se pode afirmar que os pronunciamentos judiciais nesse tipo de fiscalização atinjam apenas as partes litigantes do processo, quando provierem na Suprema Corte brasileira.

Inconsciente ou não, o que não se pode precisar, o certo é que o constituinte reformador ao adotar a repercussão geral para o recurso extraordinário e a possibilidade de enunciação da súmula vinculante, mudou de tal forma a natureza do controle difuso, que abriu espaço para a expansão das decisões do Supremo Tribunal Federal, ampliando efeitos e consequências, mesmo se tratando de um controle restrito as partes litigantes do processo.

E isso, vale destacar, é um fator importantíssimo na transformação do Supremo em uma verdadeira corte constitucional, porque dá coerência e estabilidade as suas decisões, contribuindo para que assuma o seu papel de guardião constitucional.

Contudo, importa ressaltar que não se pretende aqui defender uma onipotência do Supremo, tampouco incentivar uma usurpação de competências do Judiciário em desfavor do Legislativo, mas tentar uniformizar o controle de constitucionalidade misto existente dentro do sistema jurídico nacional.

Pretende-se demonstrar com o estudo que o Supremo Tribunal Federal uma vez assumindo sua função de corte constitucional, fortalecerá a defesa da Constituição e trabalhará a favor de concretizar as normas constitucionais, fiscalizando as demais atividades estatais, executivas e legislativas.

A pesquisa é de fundamental importância para a compreensão do controle difuso de constitucionalidade no atual sistema jurídico nacional, haja vista que se voltou para dois fatos primordiais, a saber: 1) os efeitos jurídicos da repercussão geral e da súmula vinculante no controle difuso; 2) a busca do Supremo Tribunal Federal em fortalecer suas decisões no exercício da jurisdição constitucional.

Assim no desenvolvimento dos estudos dividir-se-á o trabalho em quatro partes, de modo a permitir uma melhor compreensão do assunto e dos objetivos pretendidos com a presente pesquisa.

Na primeira parte, demonstrar-se-á a importância do controle de constitucionalidade no fortalecimento dos atuais estados democráticos de direito, abordando-se a fundamentação jurídica do controle e sua necessidade para garantia da ordem democrática. Ainda, sob esse aspecto, será fundamental compreender as teorias sobre a inconstitucionalidade das normas, de modo a perceber como a natureza jurídica da inconstitucionalidade traçará o tipo de controle de constitucionalidade e as consequências de seus efeitos.

Dando continuidade ao estudo, a direção almejada será a contextualização do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a sua fase evolutiva e histórica dentro do sistema legal do país, dando ênfase principalmente à atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, que foi concretizada desde a Constituição Federal de 1891.

Buscar-se-á abordar o assunto sob o aspecto da legitimidade do Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional, e principalmente sua função como guardião da ordem constitucional no território brasileiro. A principal preocupação é contextualizar a atuação do tribunal na defesa da ordem democrática do país mesmo em tempo de instabilidade política.

Na terceira parte do trabalho, o estudo voltar-se-á primordialmente para os

institutos da súmula vinculante e da repercussão geral introduzidos no Brasil pela Emenda Constitucional nº 45/2004. O objetivo principal será analisar e compreender a repercussão geral e a súmula vinculante através de seus conceitos, requisitos e aplicabilidade, delimitando a área de atuação de cada um desses institutos dentro do controle de constitucionalidade difuso.

A última parte do estudo visará confrontar os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral com o regime democrático adotado pelo país. Analisar-se-á as consequências e desafios que a própria jurisdição constitucional poderá impor quanto à mudança de paradigmas das decisões em sede de fiscalização concreta, haja vista que a natureza do controle difuso foi diametralmente modificada. Buscar-se-á compreender quais os limites que serão impostos pela própria ordem jurídica as faces do controle difuso.

Em outros termos, será analisado porque a extensão erga omnes e vinculante dos efeitos da decisão em sede de controle difuso é possível no ordenamento jurídico nacional, desde que esteja dentro dos limites impostos pela própria Constituição Federal. Ademais, destacar-se-á como a participação popular influencia fortemente a permanência deste tipo de controle no ordenamento jurídico, haja vista tratar-se de um importante instrumento da democracia.

Por fim, serão expostas as conclusões alcançadas após a análise do tema, pretendendo-se, a partir do desfecho da pesquisa, abrir caminho para um produtivo e amplo debate sobre o assunto, o qual ainda está envolto em muitas questões e sem as devidas respostas.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

2.1 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O conceito de supremacia da constituição como se tem hoje assinalado não é uma novidade advinda com o Estado de Direito, sua gênese foi fixada ainda na antiguidade pela civilização Grega e Romana.

De acordo com Jellinek, Aristóteles e os romanos já faziam a distinção entre uma lei fundamental (Constituição) para o Estado e as leis de ordem particular. Essa lei fundamental seria responsável pela constituição do poder supremo, pelo estabelecimento dos fins sociais da comunidade e base de validade para as leis comuns.

El concepto de Constitución, en el sentido que le hemos asignado, fue ya fijado por los griegos. Aristóteles distingue entre πολιτεία, que era el fundamento del Estado, y las leyes simples, νόμοι, que tienen por base esta Constitución.(...)También los romanos distinguen con gran agudeza entre Constitución del Estado y disposiciones legislativas particulares, por grande que pueda ser la significación de éstas para la comunidad.¹

Essa relação de superioridade das leis de constituição do Estado com as leis comuns, já estabelecida na antiguidade, atravessou o tempo e foi de grande utilidade para a concepção moderna sobre a natureza das constituições. Destaca ainda o autor, que essa ideia de superioridade constitucional, foi tão forte que prevaleceu inclusive, em nações que não estabeleceram a distinção formal e jurídica entre as normas constitucionais e as leis ordinárias.

Porém, a ideia da necessidade de uma constituição escrita, reconhecida como

¹ JELLINEK, Georg. Teoría General Del Estado. Editora Fundo de Cultura Económica, Mexico, 2000, pgs. 457/458

lei fundamental e independente da doutrina do direito natural², teve origem no movimento de independência das colônias inglesas na América, ocorrida por volta do ano de 1776, tendo a Revolução Francesa, de 1789, levado o movimento para o continente europeu.

Mas, como bem adverte Edilson Pereira Nobre³, a idéia de supremacia da constituição não encontrou no sistema europeu a mesma receptividade encontrada no ordenamento jurídico norte-americano, em decorrência principalmente dos conflitos de interesse envolvendo liberais e monarquia.

Entretanto, nesse cenário de profundas transformações sociais, tendo como marco inicial do movimento constitucionalista, a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos, houve a gradativa e definitiva transformação dos estados de direito nos atuais estados constitucionais e democráticos.

Esses estados democráticos surgidos principalmente após a 2ª Guerra Mundial, sedimentaram de uma vez por todas a necessidade de uma ordem constitucional hierarquicamente superior às demais normas do sistema, tanto como meio de limitação do poder estatal, como garantia dos direitos humanos fundamentais.

Ocorre que a superioridade hierárquica das normas constitucionais em relação às demais leis do ordenamento jurídico é uma consequência direta das Constituições rígidas adotadas no Estado de direito, como bem observa Bonavides⁴. Serão rígidas as constituições que exigem um quorum qualificado para sua modificação, não podendo ser as suas disposições revogadas ou derogadas por normas comuns.

² “La teoría del derecho natural es la primera que acomete la investigación del problema de las leyes fundamentales en todos sus aspectos. Es evidente que Inglaterra fue también la primera en llevar a cabo ese orden de explicaciones. La doctrina popular del contrato social es acogida por Hobbes y sobre ella funda su teoría de la doctrina del Estado, teoría enteramente en contradicción con las exigencias democráticas. JELLINEK, Georg. Ob. cit., pg. 463.

³ Razões de ordem política, principalmente as decorrentes dos conflitos entre os liberais e a monarquia, fizeram com que a idéia de supremacia constitucional, a revestir diploma normativo escrito que se impunha obrigatoriamente aos órgãos do Estado, não grassasse na Europa do Século XIX. Somente a partir do término da Primeira Guerra Mundial, tal convicção começa a ganhar prestígio, o que não ocorreu sem fortes resistências, conforme se pode notar da polêmica entre Kelsen e Carl Smith. (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, “A jurisdição constitucional e a Emenda Constitucional 45/04”. Revista da Ajuris. Ano XXXII, nº 98, junho/2005, pág. 42)

⁴ Paulo Bonavides, Curso de Direito. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p.296

Essa supra-legalidade das normas constitucionais conduz, ainda, a distinção que se deve estabelecer entre poder constituinte e poderes constituídos.

De acordo com Canotilho “o poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade política’ que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição, entendida como lei fundamental da comunidade política”⁵.

A legitimidade desse tipo de poder advém do povo, único titular do poder constituinte, seja originário ou derivado. O povo que na atualidade deve ser compreendido como todos os que fazem a sociedade, seja em sua dimensão pluralista e diversificada, compreendendo, os indivíduos, as associações, igrejas, comunidades, grupos étnicos, e etc.

Veremos que, hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo, na actualidade, se entende como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesse, idéias, crenças e valores plurais, convergentes ou conflituantes⁶.

O poder constituinte seria o responsável por estabelecer a ordem constitucional, enquanto os poderes constituídos serão aqueles cujas competências e funções estarão predeterminadas na ordem constitucional estabelecida pelo poder constituinte, originário⁷ ou derivado⁸. Os poderes constituídos não podem ultrapassar os limites fixados pelo texto constitucional, sob pena de violando a ordem praticarem atos inconstitucionais.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria Constitucional, Almedina: Portugal, 7ª Ed., pg. 65

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria Constitucional, Almedina: Portugal, 7ª Ed., pg 66

⁷ “Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política. (...) Dizem os autores que se trata de um poder que tem na insubordinação a qualquer outro a sua própria natureza; dele se diz ser absolutamente livre, capaz de se expressar pela forma que melhor lhe convier, um poder que se funda sobre si mesmo, onímodo e incontrolável, justamente por ser anterior a toda normação e que abarca todos os demais poderes; um poder permanente e inalienável; um poder que depende apenas de sua eficácia”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 231/233.

⁸ “Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Lei Maior.(...) O poder de reforma – expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto(art. 3º do ADCT) – é portaanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, ob. cit., pg. 247.

Como leciona Bonavides:

A constituição obriga os poderes constituídos, não obriga o poder constituinte; ela institui o governo, distribui a competência, separa os poderes, arma-os de prerrogativas, mas não constitui a nação sem o corpo político, sempre soberanos para modificá-la⁹.

Enquanto o poder constituinte não encontra limites formais dentro do ordenamento jurídico, haja vista que estará responsável por estabelecer a ordem constitucional, seja esta inaugural ou renovada. O poder constituído encontra sua limitação nas próprias normas constitucionais já estabelecidas pelo poder constituinte, sendo, portanto, um poder limitado e jurídico.

O segundo (poder constituído) se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.¹⁰

Desta forma, alçando a constituição à condição de principal norma jurídica do ordenamento jurídico, seria necessária a criação de mecanismos que assegurassem sua supremacia face às demais normas jurídicas. Esses mecanismos de defesa da supremacia constitucional seriam os responsáveis por expurgarem do mundo jurídico todos os atos inconstitucionais.

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.¹¹

Neste contexto surge então o chamado controle de constitucionalidade das leis, cuja principal atividade é a verificação da validade e conformidade dos atos normativos

⁹ Paulo Bonavides, Curso de Direito. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 149

¹⁰ Paulo Bonavides, Curso de Direito. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146

¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 237.

infraconstitucionais com a constituição do país.

Daí se concluir que o controle de constitucionalidade dos atos normativos, fundamenta-se em dois princípios básicos que são: a rigidez constitucional e a limitação dos poderes constituídos. Só se permite falar em controle de constitucionalidade se a Constituição for rígida. A rigidez constitucional garante a superioridade de suas normas em relação aos demais atos normativos. Não teria qualquer finalidade o controle de constitucionalidade se a Constituição pudesse ser revogada pela legislação ordinária.

As constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre o poder constituinte originário e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade de leis, como garantia real da suprallegalidade das normas constitucionais¹².

Outro ponto norteador do controle de constitucionalidade das normas é a delimitação constitucional das funções dos poderes constituídos, haja vista que se a Constituição é a norma jurídica fundamental do Estado de Direito¹³, encontrando-se nela a limitação e a forma de exercício dos poderes constituídos, não poderá haver usurpação das funções determinadas pela ordem jurídica vigente sob pena de se realizar um ato inconstitucional.

A desestabilização da ordem constitucional pelo abuso do poder estatal deve ser afastada por quem tenha competência para tal finalidade, ou seja, o fiscal da constituição através do exercício do controle de constitucionalidade.

Diante disto, forçoso é reconhecer que os meios de controle de constitucionalidade ou os mecanismos de defesa da ordem constitucional devem estar expressamente previstos na carta magna, além de estarem especificados os titulares e a forma de seu exercício.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, , Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 237, pg. 248.

¹³ “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. (...) Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, São Paulo: Martins Fontes, pg. 247.

Em que pese existir um controle de constitucionalidade na maioria dos países que adotaram Constituições rígidas, “o ponto mais grave da questão reside em determinar que órgão deva exercer o chamado controle de constitucionalidade”.¹⁴

Entretanto, a legitimidade do controle de constitucionalidade será retirada do próprio texto constitucional, o qual deverá delegar expressamente a quem compete à fiscalização dos atos normativos infraconstitucionais.

Importante destacar, o papel desempenhado pelo controle de constitucionalidade nos estados democráticos de direito.

2.1.1 O estado democrático de direito e o controle de constitucionalidade

A atividade de verificação da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma norma ou lei é realizada pelo chamado controle de constitucionalidade, instrumento na atualidade de extrema importância para a proteção e manutenção da supremacia constitucional, conforme exposto acima.

De acordo com Bonavides, a supremacia constitucional sem um controle, traria imenso prejuízo para o Estado, porque através deste se permite o funcionamento harmônico e equilibrado dos poderes estatais, além da defesa dos direitos fundamentais consagrados na constituição.

Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.¹⁵

Compartilhando do entendimento que sem uma defesa a Constituição deixaria o próprio Estado enfraquecido e incompleto, encontra-se Canotilho que afirma ser necessário ao Estado Constitucional Democrático assegurar “um mínimo de garantias e

¹⁴ Paulo Bonavides, Curso de Direito. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 297

¹⁵ Paulo Bonavides Curso de Direito. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 297

de sanções: garantia da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conforme a constituição”¹⁶.

Segundo ainda o mestre português, somente a partir do Estado Constitucional passou a se falar de defesa ou garantia da Constituição, porque no referido estado o objeto de proteção não é apenas o Estado, mas também a forma adotada pelo Estado que é normativa constitucionalmente democrática¹⁷.

Assim, os mecanismos de defesa da constituição são também meios de proteção da forma constitucional democrática adotada pelo Estado. Esses instrumentos de proteção constitucional, não devem ser confundidos com as garantias constitucionais postas à disposição de todo e qualquer cidadão para fazer valer seu direito frente ao poder estatal. Podendo ser citados como exemplos: o mandado de segurança, o habeas corpus, o habeas data¹⁸, que são ações que garantem a defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos em face da atividade estatal.

Já, a defesa da Constituição pressupõe a existência de garantias ou instrumentos de proteção da própria ordem constitucional. São mecanismos e institutos destinados a assegurar a observação, a concretização e a estabilidade das normas constitucionais. Canotilho faz referência à duas formas de garantia e defesa da Constituição: 1) a vinculação de todos os poderes públicos à Constituição; 2) a existência de competências para o exercício do controle político e jurisdicional do cumprimento da Constituição¹⁹.

Mas, qual seria o valor normativo que se encontraria ínsito nas normas

¹⁶ GOMES, JJ. Canotilho, Direito Constitucional. Coimbra: Edições Aldemina, 7ª edição, pg. 887

¹⁷ “A partir do *Estado Constitucional* passou a falar-se de defesa ou garantia da constituição e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado lingüístico. No Estado constitucional o objecto de proteção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente-conformada – o Estado Constitucionalmente democrático”. GOMES, JJ. Canotilho, Direito Constitucional. Coimbra: Edições Aldemina, 7ª edição, pg. 887

¹⁸ Estes institutos de defesa das garantias constitucionais foram adotados pela Constituição Federal do Brasil de 1988, estando todos previstos no artigo 5º que trata dos direitos fundamentais. Vale ressaltar que o referido artigo é protegido por cláusula pétrea, conforme artigo 60, § 4º da CF/88.

¹⁹ GOMES, JJ. Canotilho. Direito Constitucional e Teoria Constitucional, Almedina: Portugal, 7ª Ed. pg. 888

constitucionais, que as tornariam hierarquicamente superiores dentro do ordenamento jurídico. A essa questão reponde proficuamente Marcelo Neves, afirmando que as atuais constituições devem ser entendidas como uma aquisição evolutiva da sociedade moderna, superado como foi, o sentido de mero pacto de poder e carta de direitos.

No Estado de Direito, a diferenciação de política e direito realiza-se mediante a Constituição. Nessa acepção sistêmico-teorética, não se trata de um conceito normativo-jurídico, fáctico-social ou culturalista, no sentido de que todo e qualquer Estado, pré-moderno ou contemporâneo, absolutista, totalitário ou democrático-liberal, tem uma Constituição. (...) A constituição é compreendida, especificamente, como 'aquisição evolutiva' da sociedade moderna. Envolve um uso linguístico inovador vinculado às transformações revolucionárias ocorridas no início da era contemporânea. Esse novo sentido rompe com o paradigma semântico emergente na transição para a época moderna, no âmbito do qual a constituição era conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder.²⁰

As constituições atuais, adotadas pelos estados democráticos, não só garantem o controle e a limitação do poder, mas destinam-se também a garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, permitindo condição de igualdade entre todos os participantes da sociedade atual, caracterizada por sua hipercomplexidade estrutural e diversidade de valores.

2.2 TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

Conforme estudado, o controle de constitucionalidade tem como principal fundamento, a manutenção da superioridade ou supremacia das normas constitucionais frente às demais normas do ordenamento jurídico. A inconstitucionalidade de um ato normativo aciona o exercício do controle de constitucionalidade, que será desempenhado por aqueles a quem competir à função. Entretanto, uma vez reconhecida à inconstitucionalidade qual a natureza jurídica desta norma? Será inexistente, nula ou anulável? O posicionamento adotado quanto à natureza jurídica da norma inconstitucional irá influenciar nas consequências advindas com a declaração de

²⁰ NEVES, Marcelo. Entre têmis e leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, p. 95/96.

inconstitucionalidade.

Desta forma, conclui-se que a teoria da inconstitucionalidade das normas irá se preocupar em saber se há invalidade, ineficácia ou inexistência dos atos reconhecidos como inconstitucionais, para que a partir daí se trace as consequências da decisão no controle de constitucionalidade.

Vale ressaltar que não há, na maioria das vezes, previsão constitucional expressa sobre a natureza jurídica das normas inconstitucionais, sendo tal entendimento construído ao longo dos posicionamentos, tomados pelas cortes constitucionais. Ademais, a teoria da inconstitucionalidade está diretamente ligada ao controle jurisdicional, onde o reconhecimento da inconstitucionalidade é realizado mediante uma decisão judicial, cujas consequências, produzirão efeitos no mundo jurídico²¹.

Assim, segundo a teoria da inexistência da norma inconstitucional, esta não poderá produzir nenhum efeito dentro do ordenamento jurídico, uma vez que nunca existiu. Uma norma inexistente será um nada no mundo jurídico e por isto esta norma impedirá que se crie ou extinga direitos e deveres, bem como, não influenciará nenhuma relação jurídica. O ato normativo inconstitucional não entra no ordenamento jurídico por ausência de pressupostos essenciais a sua própria existência, como bem observa Luís Roberto Barroso:

A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impede o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário. Seria inexistente, por exemplo, uma lei que não houvesse resultado de aprovação da casa legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico²².

²¹“A natureza da norma declarada inconstitucional influencia na natureza da decisão judicial que determina sua inconstitucionalidade e decorre do grau de mácula do ato que infringiu a constituição, que pode ser considerado nulo, anulável ou inexistente. Ou seja, para se saber a natureza da decisão judicial, é necessário empreender um estudo acerca da natureza da norma declarada como inconstitucional” AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2008, pg. 27.

²² BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 13.

Já, a teoria de nulidade da norma, parte do pressuposto que a lei inconstitucional não é lei, por isso não produz nenhum efeito. A nulidade fulmina o ato normativo desde o nascedouro, sendo por isso que as sentenças são meramente declaratórias, com efeitos *ex tunc*, atingindo todo o tempo de vigência da norma.

Pela teoria da nulidade assim como da inexistência a lei inconstitucional não poderá produzir nenhum efeito. A principal diferença entre a teoria da inexistência e da nulidade da norma inconstitucional, é que na primeira a lei nem chega a entrar no ordenamento jurídico, enquanto na segunda a norma ingressa no ordenamento, mas sua inconstitucionalidade impede a produção de qualquer efeito.

A teoria da anulabilidade foi defendida por Hans Kelsen que reconhecia que a norma mesmo inconstitucional, entrou no ordenamento jurídico, adquiriu validade, vigência e eficácia, entretanto, somente a partir do momento que for reconhecida sua inconstitucionalidade, é que deixará de produzir efeitos.

Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo²³.

Com base também na teoria de Kelsen, a decisão que declara a anulabilidade da norma inconstitucional, tem natureza de uma sentença constitutivo-negativa, ou seja, a norma deixará de produzir seus efeitos só a partir do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, até lá todos os efeitos produzidos são válidos. “É constitutiva porque os efeitos produzidos são mantidos. É negativa porque suprime os efeitos posteriores à decisão de inconstitucionalidade”²⁴. Portanto, a sentença de reconhecimento da anulabilidade, ao contrário da nulidade, produzirá efeitos *ex nunc* (a

²³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São: Martins Fontes, 2006, pg. 307.

²⁴ AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2008, pg. 29.

partir de então).

Como adverte Barroso, a tese da nulidade da norma inconstitucional, prevaleceu nos Estados Unidos até meados na década de 1960, quando começou a sofrer atenuações em decorrência, principalmente, do surgimento de causas complexas, que exigiam certo temperamento jurisdicional. Essa teoria da nulidade foi admitida por quase todos os países que adotaram o controle judicial de constitucionalidade, a exemplo destes temos: Portugal, Espanha, Alemanha e Itália, com exceção da Áustria, que sofreu influência direta da Teoria Kelseniana²⁵.

A teoria da nulidade também ingressou no Brasil, sob forte influência de Rui Barbosa, grande defensor no país da doutrina norte-americana. Entretanto, em decorrência da rigidez da tese e das complexas causas que são decididas na atualidade, houve uma atenuação dos efeitos nos pronunciamentos por parte do Supremo Tribunal Federal.

Sem sombra de dúvidas, a teoria da nulidade corresponde integralmente aos anseios de se manter a supremacia da constituição dentro do ordenamento, haja vista, uma lei inconstitucional jamais poderia produzir qualquer efeito, por menor lapso de tempo que seja sua vigência, sob pena de se negar a própria vigência da constituição. Entretanto, a experiência tem demonstrado que impossível se torna aplicar rigorosamente a regra, sem colocar em risco outros valores importantes, também reconhecidos no sistema como o ato jurídico, a coisa julgada e o direito adquirido, além de ocasionar uma enorme insegurança jurídica nas relações sociais. Conforme lições de Luis Roberto Barroso:

²⁵ “A tese de que a norma inconstitucional é nula prevaleceu nos Estados Unidos, embora tenha sofrido algumas atenuações a partir dos anos 60 do século passado. Foi acolhida, ademais, em praticamente todos os países que adotaram o modelo de controle judicial de constitucionalidade, sem embargo da previsão expressa ou tácita de uma ou outra exceção, como em Portugal, Espanha, Alemanha e Itália. Somente na Áustria, fiel à doutrina de Kelsen, prevaleceu entendimento de que a lei inconstitucional é meramente anulável, de modo que a decisão que reconhece tal situação tem efeito constitutivo e, como regra, efeitos prospectivos, isto é *ex nunc*”. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 18-9

Foi inevitável, assim, que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, suprimindo ou atenuando o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica²⁶.

Assim, atualmente segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a regra geral é a nulidade da norma declarada inconstitucional, porém devem ser atenuados os efeitos quando a retroatividade colocar em risco a própria harmonia do ordenamento jurídico.

Com o advento da Lei nº 9868/99, ficou expressamente prevista a possibilidade do Supremo Tribunal Federal conceder efeito *ex nunc* às decisões liminares concedida em ação direta de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* (art.11º, § 1º), e nas decisões definitivas que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros (art. 27). Contudo, vale ressaltar que o referido tribunal já vinha adotando posicionamento no sentido de atenuarem os efeitos de suas decisões, antes mesmo da previsão legislativa.

Vale ressaltar que já era entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal que a decisão liminar como medida preventiva nas ações de inconstitucionalidade, revestia-se, ordinariamente de efeitos *ex nunc*, operando efeitos a partir do momento em que o Tribunal a defere. E só excepcionalmente, poderia projetar-se com efeitos *ex tunc*²⁷.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, pg. 18-9

²⁷Em várias decisões antes da Lei 9868/99, o Supremo tinha se manifestado no sentido de que: “ação direta de inconstitucionalidade. medida cautelar deferida. questão de ordem. 2. a decisão que concede medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, possui eficácia, "ex nunc". com a concessão da liminar, o ato normativo impugnado fica com sua eficácia suspensa, até o julgamento final. 3. em se tratando de lei relativa a vencimentos e vantagens de servidores públicos, o tribunal assentou, por maioria, vencidos três ministros, inclusive o relator, que, deferida a liminar, novos pagamentos não se fazem, com base nesse diploma, até o julgamento final, mesmo quanto aos servidores que já vinham percebendo estipêndios de acordo com as normas suspensas; a concessão da cautelar alcança os efeitos supervenientes do ato administrativo, proferido com base na lei atacada. 4. o deferimento da medida cautelar produz seus efeitos a partir da data da publicação da ata de julgamento no diário da justiça da união. petição conhecida como questão de ordem e decidida nos termos acima. (ADI 711 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/1992, DJ 11-06-1993) Conferir ainda os seguintes julgados: ADI 773 MC-ED/RJ; ADI 1434 MC/SP; ADI 1659 MC/UF; ADI 1782 MC/DF; ADC 4 MC/DF; ADI 1730 MC/RN.

2.3 AS MODALIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já visto, o controle de constitucionalidade é acionado sempre que houver a necessidade de proteção do ordenamento jurídico em decorrência de um ato normativo inconstitucional. Existem várias modalidades de controle de constitucionalidade apresentados pela doutrina, entretanto, aqui se levará em conta para efeito de estudo, três fatores considerados importantes quanto à fiscalização das normas: a natureza do órgão de controle, o momento de exercício e os sistemas atuais de controle judicial ou jurisdicional.

2.3.1 A fiscalização quanto à natureza do órgão de controle

A doutrina costuma classificar o controle de constitucionalidade segundo a natureza do órgão, em político e judicial. Político seria o controle exercido através de um órgão de natureza política, enquanto controle judicial seria aquele exercido por um órgão com função judicial ou jurisdicional.

O controle político se fundamenta no princípio da soberania do parlamento, que torna inadmissível um órgão estranho à representação popular revogar as normas advindas dos representantes do povo. Parte da ideia de que as normas são manifestações de um órgão político, assim somente outro órgão com essa mesma natureza teria competência para rever os atos.

O controle político parte do pressuposto de que a forma de controle mais consentânea com a divisão de poderes é a realizada por um órgão distinto dos demais poderes estabelecidos, por intermédio de um tribunal constitucional, evitando-se a preponderância do Poder Judiciário, que poderia atuar como legislador negativo, retirando eficácia das normas no ordenamento jurídico. Como as normas são realizadas por um órgão político, apenas outro dessa

natureza teria competência para controlá-lo²⁸.

Como a idéia do controle político ganhou força com a Revolução Francesa, boa parte da doutrina chega a citar o conselho ou comitê constitucional francês, criado por Sieyès durante a revolução francesa, como exemplo de controle político

Determinados sistemas constitucionais, reconhecendo que o controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos e confere ao órgão exercitante uma posição de preeminência no Estado cuida mais adequado e aconselhável cometê-lo a um corpo político, normalmente distinto do legislativo, do Executivo e do Judiciário. Deixam assim de confiá-lo aos tribunais. Esse órgão pode ser uma assembléia como um conselho ou comitê constitucional. O país onde tal controle primeiro floresceu foi à França, que o viu nascer da obra de um dos principais legisladores da Revolução Francesa: o jurista Sieyès²⁹.

É inegável que na França, à época da Revolução de 1789, havia um clima de total desconfiança com os juízes do antigo regime, os quais não eram vistos com bons olhos pelos franceses revolucionários, em decorrência da ligação destes com a monarquia, o que impedia a adoção de um controle judicial de constitucionalidade nos moldes concebidos pelo sistema norte-americano.

Entretanto, segundo Edilson Nobre a referência ao Conselho Constitucional como um controle político, está equivocada, uma vez que o Tribunal Francês vem gradativamente modificando sua natureza jurídica, assumindo atividades típicas de uma corte constitucional.

Observa o autor que o referido conselho, ciente de sua tarefa de dar uma maior efetividade a supremacia constitucional, passou a admitir também o controle repressivo, verificando a inconstitucionalidade das leis já promulgadas quando a lei nova: “a) modificar a antiga; b) completar a anterior; c) afetar o domínio da lei antecedente”³⁰. Vale destacar que o controle francês era até então um controle eminentemente preventivo.

²⁸ AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: Juspodivm, 2008, pg. 24.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2008, pg. 299.

³⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Triunfo de Sieyès in Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, vol. 1, nº1, 2010, <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/30/27>, pg. 14

Essa atividade precursora por parte do Conselho Francês levou à modificação da constituição pela Lei Constitucional nº 724, de 23 de julho de 2008, sendo expressamente prevista a permissão para que o Conselho Constitucional conhecesse de questão levantada dentro de um processo em curso perante qualquer jurisdição, na qual se suscitasse a inconstitucionalidade de uma disposição legislativa frente aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição Francesa.

Isso de acordo com o jurista leva a seguinte conclusão:

Daí se tem que tal reforma mudou consideravelmente a face da fiscalização de constitucionalidade na França, a qual: a) não mais se manifesta unicamente de forma prévia, podendo agora ser manejada posteriormente ao ingresso da norma impugnada no sistema jurídico; b) a legitimidade para a sua ativação, pela via da questão prioritária de constitucionalidade, pertence também aos particulares, não mais se restringindo aos legitimados no art. 61 da Constituição³¹.

Destarte, forçoso é reconhecer que o controle político atualmente se manifesta principalmente nas atividades desenvolvidas pelo Executivo e pelo Legislativo, no controle de constitucionalidade das normas, quando do exercício de suas funções destinadas à guarda, conservação e concretização das normas constitucionais, como por exemplo, o veto presidencial por inconstitucionalidade da lei, ou a apreciação da constitucionalidade dos projetos de lei, pelas comissões das casas legislativas.

Assim, o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões, enquadra-se nessa categoria. Também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (CF, art. 66, § 1º)³².

O controle judicial, é exercido através da jurisdição constitucional, seja pelos órgãos do Poder Judiciário, ou por um tribunal constitucional criado para tal finalidade com atividade jurisdicional. Esse controle, de origem norte-americana, ganhou força com a teoria da separação dos poderes, através do *checks and balances* (freios e

³¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Triunfo de Sieyès in Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, vol. 1, nº1, 2010, <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/30/27>, pg. 15

³² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2009, pg.1055

contrapesos) onde, cada poder estatal poderá fiscalizar as atividades um do outro, objetivando garantir a estabilidade do sistema de repartição de competências.

2.3.2 A fiscalização quanto ao momento de exercício do controle

Quanto ao momento de exercício, o controle pode ser preventivo ou repressivo. Considera-se preventivo, o controle realizado antes da entrada da lei no ordenamento jurídico. É repressivo o controle responsável por retirar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional.

Com muita pertinência lembra Gilmar Mendes que um modelo clássico de controle preventivo é o exercido pelo Conselho Francês, o qual poderá ser provocado por diversos órgãos no tocante ainda aos projetos de leis. Segundo Mendes, tem-se admitido também o controle preventivo quanto aos tratados internacionais, em decorrência das consequências negativas advindas com uma possível declaração de inconstitucionalidade, depois de acolhido pelo sistema normativo subscritor do tratado.

O controle preventivo efetiva-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo. Modelo clássico de controle preventivo é o exercido pelo Conselho Constitucional Francês. Tem-se, por provocação de diversos órgãos, o controle de constitucionalidade de projetos de lei. Hodiernamente, defende-se também o controle preventivo de tratados internacionais, tendo em vista as consequências que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade³³

O controle preventivo ou prévio é responsável por analisar o ato normativo ainda na sua criação ou elaboração, impedindo que o ato inconstitucional ingresse no mundo jurídico. As funções desempenhadas pelo Executivo e Legislativo são na maioria das vezes atividades preventivas, haja vista que estão diretamente vinculados à elaboração, votação e promulgação legislativa. Entretanto, há possibilidade dos referidos poderes também utilizarem o controle repressivo, desde que haja previsão dentro do ordenamento jurídico. No Brasil, tanto o executivo como o legislativo,

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2009, pg. 1055-56.

possuem legitimidade para proporem ações de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ao contrário do controle preventivo, o repressivo, como o próprio nome está a indicar, reprime do ordenamento o ato inconstitucional. Sua atuação será após a entrada do ato inconstitucional no ordenamento jurídico. A atividade repressiva é tipicamente judicial, porque em regra só se admite a instauração do controle repressivo após a promulgação da lei, e nestes casos a matéria será destinada ao controle jurisdicional.

No Brasil, até a promulgação da lei, só caberá o controle preventivo. Como o ordenamento do país adotou o princípio da universalidade da jurisdição, o Poder Judiciário não pode exercer o controle preventivo, atuando preponderantemente no controle repressivo. A única hipótese de atuação do Poder Judiciário no controle preventivo aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é quanto ao projeto de emenda constitucional tendente a abolir as cláusulas pétreas (art. 60, caput da CF/88)³⁴.

2.3.3 A fiscalização quanto aos sistemas de controle

Atualmente, dois tipos de sistemas de controle de constitucionalidade são reconhecidos: o sistema norte-americano (controle difuso) e o sistema europeu (controle concentrado).

O controle difuso de origem norte-americana e fortemente influenciado pela teoria da separação dos poderes reconheceu ao Poder Judiciário, a competência para averiguar a constitucionalidade de uma lei, e desta forma negar-lhe aplicação quando

³⁴Conferir MS 23047 MC, relator: Mn. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998, onde o Supremo Tribunal declarou que: “EMENTA: I. Emenda constitucional: limitações materiais (“cláusulas pétreas); controle jurisdicional preventivo (excepcionalidade); a proposta de reforma previdenciária (PEC 33-D), a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 1º) e os direitos adquiridos (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, 36): alcance das cláusulas invocadas: razões do indeferimento da liminar. II. Mandado de segurança: pedido de liminar: possibilidade de sua submissão ao Plenário pelo relator, atendendo a relevância da matéria e a gravidade das conseqüências possíveis da decisão”.

em confronto com a constituição.

O controle difuso foi a primeira técnica de controle de constitucionalidade entregue ao Judiciário, haja vista que até a célebre sentença do juiz Marshall no caso constitucional “Marbury vs. Madison”, não se falava em controle jurisdicional de constitucionalidade³⁵.

Ao contrário do que ocorria no continente europeu, onde o judiciário não usufruía da confiança do povo, especialmente na França, nos Estados Unidos os tribunais possuíam credibilidade e atuavam juntos com os demais poderes no equilíbrio das forças estatais³⁶. Ademais, como bem observa João Carlos Souto, muitos dos institutos relevantes na atualidade são legados do Direito Constitucional Norte-Americano.

O Direito Constitucional norte-americano legou ao mundo alguns de seus – dele, Direito Constitucional – mais relevantes institutos. O sistema presidencialista de governo, a efetivação normativa da teoria da tripartição de Poderes, a forma de Estado federal inaugurada em 1787 e que permanece ainda hoje com a mais pura das federações, o legislativo bicameral federativo, e, a partir dos anos 70, no âmbito dos Direitos Fundamentais, a polêmica ação afirmativa, fruto de construção jurisprudencial recentemente confirmada.³⁷

O sistema europeu, baseado na doutrina de Hans Kelsen, preferiu delegar a função a um Tribunal criado especificamente para tal finalidade, cuja jurisdição é eminentemente constitucional. Este controle é também conhecido como europeu, por ter prevalecido principalmente em países daquele continente, foi adotado por Alemanha, Itália, França e Áustria. Por concentrar o controle nas mãos de um único órgão é

³⁵ “Sem embargo, foi o já hoje bicentenário *judicial review of legislation* a mais significativa inovação americana em relação à tradição inglesa. Representou ele, na prática, a superação do princípio da supremacia do Parlamento – elevado à condição de dogma no Reino Unido desde a Revolução Gloriosa, e lá ainda vigente – pela supremacia normativa da Constituição. Ao judiciário caberia exercer a guarda de tal supremacia, ainda que isso importasse na invalidação de atos legislativos”. Gustavo Binbenjy. A nova jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Renovar, 2004, p. 25.

³⁶ O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, tal como existe nos Estados Unidos, é uma instituição tão original e intimamente ligada ao desenvolvimento do federalismo americano que os juristas do continente europeu experimentam amiúde, certa dificuldade em compreender-lhe o mecanismo. Na França, principalmente, os autores que, durante as duas primeiras décadas do Século XX, apontaram aos seus patrícios a existência dessa faculdade judicial, fizeram-no, muitas vezes, com o propósito de vê-la implantada em seu próprio país, o que os levou a dissimular muitos de seus traços peculiares para diminuir a oposição que, em face das tradições constitucionais francesas pudesse provocar a instituição americana”. JAFFIN, George H. “Evolução do Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis nos Estados Unidos, in Revista dos Tribunais, vol. LXXXVI, Ano XXXVIII, RJ, 1941.

³⁷ Souto, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3

denominado de controle concentrado.

Há ainda, países que optaram por adotarem um controle misto ou híbrido, onde existe no ordenamento a previsão do controle difuso (sistema norte-americano) e o controle concentrado (sistema europeu). São exemplos de países que adotaram o controle híbrido Brasil e Portugal.

O controle difuso recebe este nome por permitir o controle de constitucionalidade a todos os órgãos do Poder Judiciário, de forma difusa dentro do ordenamento jurídico. Sua manifestação é feita dentro de um caso concreto, por isso os efeitos da decisão são *inter partes*, apenas para as partes processuais. Este tipo de controle não ataca a lei em si, mas a inconstitucionalidade existente na norma, de modo que seja afastada sua aplicação no caso especificamente examinado. Como seu objetivo é apenas reconhecer a inconstitucionalidade que influenciará o julgamento final da causa, é também conhecido como controle incidental.

Já no controle concentrado, o objeto da lide é a lei em tese, verifica-se a inconstitucionalidade não em casos específicos, mas como regra geral aplicada a todos indistintamente. O controle é feito por meio de ações, cujos legitimados ativos estão também previstos na constituição, e sua função precípua é retirar o ato normativo inconstitucional de dentro do ordenamento jurídico. Como o processo é objetivo, ou seja, não há partes processuais, os efeitos da decisão no controle concentrado são erga omnes (contra todos). Este tipo de fiscalização é entregue a um órgão com jurisdição constitucional.

2.4 AS ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE NORMATIVA

Viu-se que quanto aos meios de controle de constitucionalidade o estudo levou em consideração a natureza dos órgãos responsáveis, o momento de realização do

controle e os sistemas legais previstos para a fiscalização. No tocante a classificação das normas inconstitucionais, a proposta de estudo levará em consideração o conteúdo normativo, o procedimento de elaboração normativa e o momento de confronto com a ordem constitucional.

Dessa forma, as normas são classificadas quanto à inconstitucionalidade em: a) inconstitucionalidade formal ou material; b) inconstitucionalidade por ação ou omissão; c) inconstitucionalidade originária ou superveniente.

Alguns doutrinadores sugerem ainda a inconstitucionalidade direta ou indireta; e a inconstitucionalidade parcial ou total. Seria direta, a inconstitucionalidade do ato que está em nítido confronto com as normas constitucionais, não havendo intermediações. A norma confronta os preceitos constitucionais de forma imediata. Indireta, seria a inconstitucionalidade que atinge antes uma lei, para depois confrontar-se com a constituição. A inconstitucionalidade seria, portanto, mediata, atingindo reflexivamente a constituição. Dê-se como exemplo um decreto, que ao regulamentar uma lei ultrapasse os limites que lhe foram estabelecidos na norma. Além de confrontar a lei, estaria reflexivamente infringindo a constituição por usurpação de competência.

A inconstitucionalidade é total quando todo o diploma legislativo vai de encontro à constituição, não havendo nenhum aproveitamento do texto normativo. Será parcial, quando apenas alguns dispositivos legais são inconstitucionais, podendo aproveitar parte da norma.

Por questão de importância, serão as demais espécies de inconstitucionalidade, observadas em itens próprios, com maiores detalhes.

2.4.1 Inconstitucionalidade formal e material

2.4.1.1 Inconstitucionalidade formal

A inconstitucionalidade formal do ato normativo refere-se ao descumprimento dos pressupostos e/ou procedimentos relativos à formação da lei. Neste tipo de inconstitucionalidade, os vícios estão relacionados a não observância dos procedimentos de ordem técnica ou das regras de competência.

A inconstitucionalidade formal poderá ser orgânica, quando há o desrespeito à regra de competência para a expedição do ato. Como, por exemplo, um Estado-membro editar uma norma cuja matéria é de competência exclusiva da União.

E a inconstitucionalidade poderá ainda ser objetiva, quando a norma é produzida sem observância do procedimento legislativo próprio. São fases do procedimento legislativo: iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. A infringência a alguma dessas fases, ocasionará uma inconstitucionalidade formal objetiva.

A inconstitucionalidade formal atinge a forma de elaboração da norma, que como acima referido poderá ser classificada como subjetiva ou objetiva. A inconstitucionalidade formal-subjetiva ou orgânica refere-se a incompetência do órgão legislador, o qual não tinha competência para expedir o ato normativo.

A inconstitucionalidade formal-objetiva refere-se a infringência dos procedimentos de elaboração arraigados na Constituição. A norma é inconstitucional porque não respeitou as regras para sua formação.

A inconstitucionalidade das leis pode ocorrer quando elas editadas por órgão incompetente (formal-subjetiva ou orgânica), quando deixam de seguir procedimentos de elaboração arraigados na Constituição (formal-objetiva) ou quando seu conteúdo ou substância está em confronto com preceitos ou

princípios da Carta Fundamental³⁸.

Assim, enquanto a inconstitucionalidade formal está vinculada diretamente as formas estabelecidas para a elaboração legislativa, seja em relação a competência normativa seja com os procedimentos de feitura, a inconstitucionalidade material está ligada ao conteúdo ou substância da norma.

2.4.1.2 Inconstitucionalidade material

Os vícios materiais dos atos normativos estão relacionados com o próprio conteúdo ou substância do ato, que estão em confronto com os preceitos constitucionais. Uma inconstitucionalidade material atinge a essência do ato normativo, uma vez que as disposições nele inserida vão de encontro às normas constitucionais.

Na inconstitucionalidade formal, atinge-se a formalidade, o ato é inconstitucional porque não obedeceu às regras previstas para sua formação. Na inconstitucionalidade material o conteúdo, ou seja, as prescrições normativas são inconstitucionais porque não respeitaram o próprio conteúdo da constituição. Como por exemplo, uma lei que restrinja o direito de voto além dos casos previstos pela Constituição.

A inconstitucionalidade formal, também denominada de procedimental, instrumental extrínseca ou orgânica, recai sobre as irregularidades que tenham ocorrido no procedimento formativo da lei arraigado na Constituição ou na sua edição por autoridade incompetente; há o desrespeito às normas constitucionais de forma. Já a inconstitucionalidade material, outrossim chamada de substancial ou intrínseca, ocorre quando uma espécie normativa está em desconformidade com o conteúdo da Constituição, malgrado possa ser formalmente constitucional; há o desrespeito às normas constitucionais de fundo³⁹.

Assim, uma norma poderá ser formalmente constitucional, ou seja, respeito

³⁸HELAL, João Paulo Castiglioni. Controle da constitucionalidade: teoria e evolução, Curitiba: Juruá Editora, 2009, pg. 62

³⁹ HELAL, João Paulo Castiglioni. Controle da constitucionalidade: teoria e evolução, Curitiba: Juruá Editora, 2009, pg. 62

competência e procedimento, porém materialmente inconstitucional, afrontou conteúdo ou substância normativa constitucional. Como também uma norma poderá ser materialmente inconstitucional e formalmente não ter respeitado as regras procedimentais. Poderá ocorrer igualmente a coexistência dos impedimentos, em outros termos a inconstitucionalidade ser ao mesmo tempo formal e material

Tanto a inconstitucionalidade formal como a inconstitucionalidade material não podem convalidar dentro do ordenamento jurídico, sob pena de colocarem em risco a estabilidade do ordenamento jurídico, já que vão de encontro à supremacia constitucional.

Vale destacar, que havia o entendimento no Brasil que a sanção aposta pelo Chefe do Executivo, convalidava a inconstitucionalidade da iniciativa. Porém, na Constituição brasileira de 1967, esse entendimento foi suplantado, não podendo mais prevalecer a convalidação de um ato inconstitucional mesmo com a anuência do órgão competente

Esse entendimento logrou ser referendado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrando-se, inicialmente, que a falta de iniciativa do Executivo fica sanada com a sanção do projeto de lei. Já na vigência da Constituição de 1967/69, estabeleceu-se orientação contrária, afirmando-se que a sanção não mais supre a falta de iniciativa, ex vi do art. 57, parágrafo único⁴⁰.

2.4.2 Inconstitucionalidade por ação ou omissão

2.4.2.1 Inconstitucionalidade por ação

Como a constituição se apresenta como um conjunto de normas que devem ser observadas e concretizadas, a inconstitucionalidade por ação, ocorrerá sempre que os poderes constituídos ao concretizarem as normas constitucionais, forem de encontro aos seus objetivos, e, assim, coloque em risco o ordenamento constitucional.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2009, pg. 1062.

A inconstitucionalidade decorrente da ação é aquele caracterizado por uma atitude positiva por parte do poder constituído, que ao procurar cumprir a constituição não observou os limites estabelecidos.

A inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição. A garantia jurisdicional da Constituição constitui elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais, as quais possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos. São eles atos de criação de normas jurídicas ou atos de execução de Direito já criado, ou seja de normas jurídicas já estatuídas⁴¹.

Este tipo de inconstitucionalidade apresenta-se para expurgar ou impedir a entrada no ordenamento jurídico de um ato normativo inconstitucional, diante de uma ação ou atividade normativa, que pretendia ou pretendeu dispor sobre matérias constitucionais.

A inconstitucionalidade por ação também é conhecida como inconstitucionalidade positiva, caracteriza-se por ter a atividade inconstitucional do órgão normativo. A atividade do legislador atingiu a Constituição de modo que a expedição do ato normativo, mesmo visando regulamentar situação jurídica existente não poderá prevalecer.

Se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição⁴².

Sabe-se que todos os poderes estatais têm competência para efetivar e concretizar as normas constitucionais, dentro dos limites previstos pelo próprio texto constitucional. Entretanto, se eventualmente no exercício de sua função o legislador ultrapassa os limites desejados a sua ação por violar as normas constitucionais será expurgada do ordenamento jurídico. Para isto foi criado o sistema de controle das normas, visando resguardar a supremacia da Constituição.

Destarte, tem o legislador obrigação de concretizar os preceitos normativos da

⁴¹ MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2009, pg. 1075

⁴² MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2009, pg. 1075

Constituição Federal, uma vez que estes estão apenas declarados na norma jurídica fundamental do estado, entretanto, em nome dessa concretização não poderá ultrapassar os limites de sua ação. Assim, o legislador tem obrigação de agir, mas em nome dessa sua ação não poderá ir além do que a constituição determina, sob pena de praticar um ato inconstitucional.

Enquanto a inconstitucionalidade por ação ou positiva ocorre diante de uma ação legislativa, a inconstitucionalidade por omissão faz caminho inverso. A inatividade do legislador fere a Constituição porque não concretizou seus preceitos.

Registra-se que a omissão é normativa e consiste no fato de o órgão competente não fazer aquilo a que estava, constitucionalmente, obrigado, isto é, não cumprir com o poder de legiferar imposto pela Constituição; não adotar as medidas legislativas atinentes à concretização da Constituição⁴³.

Assim, pode-se concluir que aos poderes constituídos resta pouca ou quase nenhuma discricionariedade em concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição do país, uma vez que até mesmo sua inatividade poderá ser considerada nociva ao ordenamento jurídico, cabendo o controle constitucional de seus atos, comissivos ou omissivos.

2.4.2.2 Inconstitucionalidade por omissão

Ao contrário da inconstitucionalidade por ação, a omissão pressupõe a inatividade ou inércia dos poderes constituídos em dar efetividade aos preceitos constitucionais.

As normas constitucionais devem ser respeitadas e concretizadas, se a não concretização das normas decorre da negligência por parte do agente público em não cumprir com seu dever constitucionalmente estabelecido, incorrerá em um ato inconstitucional.

⁴³ HELAL, João Paulo Castiglioni. Controle da constitucionalidade: teoria e evolução, Curitiba: Juruá Editora, 2009, pg.64

A possibilidade de se verificar a inconstitucionalidade por omissão, como lembra Gilmar Mendes⁴⁴, é algo relativamente recente, fruto do trabalho desenvolvido pela dogmática constitucional alemã, desenvolvida a partir da Lei Fundamental de Boon. Porém, vale ressaltar que o assunto já vinha também sendo discutido na Itália, na década de 60, e posteriormente ganhou positividade nas Constituições da Iugoslávia (1974), de Portugal (1976) e da Espanha (1978)⁴⁵.

No Brasil, a positividade de dois institutos na Constituição Federal de 1988, foi fundamental para a adoção do controle de constitucionalidade por omissão, são eles: o mandado de injunção (controle incidental) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (controle por ação).

Quanto à inconstitucionalidade por omissão, esta poderá ser absoluta ou parcial. Absoluta será aquela que deixa por implementar a prescrição normativa constitucional em toda sua integridade. O poder constituído nem sequer chega a realizar qualquer ato no sentido de cumprir com sua missão. A inércia é total com relação aos preceitos constitucionais.

A omissão parcial ocorre quando se atende à norma constitucional, apenas parcialmente ou quando a ação normativa é insuficiente para concretizar o preceito constitucional. Na omissão parcial, o agente público, chega até a agir, porém sua ação não foi completa ou não foi suficiente para atingir os objetivos constitucionais.

2.4.3 Inconstitucionalidade originária ou superveniente

A inconstitucionalidade é originária, quando a norma já ingressa no ordenamento jurídico incompatível com a constituição. A inconstitucionalidade será superveniente, se a norma mesmo entrando no ordenamento jurídico constitucional no

⁴⁴ MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 2009, pg. 1076

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva 2008, pg.33

curso de sua vigência, se torna incompatível com a constituição, seja por mudanças de ordem fática ou mesma legislativa (emenda à constituição).

Surge aqui uma questão bastante polêmica: como devem ser tratadas as normas pré-constitucionais e a nova ordem constitucional? Afinal, quando ocorre a promulgação de uma nova constituição, todo o ordenamento jurídico a partir de então deve com esta se compatibilizar, sob pena de ser inconstitucional. O posicionamento a ser adotado, repercutirá diretamente na fixação ou não do controle de constitucionalidade, bem como na competência para o conhecimento da causa.

Existem duas correntes de entendimento, uma se posiciona no sentido de que as normas do direito pré-constitucional não podem ser averiguadas pelo critério da inconstitucionalidade com o novo ordenamento, porque dele não faziam parte. Se por ventura, forem incompatíveis com a nova ordem constitucional, não foram recepcionadas, e por isso automaticamente estão revogadas ou derogadas do ordenamento jurídico dependendo do grau de incompatibilidade. Neste caso, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas em revogação pela lei posterior.

Assim, a matéria deixa de ser da competência do controle de constitucionalidade, passando para o âmbito do direito intertemporal. Aqui a competência é de qualquer órgão do poder judiciário incumbido de conhecer da causa.

Caso contrário, se o entendimento for de que o direito pré-constitucional será considerado inconstitucional se incompatível com o novo ordenamento, incidirá o controle de constitucionalidade e a competência será do órgão jurisdicional com capacidade para tal finalidade.

O Supremo Tribunal Federal, desde a Constituição de 1967/69, vinha adotando posicionamento no sentido de que ao direito pré-constitucional é aplicado o princípio *Lex posterior derogat priori*, sendo a matéria apenas de direito intertemporal, não se destinando ao controle de constitucionalidade.

Importante destacar o julgamento da ADI nº 2, onde a matéria foi detalhadamente discutida pelo Supremo, e segundo o voto do Ministro Paulo Brossard, chegou-se a seguinte conclusão:

Preliminarmente não deve ser conhecido o pedido de inconstitucionalidade: a) seja pela ilegitimidade da requerente para formulá-lo, porque não sendo confederação sindical, não se enquadra no estatuído no inciso IX, do artigo 103, da Constituição, b) seja porque os dispositivos legais por ela acoimada de inconstitucionais, por terem sido editados antes da promulgação da atual Carta Política, não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pois não se admite a declaração de inconstitucionalidade superveniente, como reiteradamente tem decidido esta E.Corte⁴⁶.

A discussão de certa forma perdeu o objeto, com o advento da Lei nº 9.982/99, que ao regulamentar a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), previu a possibilidade do exame de direito pré-constitucional em face de constituição superveniente.

⁴⁶ Conferir ADI 2, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

No Brasil somente após a proclamação da república foi adotado o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos. Na fase monárquica, embora existisse a previsão de superioridade da constituição com relação à legislação ordinária (CF/1824, artigo 15, inciso IX), não havia previsão de referido controle.

Um bom exemplo para tanto oferece a Constituição do Império do Brasil de 1824. Sabidamente não havia previsão de controle judicial de constitucionalidade, mas mesmo a Constituição era vista como superior à legislação ordinária e o Poder Legislativo obrigado a respeitar e preservar a supremacia constitucional. O artigo 15, inciso IX, da Constituição confirmava a instauração de um Estado constitucional ao estabelecer: 'É da atribuição da Assembléia Geral (...) IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação'⁴⁷.

Destaca-se nesse período a influência francesa e inglesa na elaboração da Carta Magna de 1824, o que não permitiu a confiança necessária ao Judiciário. Assim, a supremacia do Parlamento, oriundo da doutrina inglesa, aliada ao princípio da legalidade defendido pela Revolução Francesa, foram responsáveis por reconhecer o Legislativo como legítimo intérprete das normas constitucionais⁴⁸.

A partir da Constituição Federal de 1891 o Brasil efetivamente passou a adotar o controle jurisdicional de constitucionalidade, além da previsão de outros meios de controle reservados ao Executivo e ao Legislativo.

⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico, in *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, RJ: Lumen Juris Editora, pg. 218

⁴⁸ "Assim, na Constituição de 1824 não havia controle de constitucionalidade pelo Judiciário devido à supremacia do Parlamento (influência inglesa) e a relevância do princípio da legalidade, que expressa a vontade geral (influência francesa), devendo a fiscalização constitucional ser efetuada por quem realiza as normas, o Poder Legislativo". AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm. 2008, pg. 19

Encontra-se previsto nesse período a possibilidade de não ser sancionado um projeto de lei se o Presidente o julgasse inconstitucional (Art. 37,§ 1º da CF/1891)⁴⁹, bem como, a prescrição de crime de responsabilidade do Presidente da República para os atos que atentassem contra a constituição e o governo federal (art.54, item 2 da CF/1891).

Manteve-se a responsabilidade do Legislativo na guarda da constituição e das leis (art. 35, 1º, CF/1891), porém foi adotado o controle jurisdicional difuso, delegando-se a competência ao Supremo Tribunal Federal, que poderia julgar em forma de recurso, as sentenças das Justiças dos Estados em última instância, quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, ou a decisão do Tribunal do Estado, considerasse válidos atos ou leis já impugnadas (art.59, § 1º, alínea b, CF/1891).

Com a Constituição Federal de 1934 foi confiado ao Senado a função de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo, assim, dar efeitos erga omnes as decisões da Suprema Corte no controle difuso já que restringia-se as partes do processo.

São novidades na Constituição de 1934 a introdução do quorum qualificado para a decretação de inconstitucionalidade pelos órgãos colegiados (art.179), e a retirada da competência do Judiciário para apreciação de questões exclusivamente políticas (art. 68). Pode-se dizer, ainda, que a maior novidade no período foi a introdução da ação interventiva, considerada por muitos como a primeira manifestação do controle concentrado no país.

A Constituição de 1937 manteve os mesmos preceitos já estabelecidos na carta anterior com relação ao controle de constitucionalidade, porém com a introdução do famigerado artigo 96, que previa possibilidade do Presidente da República submeter

⁴⁹ “§ 1º Se, porém, o Presidente da República **o julgar inconstitucional** ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o nesse mesmo prazo à Câmara, onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa”.

novamente ao Parlamento lei já declarada inconstitucional pelo STF, desde que fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. A inconstitucionalidade poderia ser afastada por dois terços de votos de cada Câmara. Este dispositivo legal sem sombra de dúvida ocasionava um significativo desequilíbrio entre os poderes do Estado.

Tal dispositivo constitucional correspondeu a um verdadeiro golpe no controle de constitucionalidade, pois deixava a cargo do Presidente da República a possibilidade de rever as decisões do STF, e caso não fosse confirmada a decisão pelo Parlamento, restaria insubsistente a decisão do Tribunal. Lembra Gilmar Mendes, que “a faculdade confiada ao Parlamento de suspender decisões judiciais acabou sendo exercida diretamente pelo ditador mediante a edição de decreto-leis (Constituição de 1937, art. 180)”⁵⁰.

Os preceitos autoritários da Carta de 1937 só foram expurgados do ordenamento com a Constituição de 1946, que manteve o controle de constitucionalidade nos moldes semelhantes ao da Carta de 1934 com poucas alterações. Destacando-se, porém, neste período, o retorno ao Supremo Tribunal Federal da função de comunicação do Senado das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, tarefa esta que estava sendo desempenhada pelo Procurador-Geral da República.

O controle concentrado só foi efetivamente incluído no ordenamento jurídico brasileiro em 1965 através da Emenda Constitucional n. 16, que incluiu como competência do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de julgar e processar originalmente “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Tal emenda constitucional modificou a Constituição Federal de 1946, introduzindo ao lado da representação interventiva o controle concentrado das normas.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, pg. 32.

Há quem considere como antecessora, e por isso uma forma embrionária do controle concentrado, a representação interventiva, que era prevista no artigo 12, § 2º da Constituição Federal de 1934. Entretanto, vale ressaltar que embora esta representação interventiva reconhecesse ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de averiguar a constitucionalidade ou não das medidas coercitivas da intervenção federal nos casos de ofensa aos chamados “princípios sensíveis”, tal procedimento não se configurava um verdadeiro controle de constitucionalidade, haja vista que tinha o significado peculiar de composição dos conflitos federativos, e não um instrumento de controle abstrato de normas.

Enquanto a representação interventiva pressupunha uma alegação de ofensa (efetiva ou aparente) a um princípio sensível e, portanto, um peculiar conflito entre a União e o Estado, destinava-se o novo processo à defesa geral da Constituição contra as leis inconstitucionais⁵¹.

Com a Constituição Federal de 67/69, manteve-se a mesma estrutura acerca do controle de constitucionalidade com algumas modificações, entre elas se pode citar: a) a previsão dos Tribunais de Justiça dos Estados declararem a inconstitucionalidade de normas municipais que contrariassem as Constituições dos estados-membros; b) a possibilidade de representação de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 16/65, versar também sobre matéria interpretativa. Já que no caso esse tipo de representação somente era aplicada para averiguar as ofensas aos princípios federativos.

A Constituição Federal de 1988, além dos institutos já consagrados pelas cartas anteriores, ampliou consideravelmente o controle jurisdicional de constitucionalidade, com a adoção das ações diretas de inconstitucionalidade e a ampliação dos legitimados ao controle concentrado.

O que diz respeito aos tipos de controle que atualmente são utilizados no Brasil, tal matéria será melhor detalhada no próximo tópico, onde se procurará

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p.65

estabelecer os principais instrumentos utilizados no país para a garantia e estabilidade das normas constitucionais.

3.2 AS FORMAS DE CONTROLE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.2.1 As funções do Executivo e do Legislativo no controle de constitucionalidade

Como já explanado a partir da primeira constituição republicana o Brasil adotou expressamente o controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos ordinários ou comuns. Atualmente, o controle jurisdicional de constitucionalidade já está consolidado no país, sendo tal espécie o de maior predominância ou exercício. Por outro lado, não se pode afirmar ser o controle judicial o único existente.

O constituinte de 1988 reconheceu aos três poderes a responsabilidade de fiscalização dos atos infraconstitucionais. Desta forma, tem-se um controle preventivo realizado prioritariamente pelo Legislativo e Executivo, controle não jurisdicional. E o controle jurisdicional realizado pelo Poder Judiciário.

Afirma-se, que o controle preventivo é prioritariamente exercido pelo Legislativo e Executivo, porque o Supremo Tribunal Federal tem entendido que poderá ocorrer controle preventivo por parte do judiciário em caso de emenda constitucional tendente a lesionar as clausula pétreas previstas no artigo 60, § 4º da CF/88⁵².

Entretanto, vale aqui frisar que não necessariamente o controle exercido pelo Executivo ou Legislativo, será sempre preventivo, havendo previsão para o exercício do controle repressivo também por referidos poderes.

Tem-se como bastante produtiva a enumeração feita por Luis Roberto Barroso, quanto aos meios destinados pela Constituição Federal de 1988 ao Legislativo e ao

⁵²Conferir MS 24138, relator Gilmar Mendes, julgado pelo Pleno em 28/11/2002 que se manifestou nos seguintes termos: “Mandado de Segurança. 2. Processo Legislativo: Projeto de Lei. 3. Controle de constitucionalidade preventivo. 4. Conflito de atribuições. 5. Comprometimento do modelo de controle repressivo e do sistema de divisão de poderes estabelecidos na Constituição. 6. Mandado de Segurança indeferido”

Executivo no tocante ao controle de constitucionalidade.

Barroso⁵³ enumera como atos de controle de constitucionalidade exercidos pelo Poder Legislativo: os pareceres das comissões de constituição e justiça, a rejeição do veto do poder executivo, a sustação de ato normativo do Executivo, o juízo prévio acerca das medidas provisórias, aprovação de emenda constitucional superadora de interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, a legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade por órgãos do Legislativo e a possibilidade de revogação da lei declarada inconstitucional.

Já na atuação do Executivo, Barroso⁵⁴ elenca o poder de veto, a possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional e a legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Destaque-se que a EC nº 3, de 17 de março de 1993, estabeleceu que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade teriam eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Posteriormente, a EC nº 45/2004, estendeu o efeito vinculante para a ação direta de inconstitucionalidade. Estes dois dispositivos fortaleceram a ideia de que o executivo poderia deixar de cumprir lei inconstitucional, principalmente se já declarada pelo STF.

Desta forma, como se verifica dos exemplos acima, o Executivo e o Legislativo tanto poderão atuar no controle preventivo como no repressivo, dependendo do momento de ação. Se a lei já estiver em vigor, a ação do Executivo ou do Legislativo será repressiva, como é o caso de proporem as ações de inconstitucionalidade competente, caso atuem antes da entrada em vigor da lei a ação será preventiva, como, por exemplo, nos pareceres das comissões ou no veto presidencial.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva 2008. Pgs. 72/76.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. . O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva 2008. pags. 67/72.

3.2.2 A atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade

A regra no Brasil é o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, não se trata aqui de uma superioridade hierárquica, mas de uma superioridade de manifestação ou exercício. Pode-se, inclusive, afirmar que o controle jurisdicional no estado brasileiro é o mais democrático, amplo e efetivo. Democrático porque é o que melhor permite a participação do cidadão na defesa de seus direitos, principalmente se realizado pela forma difusa. Amplo porque atualmente se dispõe de uma gama de medidas tendentes a averiguação da constitucionalidade ou não dos atos normativos. E efetivo porque é o controle jurisdicional o mais eficaz contra os abusos cometidos pelo Legislativo e o Executivo, estando a serviço da concretização dos direitos fundamentais estabelecidos pela constituição quando violados ou ameaçados por aqueles.

A Constituição Federal de 1988 manteve o controle jurisdicional híbrido ou misto, combinando o controle difuso ou incidental (sistema americano) com o controle concentrado (sistema continental europeu). O controle difuso é exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, e o controle concentrado ou por via de ação é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal.

O controle difuso está no ordenamento desde a Constituição Federal de 1891, e o controle concentrado foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional nº16/65 com a adoção da representação de inconstitucionalidade. Embora, como já mencionado alhures, alguns não considerarem este instituto como uma forma de controle de constitucionalidade, mas de resolução de conflito político.

Desde sua introdução, o controle jurisdicional somente veio sofrer significativas mudanças com a Constituição Federal de 1988, que introduziu vários

mecanismos de atuação ao controle concentrado. Entre as novidades introduzidas pelo constituinte de 1988, podem-se citar:

- a) A ampliação do rol de legitimados a proporem a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), antes restrita apenas ao Procurador-Geral da República;
- b) A previsão do controle de inconstitucionalidade por omissão, com a introdução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) A adoção da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º);
- d) A representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, cuja competência é do Tribunal de Justiça do Estado.

Assim, verifica-se que como o controle concentrado foi sendo gradativamente fortalecido dentro do ordenamento constitucional, primeiro pela ampliação do rol dos legitimados a proporem a ação de inconstitucionalidade, que até então se restringia ao Procurador Geral da República, e posteriormente pela adoção de outros procedimentos de controle, além da ação direta de inconstitucionalidade, como a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁵⁵, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Percebe-se que o próprio Supremo Tribunal Federal foi ganhando força na concretização de sua principal função que é a guarda da Constituição Federal.

Aliado ao fortalecimento do controle concentrado encontra-se também o fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal foi se firmando como Corte Constitucional ao longo da década de 1990, através do exercício constante da jurisdição constitucional

⁵⁵ A ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental foram introduzidas pela EC nº 03, de 17/03/93.

e da criação dos mecanismos de proteção aos seus julgados. Entre estes mecanismos de proteção se pode citar o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade em relação ao Poder Judiciário e ao Executivo, através da EC nº 3, de 1993. O que, posteriormente, foi ampliado à ação direta de inconstitucionalidade, tendo como destinatários a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (EC nº 45/2004).

Por outro lado, no tocante ao controle difuso este permaneceu praticamente inalterado desde sua implantação no sistema jurídico, somente vindo sofrer transformações significativas com a adoção da repercussão geral e da súmula vinculante a partir de 2004 com a Emenda Constitucional n.º 45. Estes dois institutos, repercussão geral e súmula vinculante, serão tratados em capítulo próprio em consequência da importância dos dois institutos para a presente pesquisa.

Desta forma, percebe-se claramente que enquanto o controle de constitucionalidade do Executivo e do Legislativo pauta-se, na maioria das vezes, por questões de conveniência e oportunidade de caráter nitidamente político. O controle judicial é um controle eminentemente jurídico, e por este motivo deve ser pautado unicamente na verificação da conformação legislativa com a Constituição, objetivando garantir assim a tão desejada supremacia constitucional.

3.2.2.1 Controle Concentrado e Controle Difuso: a busca de harmonização do sistema híbrido

A opção por adotar um sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade, onde convivem harmonicamente o controle difuso e o controle concentrado, parece não ser de todo equivocada, principalmente, para países como o Brasil, ainda em desenvolvimento e no resgate das promessas de modernidade.

Como bem lembra Streck, a opção por um Estado Democrático de Direito mais do que uma variante da forma de estado dentro de sua evolução social, trata-se de uma agregação das condições de possibilidades que foram suprimidas ou estiveram ausentes nas etapas anteriores, “representadas pela necessidade do resgate das promessas de modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais”⁵⁶.

A adoção de um controle jurisdicional misto permite uma maior participação do cidadão na defesa de direitos fundamentais. Haja vista que por mais que se tenha ampliado a legitimidade processual ativa das ações do controle concentrado, ficou de fora como legitimado o cidadão, o homem comum, aquele que também poderá ser vítima de atos normativos inconstitucionais.

A previsão de legitimados como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, não garante a participação cidadã do indivíduo quando violados seus direitos fundamentais.

Embora se acredite na superioridade do controle concentrado, em decorrência principalmente dos efeitos *erga omnes* de suas decisões, ambos os controles possuem suas limitações, o que impede a eficiência total de um em detrimento do outro.

Bastante pertinentes são as observações de Paula Arruda sobre as limitações de cada controle. Em seus ensinamentos, Arruda elenca os seguintes inconvenientes enfrentados pelos países que adotaram o controle concentrado como única forma de controle de constitucionalidade de suas normas:

- a) o inconveniente dos juízes serem obrigados a aplicar a lei até que o Tribunal se manifeste, uma vez que não têm competência para conhecer da inconstitucionalidade;
- b) a restrição, em alguns casos, da competência para arguição da

⁵⁶ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito*. São Paulo: Forense, 2004. pg. 148

inconstitucionalidade, que ficam limitadas às Supremas Cortes por ocasião de um processo ordinário;

c) a natureza essencialmente anulatória da decisão proferida no controle concentrado o que uma vez ocorrendo deixa um vácuo ou lacuna no ordenamento, em decorrência da retirada da lei do mundo jurídico⁵⁷.

Já quanto ao controle difuso, lembra Arruda que nos países onde não há a tradição dos precedentes judiciais, poderia se levar a divergências de decisões de tal forma que ocasionaria uma imensa insegurança jurídica, já que “a vinculação do juiz norte-americano às decisões da Suprema Corte não é simples consequência da probabilidade de que, resolvendo de outro modo, a sentença seja revogada, mas uma exigência essencial da função jurisdicional, pois se afastar dessas decisões é afastar-se do direito vigente”⁵⁸.

Entretanto, como bem conclui Paula Arruda, “o grande problema que precisamos enfrentar é: como adequar mecanismos de articulação entre os controles concentrado e difuso, buscando uniformização jurisprudencial no controle misto de constitucionalidade”⁵⁹.

Assim, como o controle híbrido ainda se apresenta de grande utilidade para países como o Brasil, a uniformização jurisprudencial seria necessária à harmonização do sistema misto, podendo tal uniformização ser facilmente alcançada desde que o Supremo Tribunal Federal assumira sua função de tribunal constitucional.

Porém, essa função para atingir seus objetivos deveria ser de tal forma que o exercício da jurisdição constitucional seria responsável pela interpretação e criação da dogmática constitucional no país, decidindo ou pronunciando-se em lides efetivamente

⁵⁷ ARRUDA, Paula. A articulação da jurisprudência no controle misto de constitucionalidade. Os casos de Portugal e Brasil, in “Os atuais desafios da jurisdição constitucional, Paula Arruda (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2009. 45/52.

⁵⁸ ARRUDA, Paula. A articulação da jurisprudência no controle misto de constitucionalidade. Os casos de Portugal e Brasil, in “Os atuais desafios da jurisdição constitucional, Paula Arruda (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2009. pg. 48/49

⁵⁹ ARRUDA, Paula. Os atuais desafios da jurisdição constitucional, Paula Arruda (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2009. pg. 52

constitucionais, como acontece na Suprema Corte Norte-Americana e o Tribunal Federal Alemão.

3.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE E O STF

Como já foi visto o controle jurisdicional é nos dias atuais o mais atuante dentro do ordenamento jurídico do Brasil, haja vista que está o Supremo Tribunal Federal assumindo cada vez mais sua missão de guardião da ordem constitucional vigente, principalmente, após a Constituição Federal de 1988, que lhe concedeu uma série de competências para o exercício do controle concentrado.

Compreender o desenvolvimento, o fortalecimento e a importância do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle jurisdicional, passa necessariamente pelo conhecimento acerca de seu processo histórico dentro do ordenamento jurídico brasileiro e na assunção de sua legitimidade enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário.

3.3.1 O Desenvolvimento Histórico do Supremo Tribunal Federal

Com a declaração de sua independência, o Brasil passou a contar com uma Constituição como lei maior, foi a Constituição Federal de 1824. Esta Constituição, por sua vez, trouxe uma incipiente e modesta formação do Poder Judiciário, composta apenas de juízes e jurados “os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime, nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem (sic)” (art.151).

O Judiciário era formado de Juízes de Direito e de Jurados. Os cargos de juízes de direito eram providos de forma perpétua e seus ocupantes tinham como principal função o julgamento. Enquanto que os Jurados não tinham as mesmas prerrogativas e eram responsáveis por analisarem apenas os fatos, as provas produzidas.

Em outros termos, a aplicação e interpretação da lei ficavam sob a responsabilidade exclusiva dos Juízes de Direito.

Nesta Constituição, havia um agigantamento do Poder Executivo, que era exercido pelo Imperador, o qual também exercia com exclusividade as funções do Poder Moderador. A função moderadora foi criada com o objetivo de velar pela “manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos (sic)” (art. 98). Na realidade esse quarto poder fortalecia ainda mais as funções do Imperador, em detrimento dos demais poderes estatais.

No artigo 163 da Constituição de 1824 havia a previsão da criação do Supremo Tribunal de Justiça, com sede na Capital do Império, cuja competência se restringia “ao recurso de revista e à competência para julgar os conflitos de jurisdição e as ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos (art. 164)”⁶⁰.

O Supremo Tribunal de Justiça foi criado em 1828, e instalado em 9 de janeiro de 1829. Sua formação inicial contava com dezessete conselheiros. Posteriormente, já na Carta de 1891, recebeu o nome de Supremo Tribunal Federal, denominação que se mantém até hoje. O Supremo Tribunal Federal, assim, tornar-se-ia o órgão mais antigo da justiça brasileira.

A influência norte-americana contribuiu para que o Supremo Tribunal Federal se outorgasse a função de guardião da Constituição e da ordem federativa⁶¹, porém esta obrigação só foi expressamente declarada na Constituição Federal de 1988.

No início da República, o Supremo Tribunal foi organizado com base no Decreto n. 848, de 11/10/1890, editado pelo Governo Provisório. Sua instituição foi depois referendada pela primeira Constituição Republicana de 1891. Nesse período houve modificação na sua composição, passando a ser de quinze ministros, cuja

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva 1999, pg. 23

⁶¹ A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de Guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-se-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n. 3, § 1º, a e b). MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva 1999., p. 24

nomeação aos cargos era feita pelo Presidente da República, após aprovados pelo Senado Federal. O cargo era vitalício e não havia limite de idade para o seu exercício, somente sendo introduzida tal restrição na Constituição de 1934.

A Revolução de 30 pôs fim à Primeira República, que ficou historicamente conhecida como República Café com Leite, dada a influência de dois estados no setor econômico e na vida política do país, São Paulo (café) e Minas Gerais (leite), revezavam-se nos governos e nas tomadas de decisões nos principais Estados da Federação brasileira.

Com a Segunda República que vai de 1930 até 1936, o Brasil contou com a Constituição Federal de 1934, a qual com relação ao STF estabeleceu as seguintes mudanças: passou a chamar-se de Corte Suprema, e não mais de Supremo Tribunal Federal; Reduziu o número de ministros de quinze para onze; Introduziu a chamada representação interventiva (art. 12, § 2º), com objetivo de averiguar provável afronta aos chamados princípios sensíveis da ordem federativa, cuja previsão constitucional constava no artigo 7º, I, letras *a* a *h* da Carta de 1934; Neste período também foi reconhecida a competência do Senado Federal para suspender a aplicação da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, objetivando dar efeito *erga omnes* as decisões dentro do controle difuso; Introduziu-se o termo “recurso extraordinário” para as revisões procedidas pelo Supremo Tribunal com relação as decisões dos demais Tribunais em sede de controle difuso.

A constituinte e a nova Constituição de 1934 nasceram de duas revoluções: a de 30 e a de 32. A primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores transformassem-na em um projeto social-democrático e, em seguida, nas palavras de Poletti, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu. Já a revolução paulista de 1932 pode ter tido causas econômicas não identificadas na época (reação política dos fazendeiros de café contra a ameaça de sua hegemonia pelas novas forças da economia, situadas na cidade e na indústria) ou os motivos políticos sediados no regionalismo (política do café com leite) desalojado do poder pela revolução de 1930. “De qualquer sorte, foi chamada de ‘revolução constitucionalista’”⁶².

⁶²STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito. São Paulo: Forense, 2004, pg. 437

Com início do chamado “Estado Novo”, iniciado por Getúlio Vargas em 1937, foi derogada a Constituição de 1934, e editada a Constituição de 1937, que deveria ser aprovada por um plebiscito, o qual jamais se realizou. Sendo por este motivo que Lênio Streck⁶³, citando Loewenstein, lembra que a Carta Polaca, sequer entrou em vigor porque não foi ratificada pela nação.

“A Constituição de 1937, conhecida como “Constituição Polaca”, por ter sido desenvolvida com base na Constituição polonesa do regime do General Pilsudski, traduz uma ruptura com a história constitucional do Brasil”⁶⁴. Pode-se, inclusive, afirmar que foi a primeira ruptura com a ordem constitucional, de tantas outras que se seguiram até o advento da Carta Magna de 1988.

Com relação ao STF foi mantido o *status*, a organização e as competências, entretanto a nomeação do Presidente da casa passou para o Presidente da República, que ficou com tal atribuição até 1945.

Gilmar Mendes⁶⁵ recorda que neste período sob a justificativa do caráter supostamente antidemocrático da jurisdição, a qual utilizar a função do controle de constitucionalidade como instrumento aristocrático de preservação do poder, foi introduzido na Constituição dispositivo que previa a possibilidade de suspensão da decisão declarada inconstitucional, através de uma resolução do Parlamento, desde que fosse aprovada por uma maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96).

A promulgação da Constituição Federal de 1946 tentou reconstruir a democracia no Brasil, que havia sido interrompida bruscamente pelo Estado Novo. A nova carta manteve os princípios liberais-sociais da Constituição de 1934 e a legislação corporativa de Vargas. “Os constituintes preferiram seguir a trajetória iniciada em 1891,

⁶³ STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito. São Paulo: Forense, 2004, pg. 443

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva 1999, pg. 29

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva 1999, pg. 30

interrompida em 1937, com pequenas inovações”⁶⁶.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1946 fixou em onze, o número de seus membros, assegurando a possibilidade de elevar esse quantum mediante proposta do próprio Tribunal (art. 98). Foram mantidas as competências básicas do recurso extraordinário, do mandado de segurança e do *habeas corpus*.

O destaque no campo jurisdicional foi a introdução da ação interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República em face de lei ou ato normativo estadual que infringisse os princípios da federação, a qual tomou as feições que praticamente se mantém até hoje. A intervenção federal somente se justificava se o STF declarasse a inconstitucionalidade do ato Estadual (art. 8º, parágrafo único c/c art. 7º, VII da CF/46).

A distinção do instituto de 1946 com a representação interventiva de 1934 era que o STF deveria nesta decretar a constitucionalidade do ato interventivo. Já em 1946, O Supremo deveria antes decretar a inconstitucionalidade do ato estadual, para que só assim ficasse justificada a ação interventiva da União.

De qualquer forma, pode-se efetivamente considerar que em 1946 foi adotado o controle concentrado no país, uma vez que a competência agora do Supremo Tribunal Federal era realmente se pronunciar sobre a inconstitucionalidade ou não de ato normativo, procedimento este realizado dentro de uma lide objetiva.

A retomada da fase democrática de 1945 foi novamente interrompida com a edição do AI nº 1, de 9/4/1964, institucionalizando o autoritarismo militar que assolou o país até 1985, quando foi eleito Tancredo Neves e deu-se início ao processo de redemocratização.

A partir do AI nº 1, o Brasil passou a ser governado por Atos Institucionais, que se fizeram presentes durante todo o período ditatorial. Alguns Atos Institucionais foram

⁶⁶“De qualquer sorte, é importante ressaltar que a Constituição de 1946 era tão semelhante com a de 1934, que se podia ter a impressão de um decalque. Trinta constituintes de 34 participaram da constituinte de 1945/46. O que mais contribuiu para essa semelhança foi a coincidência dos fatores políticos, pelo pensamento de uma reação contra os exageros do presidencialismo da República Velha, ou contra as tendências ditatoriais, que modelaram a Carta de 1937”. STRECK, Lênio Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito. São Paulo: Forense, 2004., pg. 443

bastante danosos a democracia, entre eles, pode-se citar o AI nº 2, que previu a eleição indireta para Presidente e a abolição dos partidos políticos existentes. O STF passou a ter dezesseis ministros, e foram suspensas as garantias da magistratura nacional.

Durante esse período o Brasil contou com a Constituição Federal de 1967. Com o advento de mais uma Carta Política restou confirmada a composição do Supremo Tribunal Federal com dezesseis membros, e a sua competência não sofreu maiores modificações. Entretanto, com o Ato Institucional nº 5, de 13/12/1968, as garantias da magistratura foram suspensas, e ao Presidente foi outorgado o poder de cassar mandatos e direitos políticos tanto dos agentes políticos, como dos servidores públicos.

A população não tinha a quem recorrer, pois o Judiciário estava visivelmente fraco e sem voz. Foi um duro golpe no processo democrático do país. Segundo, Gilmar Mendes⁶⁷, a Corte Suprema do Poder Judiciário reduziu significativamente seu papel político a partir de 1969, e a grande contribuição no período está associada apenas ao desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade, “com a consolidação da representação de inconstitucionalidade como instrumento de impugnação de leis estaduais e federais”.

A Emenda Constitucional nº 7 de referido período introduziu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar em representação de inconstitucionalidade. Porém, o Ato Institucional nº 6, de 1º/2/1969, reduziu a composição do Supremo Tribunal para onze membros permanecendo esse número até os dias atuais.

Como já foi dito, o processo de redemocratização do Brasil somente retomou seu curso com as eleições indiretas de 1985, quando foi eleito Tancredo Neves. A campanha eleitoral de Tancredo trazia como principal meta a convocação de uma

⁶⁷MENDES, Gilmar Ferreira e outros. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pg. 988/989

Assembléia Constituinte. Embora, Tancredo Neves tenha falecido antes de sua posse, seu sucessor, o então vice-presidente José Sarney encaminhou proposta de emenda a Constituição Federal de 1967, onde convocava uma Assembleia Nacional Constituinte, com a seguinte redação: “Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”. O objetivo desta assembleia era elaborar uma nova ordem constitucional para o país.

Porém, vale aqui destacar as observações de Lênio Streck com relação a nova Carta Política promulgada em 1988:

O texto resultante desse complexo processo sem dúvida representou o mais avançado texto jurídico-político já produzido no Brasil. Inspirado nas Constituições do segundo pós-guerra, o texto da Constituição de 1988 filia-se ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social, que tão bons frutos renderam aos países em que foi implantado. O catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais, as ações constitucionais, enfim, tudo o que havia sido reivindicado pela sociedade no processo constituinte foi positivado. A Constituição estabelece, já de início, que o Brasil é uma República que se constitui em Estado Democrático de Direito, trazendo explicitamente seus objetivos de construir uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, cumprindo com as promessas da modernidade⁶⁸.

Com a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal continuou composto por onze ministros, escolhidos entre pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada, com idades entre 35 e 65 anos, nomeadas pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal por maioria absoluta, após sabatina procedida pelo órgão. Não existe mandato para o exercício da função, com exceção da Presidência da casa.

O presidente do Tribunal é eleito diretamente por seus pares, para um mandato de dois anos, vedada expressamente a recondução. “São eleitos tradicionalmente para os cargos de Presidente e vice-presidente do Tribunal os dois Ministros mais antigos que ainda não os exerceram”⁶⁹.

⁶⁸ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito*. São Paulo: Forense, 2004, pg. 451/452

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira apud Oscar Dias Corrêa. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2009, pg. 990.

Com exceção do Presidente, cada ministro integra uma Turma. As Turmas têm a mesma competência e os processos são divididos entre os Ministros-Relatores, que por sua vez pertencem a uma ou a outra turma (art. 66 do RISTF). O Presidente da Turma é escolhido pelo critério de antigüidade (art. 4º, §4º do RISTF).

Como já afirmado, a Constituição Federal de 1988 ampliou a competência originária do Supremo Tribunal Federal e lhe atribuiu várias outras, principalmente, no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, fortificando assim a jurisdição constitucional de referido Tribunal.

3.3.2 A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para o controle de constitucionalidade.

A clássica função do juiz como um ser inanimado, mero representante da vontade do legislador, o famoso “boca da lei” defendida por Montesquieu⁷⁰ quando da elaboração de sua teoria da separação dos poderes, começou a ser devidamente superada a partir da sentença do Juiz Marshall, no famoso e já debatido caso *Marbury vs. Madison*.

Marshall inaugurou, mesmo que talvez inconscientemente, uma nova exigência para os Tribunais, a interpretação das leis ordinárias em consonância com as normas Constitucionais. A partir de sua famosa sentença, aos juízes foi entregue uma importante função: a possibilidade do controle da constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais.

O voto proferido por Marshall inaugurou o controle difuso de constitucionalidade das leis, que, a partir de então, restou incorporado aos Estatutos Constitucionais de diversos países, a exemplo do Brasil, com a Constituição de 1891, elaborada, conforme asseverado acima, por Rui Barbosa, estudioso e declarado entusiasta da Constituição e do Direito Constitucional

⁷⁰“Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse a certos casos muito rigorosos. Porém, os juízes do naco não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a forma nem o rigor”. MONTESQUIEU. O espírito das leis. Coleção a obra prima de cada autor, série ouro, São Paulo: Editora Martin Claret, 2010, pg. 172

norte-americano⁷¹.

A partir de *Marbury vs. Madison* a Suprema Corte Norte-Americana firmou sua competência para o exercício do controle de constitucionalidade. Vale ressaltar que não havia na Constituição dos Estados Unidos explicitamente este tipo de competência. Marshall retirou seu posicionamento através da interpretação do próprio sistema jurídico do país⁷².

Embora, não tenha sido uma decisão pioneira, como lembra Barroso⁷³ uma vez que desde a antiguidade e já na idade média, tinha-se notícia da existência de precedentes sobre a supremacia constitucional, porém a decisão de Marshall rompeu barreiras, quando propiciou que ao Judiciário fosse entregue a possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Assim, a partir do julgamento proferido por Marshall todos os três poderes passaram a atuar na defesa da Constituição. Entretanto, com a entrada definitiva do Poder Judiciário na atividade de controle da constitucionalidade das leis, levantou-se a questão quanto à legitimidade do judiciário para desempenhar tal função.

A grande discussão que se gerou quanto à legitimidade deste poder, está no fato de que as leis são manifestações da soberania popular, através de seus representantes diretos, os parlamentares eleitos pelo voto. Fato este que não se verifica com os juízes que são nomeados, via de regra, por aprovação em concurso público ou por ato de outro Poder.

Como bem observa Lucas Borges de Carvalho em sua obra sobre Jurisdição Constitucional e Democracia “a tensão entre constitucionalismo e democracia, entre

⁷¹ SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pg. 11

⁷² “Como não estava previsto na Constituição Federal, ou melhor, como não estava explicitamente previsto na Lei Fundamental, coube ao Judiciário (Suprema Corte dos Estados Unidos), via construção jurisprudencial, inaugurar o controle de constitucionalidade das leis, ao julgar, em 1803, o caso *Marbury v. Madison*”. SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pg. 11

⁷³ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pg. 5

direitos fundamentais e regra da maioria está no cerne e acompanha a idéia do controle de constitucionalidade desde suas origens”⁷⁴.

Desta forma, pretende-se aqui delimitar duas questões importantes envolvendo o Supremo Tribunal Federal sua legitimidade para o controle de constitucionalidade e a sua qualificação como Corte ou Tribunal Constitucional.

A legitimidade do Supremo Tribunal Federal, e não apenas dele mais de todo o Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade, passa por dois pontos fundamentais o exercício do poder estatal concedido pela própria constituição e a natureza de suas decisões no controle de constitucionalidade.

Assim, inicialmente o que legitima o Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade é a própria Constituição Federal do país, cujas normas são vinculantes e autoaplicáveis. Até que se mude a organização e o desempenho das funções estatais, é o Poder Judiciário uma destas funções desempenhada pelo Estado, enquanto organização política e jurídica da sociedade.

No Brasil, o Poder Judiciário retira sua legitimidade na previsão do art. 2º da atual carta magna, que preceitua serem “os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Os três poderes representam a manifestação da soberania popular da qual retiram sua validade, já que todo poder emana do povo segundo o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

O povo é o único e soberano titular dos Poderes Estatais que poderá exercer esse poder através de representantes ou diretamente, nos termos da Constituição Federal.

O fato de não haver eleições para a composição do Poder Judiciário não lhe retira a sua legitimidade, ao contrário, garante a isenção necessária para agir e

⁷⁴CARVALHO, Lucas Borges de. Jurisdição Constitucional e democracia. Curitiba: Juruá Editora, 2007, pg. 105

desempenhar suas funções livre de quaisquer interesses políticos. Se o acesso aos Tribunais fosse transformado em cargos eletivos, correr-se-ia o grande risco de transformar o poder em um palco de negociações e conluís políticos. Um jogo de troca de favores entre maiorias partidárias e/ou grupos oportunistas, fato este que atacariam mortalmente as mais importantes características do Judiciário que é a sua independência e imparcialidade diante das decisões.

A impossibilidade de eleições para os cargos jurisdicionais não lhe retira a legitimidade, como bem observa Carvalho, sobre a possibilidade dos eleitores avaliarem os legisladores periodicamente através das eleições, e não fazer o mesmo com o Judiciário:

É claro que as eleições constituem um espaço relevante para o debate público e que o voto constitui um instrumento essencial, em qualquer democracia, para a escolha e avaliação das condutas dos representantes. Entretanto, daí a dizer que isso aproxima os legisladores dos cidadãos, ou que torna sua conduta mais controlável quando em comparação com a dos juízes, vai uma longa distância. De outra sorte, mesmo que acatássemos o argumento de que as decisões legislativas se sujeitam a um controle popular mais intenso, seria necessário ponderar os limites e implicações desse controle. Nesse sentido, vale considerar que os legisladores estão sujeitos à maior pressão para votar contra interesses minoritários. Afinal, eles dependem dos votos dos eleitores – sem falar, no compromisso com os financiadores de campanha – para se reeleger. Precisam da maioria para que possam ser reconduzidos ao cargo nas próximas eleições⁷⁵.

Muito pertinente também é a afirmação de André Ramos Tavares no sentido de que a vitaliciedade dos membros “é capaz de gerar, por si mesmo, um elemento legitimador do órgão, que permanece íntegro enquanto passam vários governos e várias maiorias no parlamento”⁷⁶.

Ademais, vale ressaltar, como afirma Mendes que “embora não exista, mandato para o exercício da função de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o prazo médio de permanência no cargo, no período de 1946-1987, não é superior a oito anos No período de 1989-2006, essa média foi elevada para doze anos”⁷⁷. Desta forma, até agora, não se apresentou tão longa a permanência dos Ministros no cargo, de modo que não se

⁷⁵CARVALHO, Lucas Borges de. Jurisdição Constitucional e democracia. Curitiba: Juruá Editora, 2007, pg. 147

⁷⁶TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pg. 35

⁷⁷MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pg. 989

permitisse a oxigenação do Tribunal. O problema é que com as últimas indicações há grande possibilidade de que alguns ministros passem muitos anos na Corte, impedindo assim a renovação de pensamento, o que seria muito prejudicial à questão democrática da legitimidade.

Assim, para se resolver esse problema da longa permanência nos assentos do Tribunal, seria bastante salutar que entre os critérios objetivos de nomeação dos ministros do STF se estipulassem prazo para o exercício do cargo e um limite de idade para a posse, o que não poderia ultrapassar um decênio e nem contar o Ministro com menos de cinquenta anos.

Apenas a título de informação, vale aqui deixar registrado que tramita no Congresso Nacional uma proposta de Emenda à Constituição de nº 434/2009, de autoria da Associação Brasileira de Magistrados que tem como meta criar regras objetivas para a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Referida proposta de emenda prevê entre outras coisas: a idade mínima de 45 anos para os indicados e 20 anos de atividade judiciária; um terço das vagas deve ser reservado aos magistrados; a proibição de participação na lista de quem, nos três anos anteriores, tenha exercido cargo eletivo, de Ministro de Estado, Secretário Estadual, Procurador Geral da República, cargo de confiança no Executivo, Legislativo e Judiciário, tanto na esfera federal quanto estadual e municipal, bem como filiados a partidos políticos dentro do prazo de três anos também estariam impedidos.

Os ministros do Supremo deverão elaborar uma lista sêxtupla para submeter à escolha pelo executivo, que uma vez feita, submeteria o nome a aprovação pelo Senado, o que ocorrer com 3/5 dos votos dos parlamentares que compõem a casa⁷⁸.

Desta forma, até o presente momento, não parece adequado ou a melhor solução a eleição dos membros da corte suprema, mesmo que esta ocorra por seus pares, porque no Brasil a tradição tem demonstrado que a filiação partidária e o compromisso

⁷⁸ AMB Informa, Informativo da associação dos magistrados brasileiros, julho de 2010, pg. 11

com determinados segmentos sociais, poderiam comprometer os debates jurídicos, sendo mais acertado aguardar a adoção de critérios objetivos.

Ademais, vale ressaltar que atualmente a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que não seja a mais adequada, de certa forma garante a participação do povo, mesmo que indiretamente, haja vista que são nomeados pelo Presidente, após aprovação pelo Senado Federal (Art. 101, parágrafo único da CF/88). De qualquer forma, mesmo que pouco provável, poderá o Senado rejeitar o nome do Ministro que entender não preencher os requisitos para o bom desempenho da função.

Nunca é demais repetir, que o necessário seria a adoção de critérios objetivos para a escolha dos ministros, tornando, assim, ainda mais democrático o processo de escolha entre pessoas de notável saber jurídico, conforme exige a Constituição Federal. Restringir a legitimidade dos Ministros à escolha pelo voto direto da população é reduzir a concepção de democracia a representatividade política, o que, no Brasil, a experiência tem demonstrado não ser o melhor caminho.

Veja a pertinente lição de Carvalho:

É com esse intuito que os tribunais surgem como instituições responsáveis por, dentre outros aspectos, protegerem interesses minoritários que não possuem força política suficiente para obter adesão às suas propostas na esfera republicana formal. Dessa maneira, o poder judiciário se constitui como um importante elemento impulsionador da democracia, capaz de conferir visibilidade e ampliar o debate em torno de demandas até então ignoradas pelo processo legislativo. Mais do que isso, o tratamento judicial desloca a discussão para o plano dos princípios, evitando que questões relevantes sejam submetidas a barganhas e compromissos políticos, tal como, não raro, ocorre no legislativo ⁷⁹.

De acordo com a Constituição Federal os juízes gozam de três fundamentais garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Estas garantias são necessárias para que todo e qualquer magistrado possa exercer com independência e imparcialidade suas atividades não estando, ao menos teoricamente, vinculado a nenhum grupo ou partido político. Some-se a isso a exigência da Constituição de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade (art. 93, IX

⁷⁹ CARVALHO, Lucas Borges de. Jurisdição Constitucional e democracia. Curitiba: Juruá Editora, 2007, pg. 169/170.

da CF/88).

Portanto, para a realidade brasileira é muito mais importante que se possa contar com Tribunais fortes, independentes e comprometidos com uma interpretação constitucional que lhe garanta efetividade, do que com juízes ligados a determinados grupos ou partidos políticos. A legitimidade do Tribunal está muito mais ligada à imparcialidade e justiça de suas decisões do que com o processo de escolha de seus membros.

Enquanto agente da comunidade, o STF possui o importante encargo de defender a Constituição, reconhecendo os direitos morais das partes que recorrem a juízo e estabelecendo limites precisos à atuação dos demais poderes do Estado. Essa difícil missão somente pode ser legitimamente, cumprida, na medida em que os casos controversos sejam decididos com base em argumentos de princípios, fundados em uma interpretação coerente da prática e do sistema constitucional como um todo⁸⁰.

Quanto mais comprometido com os princípios democráticos e com a concretização dos direitos fundamentais, maior será a legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Lembrando, ainda, que sua atuação na interpretação das normas da Constituição, bem como no exercício do controle de constitucionalidade, deve sempre respeitar os limites estabelecidos dentro de sua competência constitucional como dos demais poderes, para que não ocorra o que se costuma chamar de “governos dos juízes”.

O acesso do cidadão ao STF através das ações que permitem a defesa dos direitos fundamentais também é um fator legitimante, como bem lembra Tavares:

Existe mais uma categoria que entra na legitimação do Tribunal Constitucional. É que se assegurando o acesso do cidadão, por exemplo, em casos em que envolvam direitos fundamentais, assegura-se maior democraticidade do instituto do controle da constitucionalidade e, por consequência, adquire o Tribunal uma maior legitimidade sob essa perspectiva, especialmente aos olhos do cidadão comum⁸¹.

Desta forma, citem-se três importantes fatores determinantes da legitimidade do controle das normas inconstitucionais por parte do Poder Judiciário: a) a previsão constitucional de sua instituição e competência; b) A independência e imparcialidade de

⁸⁰ CARVALHO, Lucas Borges de. Jurisdição Constitucional e democracia. Curitiba: Juruá Editora, 2007, pg. 173

⁸¹ TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. pg. 87

suas decisões; c) O amplo acesso do cidadão no exercício do controle de constitucionalidade seja de forma direta (controle difuso) ou indireta (controle concentrado).

Quanto à natureza das decisões do Supremo Tribunal Federal é importante compreender que a Constituição é uma carta jurídica enquanto direitos e deveres são proclamados, é uma carta política enquanto dita regras e traça metas de governo. Como o Supremo Tribunal Federal tem a função de guardião da Constituição suas decisões estarão sempre enfrentando essa troca de informações entre o campo político e o jurídico.

Pode-se, inclusive, afirmar que o Supremo é um órgão jurídico com legitimidade para transitar no campo jurídico e político, por exercer função precípua de guardião constitucional. Não se pode, contudo, afirmar que suas decisões são ou devem ser exclusivamente jurídicas ou políticas.

O Tribunal é um órgão jurídico, mas suas decisões serão jurídicas ou políticas dependendo da matéria que analisa. Como lembra Falcone, a atuação do STF será preponderantemente jurídica quando se tratar de normas constitucionais densas, e de natureza jurídico-política quando se tratar de normas porosas ou de cunho político⁸².

Veja-se a pertinente opinião de Falcone sobre o tema:

O STF tem uma margem político-jurídica de atuação bem maior do que a justiça comum, por se encontrar na zona de decisão do acoplamento entre o direito e a política. Concordamos com Dimoulis que em regra não deve o judiciário interferir nas discricionariedades do Legislativo; todavia quando se encontra o nosso tribunal constitucional diante de um caso em que a legislação é omissa ou contraditória, logicamente o STF tem muito mais legitimidade para ponderar com elementos políticos do que os órgãos da justiça comum⁸³.

Assim, chega-se a conclusão que sendo o STF o guardião da Constituição a natureza jurídico-política de suas decisões, não lhe retira o caráter de órgão jurídico,

⁸² FALCONE, Marconi. Marconi. Justiça constitucional – o caráter jurídico-político das decisões do STF. São Paulo: Editora Método, 2008, pg 106.

⁸³ FALCONE, Marconi. Justiça constitucional – o caráter jurídico-político das decisões do STF. São Paulo: Editora Método, 2008, pg. 99

tampouco lhe retira a legitimidade para tomar decisões no exercício da jurisdição constitucional, uma vez que sendo a Constituição formada por normas jurídicas e políticas, está o STF autorizado a transitar nesta troca de informações sem comprometer a independência dos subsistemas sociais, político e jurídico.

3.4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CORTE CONSTITUCIONAL OU TRIBUNAL DE APELAÇÃO

Entre as críticas que são dirigidas ao Supremo Tribunal Federal encontra-se o fato de assumir outras funções que o assemelham muito mais a um tribunal de apelação do que propriamente de uma corte constitucional. Não se pode negar que referido tribunal tenha permanecido até hoje com a maior parte das competências que já lhe eram destinados pelas constituições passadas. Também, não se pode negar que o Constituinte de 1988 preferiu muni-lo de instrumentos necessários ao exercício e fortalecimento da jurisdição constitucional. Assim, a partir da Constituição Federal de 1988 e com as posteriores emendas, o Supremo Tribunal Federal, tem a cada dia assumido ou reivindicado sua função de guardião constitucional.

Importante mais uma vez salientar que a experiência tem demonstrado estar à jurisdição constitucional comprometida com a defesa da ordem democrática e dos direitos fundamentais.

3.4.1 O Supremo Tribunal Federal e a função de corte constitucional

O debate no cenário nacional sobre a possibilidade de se adotar uma corte constitucional, conforme modelo proposto por Kelsen, não é algo tão recente. Como lembra Gilmar Mendes, em 1934 quando da elaboração da Constituição foi apresentado

projeto que previa a adoção de uma corte constitucional nos moldes do modelo austríaco. Entretanto, o projeto foi rejeitado sem maiores discussões sobre o tema.

Afigura-se relevante observar que, na Constituição de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referat* de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional. Segundo esse projeto, a Corte Constitucional seria composta por nove membros escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (2), pelo Parlamento Nacional (2), pelo Presidente da República (2) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (3). Deveriam ser eleitos igualmente, nove suplentes. Este projeto confiava à Corte Constitucional o monopólio de censura das leis federais e estaduais.⁸⁴

Segundo Mendes a proposta retornou na Constituinte de 1986, o que permitiu ao STF assumir novas atribuições no cenário jurídico nacional. “A nova Constituição (1988) ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador”⁸⁵.

Desta forma, embora a Assembléia Constituinte de 1986, que foi responsável pela Constituição Federal de 1988, tenha discutido a possibilidade de se adotar uma corte constitucional, preferiu que o Supremo Tribunal Federal permanecesse com as mesmas características reconhecidas tradicionalmente pelas Constituições anteriores, porém com o acréscimo de novas tarefas no campo do controle de constitucionalidade.

Assim, além de permanecer como órgão de cúpula do Poder Judiciário, com competência ordinária e revisional para as matérias já especificadas na constituição, assumiu o controle de constitucionalidade com novos institutos os quais lhe garantiu, principalmente, o fortalecimento de sua jurisdição constitucional.

Destarte, embora o Brasil não tenha adotado uma corte constitucional, como moldada pela teoria de Hans Kelsen, com competência exclusiva para o controle de constitucionalidade das leis. O Supremo Tribunal Federal sempre assumiu a função de corte constitucional e, especialmente, a partir da Constituição Federal de 1988 esta característica se tornou bem mais evidente.

⁸⁴MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, pg. 27/28

⁸⁵MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, pg. 38

Chega-se a conclusão que com a Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal efetivamente ganhou o qualificativo de guardião da Constituição, uma vez que a função veio expressamente disposta no texto constitucional (art. 102, caput), e fortaleceu sua natureza jurídica de corte constitucional através dos instrumentos postos a sua disposição para o controle de constitucionalidade, seja de forma difusa ou concentrada.

O problema como observa Falcone⁸⁶ é que as inúmeras atividades do Supremo “atolam o órgão de funções não constitucionais, em um sentido material, afastando-o de sua função típica de guardião da Constituição”.

Forçoso, portanto, é reconhecer que as inúmeras funções como tribunal natural ou revisional sobrecarregam o órgão, impedindo-o de efetivamente cuidar de matérias importantes dentro da jurisdição constitucional.

Acredita-se, contudo, que não seria necessária a criação de um tribunal ou corte, apenas algumas matérias poderiam passar para a competência do Superior Tribunal de Justiça, para que se permitisse uma melhor dedicação do Supremo às matérias constitucionais.

Em decorrência desses fatores, cada vez mais constatamos a necessidade de um tribunal constitucional exclusivo no Brasil, com funções prevalentemente próprias de defesa aplicação da constituição. Não é preciso a criação de um novo órgão, que muitas vezes prejudica em vez de ajudar, contudo havendo a necessidade premente de uma reforma constitucional. Devem-se remeter as demais competências impróprias aos demais órgãos do Judiciário. Há necessidade premente de uma reforma constitucional nesse sentido, para que o Supremo não se consolide como uma terceira instância ordinária, como de fato vem atuando preponderantemente neste país, por conseguinte diminuindo-se na sua tarefa de guardião da constituição. Neste sentido, já citamos exemplo prático em que o STF gastou vários dias para o recebimento de uma denúncia criminal em função atípica, despendendo energia com atividade que deveria estar diluída no Judiciário comum⁸⁷.

Aliada a essas observações, acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado no curso de sua história, ser um órgão compromissado na efetivação dos

⁸⁶FALCONE, Marconi. Justiça constitucional – o caráter jurídico-político das decisões do STF. São Paulo: Editora Método, 2008, pg. 151

⁸⁷FALCONE, Marconi. Justiça constitucional – o caráter jurídico-político das decisões do STF. São Paulo: Editora Método, 2008, pg. 152

direitos fundamentais. “Apesar disso – e não são poucas as críticas feitas ao Supremo Tribunal Federal no decorrer de sua história -, não se pode olvidar a importante atuação da Suprema Corte no campo da defesa das liberdades civis”⁸⁸.

Em toda a História do Brasil república se percebe que a usurpação do poder, bem como a quebra do regime democrático e o desrespeito às normas constitucionais foram frutos muito mais das ações praticados por governos autoritários, representantes do Executivo, aliados a um Legislativo omissivo, do que de atos praticados pelo próprio Judiciário.

Vale lembrar que na história da repressão política do Estado de Exceção que se instalou com a ditadura, inúmeros foram os pronunciamentos do STF que o colocaram em confronto com os interesses do executivo, como afirma ainda Streck, “não foram poucas as vezes que as decisões do ainda jovem Tribunal causaram a ira dos governantes”⁸⁹.

O Supremo Tribunal Federal desde o início tem demonstrado compromisso com sua função constitucional, não se intimidando com as ações antidemocráticas por parte dos demais poderes. Ocorre que como se encontra assoberbado de funções, as quais poderiam facilmente ser entregues a outros tribunais judiciais, deixa a contento sua função precípua como corte constitucional.

Desta forma, não há como negar o papel de corte constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, embora tendo que assumir outras atribuições dentro do ordenamento jurídico em decorrência da própria Constituição.

O exercício da jurisdição constitucional, a partir da Constituição de 1988, o projetou como principal guardião e intérprete das normas constitucionais. Acredita-se que a redistribuição de algumas de suas competências para outros órgãos do judiciário,

⁸⁸STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito*. São Paulo: Forense, 2004, pg. 430

⁸⁹ STRECK, Lênio, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- uma nova crítica do direito*. São Paulo: Forense, 2004, pg. 431.

possibilitaria um compromisso maior com as causas verdadeiramente constitucionais.

3.4.2 O papel desempenhado pelas cortes constitucionais

Por último, cumpre destacar a importância dos Tribunais Constitucionais nos dias atuais, tanto na concretização das normas fundamentais como na defesa da própria constituição.

Como se sabe grande parte dos países na atualidade possui um tribunal que exerce a jurisdição constitucional, isto é, possui competência para averiguar se uma norma está em consonância ou não com a Constituição Federal. Essa competência é exercida de forma exclusiva, como acontece na Alemanha⁹⁰, ou concorrente com os demais órgãos do Poder Judiciário, como acontece no Brasil e nos Estados Unidos.

A ideia de um Tribunal com competência para controlar a constitucionalidade das normas partiu da teoria positivista de Hans Kelsen, o qual defendia que somente um tribunal ou corte constitucional teria a competência necessária para expurgar do mundo jurídico as normas inconstitucionais.

Enquanto tribunal constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade das leis, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas. A estes, segundo a Constituição austríaca e a maioria das outras constituições, está vedado o controle das leis, ainda que decerto – e não poderia ser de outra forma – não completamente⁹¹.

Desta forma, desde que Kelsen defendeu a criação de um tribunal com função exclusiva de defesa da constituição, a ideia tem tomado força e vez no mundo jurídico. Não raros são os países que entregam essa função a um órgão exclusivo, e cuja

⁹⁰ “Em primeiro lugar, há de se ressaltar que, ao contrário do que ocorre na tradição brasileira, o sistema de controle de constitucionalidade é concentrado, ou seja, é da competência exclusiva do TCF realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto (controle concreto). MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Fundación Konrad Adenauer: Uruguai, 2005, pg. 36.

⁹¹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pg. 30

competência em relação a interpretação das normas tem suma importância, como o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Este tribunal tem durante os últimos cinquenta anos se destacado como verdadeiro intérprete da Constituição Alemã.

Ainda que a *Grundgesetz* tenha conferido ao TCF, em seu artigo 92, literalmente somente o status de tribunal, o próprio tribunal e a opinião dominante na literatura especializada – e não por último a sua lei orgânica (§ 1, I BVerfGG) – conferem-lhe a dignidade de “órgão constitucional”. À idéia de “órgão constitucional” não está somente ligada à ideia de mais um órgão constitucional ao lado dos demais, mais de um órgão sobreposto no que tange à interpretação e aplicação das normas constitucionais, alguns outorgando-lhe até mesmo o polêmico status de intérprete autêntico da *Grundgesetz*.⁹²

Vale ressaltar que o status de autêntico intérprete da Constituição Alemã figura-se mais como uma crítica do que propriamente um elogio, já que não é tão fácil a convivência entre Legislativo e o Tribunal Constitucional Federal⁹³. Entretanto, referido tribunal tem desempenhado importante papel na defesa da Constituição do país.

As decisões do Tribunal Constitucional ganharam enorme influência na vida política da República Federal da Alemanha. É difícil encontrar um setor da vida pública que não tenha sido afetado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Não raro, encontra-se o Tribunal no centro de grandes discussões públicas provocadas por uma de suas decisões⁹⁴.

É importante para um estado democrático a concretização das normas constitucionais, a presença de um intérprete designado como tal pela própria constituição federal, cuja responsabilidade é dar efetividade as normas constitucionais. Como bem leciona Canotilho “o tribunal constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição”⁹⁵.

Conforme já afirmado, no Brasil a experiência tem demonstrado que nem

⁹² MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Fundación Konrad Adenauer: Uruguai, 2005, pg. 36

⁹³ “Assim, mesmo em um sistema parlamentarista de governo, como é o alemão, muito se fala no relacionamento entre o legislador eo TCF, não somente no sentido de limitar o poder deste(de desconstituição do ato normativo) em face daquele, mas também devido à aludida transferência problemática do ônus da decisão eminentemente política para a esfera da competência do Tribunal, como forma de compensação de déficits de decisões parlamentares pelo TCF”. MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Fundación Konrad Adenauer: Uruguai, 2005, pg. 39

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999, pg. 13

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra:Edições Aldemina, 7ª edição, pg. 681

sempre o Executivo e o Legislativo estão dispostos a cumprirem fielmente as disposições constitucionais. Nesse jogo de interesses políticos, estaria o Tribunal Constitucional responsável por dar efetividade quando houvesse omissão por parte dos demais poderes.

São neste sentido as lições de André Ramos Tavares:

Ao Tribunal Constitucional foi cometida a missão de fazer aflorar e, conseqüentemente, impor a filosofia política da Constituição. Teoricamente, essas linhas político-ideológicas jazem abertas na Constituição. E, provavelmente, nunca se chegará a um consenso absoluto sobre o conteúdo, extensão, implicações, preponderância e eficácia dos princípios presentes numa determinada Constituição. Daí a necessidade de um Tribunal que bem desempenhe esse papel, colocando em termos objetivos, devidamente fundamentados e apoiados na concepção vigente da Constituição, os valores abraçados na solução daqueles casos em que caiba certa dose de discricionariedade relevante por parte do Poder Judiciário⁹⁶.

Desta forma, não se pode deixar de reconhecer a importância das cortes constitucionais nos atuais estados democráticos, seja como intérprete ou como concretizadores das normas, principalmente quando se depende da discricionariedade dos demais poderes estatais.

4 O CONTROLE DIFUSO APÓS A REPERCUSSÃO GERAL E A SÚMULA VINCULANTE

4.1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Como visto o controle jurisdicional de constitucionalidade é na atualidade um importante instrumento de defesa da supremacia constitucional, principalmente, nos Estados Democráticos de Direito.

A instalação de um sistema de controle de constitucionalidade das normas jurídicas ordinárias não se trata de uma ideia recente. Como visto anteriormente, na

⁹⁶ TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição constitucional. São Paulo: editora Celso Bastos, 1998, PG 61

civilização grega e romana já existia a noção de uma lei superior, a qual seria responsável pela fundamentação do poder e das demais leis do Estado.

Este entendimento atravessou o tempo e foi influenciar a instauração do Estado Constitucional Moderno do mundo pós-guerra, repercutindo até os dias atuais dos Estados Democráticos de Direito, os quais também encontram fundamentação em uma lei suprema. Essa lei suprema deve ser protegida em face do legislador ordinário, sob pena de se tornar em vão a sua superioridade normativa.

Desta ideia de superioridade da norma constitucional nasceu o controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

O controle de constitucionalidade ganhou força no movimento constitucionalista através do Poder Judiciário, com o famoso julgamento do caso norte-americano *Marbury vs Madison*.

Em que pese a importância do julgamento proferido no famoso caso *Marbury vs. Madison*, não se pode reconhecer ao Juiz Marshall a paternidade do controle judicial de constitucionalidade, porque ele estava inspirado nas ideias inglesas datadas do século XVI, onde já se defendia a invalidade de uma lei que conflitasse com a *Common Law*, por contrariar os costumes e a razão.

Ab initio, necessário se faz registrar que, em 1610, na Inglaterra, o juiz Edward Coke, juiz supremo do “King's Bench”, decidiu o caso do Dr. Bonham, utilizando-se do argumento de que uma lei em conflito com a *higher law* era inválida, por contrariar os costumes e a razão. Esse argumento foi, mais tarde, utilizado pelos Tribunais.

Na Inglaterra, ainda, em meados do século XVIII, também se constatou a ideia de inconstitucionalidade de uma lei. O Conselho Privado do rei inglês anulou ou deixou de aplicar muitas leis coloniais por elas serem contrárias às “Cartas”, verdadeiras leis fundamentais, que estabeleciam as relações entre a Inglaterra e as colônias⁹⁷.

Ademais, vários outros casos semelhantes ao do Dr. Bonham e até anteriores ao pronunciamento de Marshall são registrados na história do constitucionalismo,

⁹⁷ HELAL, João Paulo Castiglioni. Controle da Constitucionalidade, teoria e evolução. Curitiba: Editora Juruá, 2009. pg. 98

inclusive em solo norte-americano, conforme bem observa João Paulo Castiglioni⁹⁸.

Contudo, forçoso é reconhecer que foi com o famoso julgamento de *Marbury vs Madison* em 1803 que se formalizou o nascimento do controle de constitucionalidade, sendo, portanto, o julgado a certidão de nascimento do controle judicial das normas infraconstitucionais, influenciando a adoção deste tipo de controle em vários países, inclusive no Brasil desde a Constituição Federal de 1891.

Mais de um século depois, surgiu um segundo tipo de controle, denominado de concentrado. Esta segunda espécie de fiscalização apareceu com o advento da Constituição Austríaca de 1920, baseada nos estudos do consagrado jurista Hans Kelsen. O qual defendia a necessidade de se manter a supremacia constitucional através de um órgão específico tal para finalidade. Este tipo de controle, também judicial, vai diferenciar-se do sistema americano por concentrar a competência da fiscalização em um único órgão, com jurisdição eminentemente constitucional, tratando-se de um Tribunal Constitucional, cuja atividade principal é a defesa da constituição de um país.

O modelo austríaco também se disseminou no mundo jurídico, porém sua influência maior foi no Continente Europeu, destacando-se o Tribunal Constitucional Federal Alemão e o próprio Tribunal Austríaco.

Em 1965, através da Emenda Constitucional nº16, que alterou a Constituição Federal de 1946, passou o controle concentrado a fazer parte do sistema jurídico brasileiro estando até a presente data.

Inclusive, o Brasil pode ser citado como exemplo de país que adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, onde convivem o modelo difuso e concentrado, cujos objetivos e alcances são completamente diversos.

No sistema jurídico brasileiro o controle concentrado viveu com certa apatia até o advento da Constituição Federal de 1988, quando foi incluída no ordenamento

⁹⁸ Sobre o tema veja João Paulo Castiglioni, *Controle da Constitucionalidade, teoria e evolução*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

jurídico nacional uma série de ações constitucionais, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Por oportuno, vale ressaltar que referido controle até então se resumia a chamada ação de representação de inconstitucionalidade contra leis estaduais e federais, cuja legitimidade era apenas do procurador-geral da república.

A Constituição Federal de 1988 além de adotar significativos institutos do controle concentrado através das chamadas ações objetivas ampliou significativamente o rol dos legitimados a proporem referidas ações.

Diante da euforia das ações objetivas do controle concentrado, adotadas pela Carta Magna de 1988, o controle difuso foi gradativamente sendo deixado de lado ou de certa forma esquecido, haja vista que nas ações objetivas há uma maior amplitude nas repercussões ou efeitos das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

(...)

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.⁹⁹

Neste cenário de profundas transformações do controle concentrado surge então um novo dilema para o próprio Supremo Tribunal Federal: o que fazer com as inúmeras ações que chegam ao tribunal para o exercício do controle difuso, já que os efeitos da decisão, neste tipo de controle, restringem-se as partes do processo, e os casos são bastantes semelhantes ou análogos.

Ora, segundo a estatística do STF, dados disponibilizados pelo site do tribunal de 1988 até 30 de abril de 2010, foram distribuídos 4.389(quatro mil, trezentos e oitenta e nove) ações diretas de inconstitucionalidade; de 1993 até 30 de abril de 2010 foram

⁹⁹ Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 80

distribuídas 26(vinte e seis) ações declaratórias de constitucionalidade e 210(duzentos e dez) argüição de descumprimento de preceito fundamental; e de 2008 a 30 de abril de 2010 foram distribuídas 8(oito) ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Por outro lado, nos anos de 2008, 2009 e até 30 de abril de 2010 foram distribuídos respectivamente nada mais do que 21.531, 8.348 e 2.136 recursos extraordinários¹⁰⁰.

O recurso extraordinário somente perde em número para os agravos de instrumentos, e juntos correspondem a quase 80% dos processos que tramitam no Supremo. Ainda de acordo com a estatística do STF, em 2009 os agravos de instrumento e os recursos extraordinários correspondiam a 76,4% dos processos distribuídos, e atualmente já correspondem a 76,2% dos processos distribuídos até 30 de abril de 2010¹⁰¹.

De acordo com os estudos de Gilmar Mendes:

Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema jurídico passa a ter precedência ou primazia, é verdade também que é exatamente após 1988 que se acentua o problema quantitativo do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no sistema difuso, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários (e agravos de instrumento interpostos contra decisões indeferitórias desses recursos).¹⁰²

Destarte, percebeu-se que embora o controle concentrado tivesse uma maior abrangência com relação aos efeitos de suas decisões, haja vista que poderia atingir uma infinidade de interessados em decorrência dos efeitos *erga omnes*, os processos que tratam do controle difuso são em números bem superiores ao controle concentrado, e não têm os mesmos mecanismos de solução dos conflitos.

O impasse é ainda maior se levar em consideração que o órgão julgador é o mesmo, porém os efeitos das decisões são completamente diversos.

Desta forma, torna-se quase incompreensível que numa decisão definitiva de mérito prolatada em um recurso extraordinário se restrinjam os efeitos apenas às partes

¹⁰⁰ Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF, dados atualizados até 30 de abril de 2010.

¹⁰¹ Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF, dados atualizados até 30 de abril de 2010.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pg. 999.

litigantes, enquanto em uma simples liminar de uma ação direta de inconstitucionalidade produza efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todas, pela própria natureza jurídica do procedimento.

Diante desta situação discrepante, o constituinte reformador para atenuar os efeitos desta divergência legislativa procedeu a algumas modificações do próprio controle difuso, através da adoção dos institutos da repercussão geral no recurso extraordinário e da súmula vinculante para os precedentes jurisprudenciais.

Em que pese às inúmeras críticas sofridas pelos dois institutos, repercussão geral e súmula vinculante, buscar-se-á aqui compreender as mudanças que efetivamente estes dois instrumentos jurídicos provocaram no controle difuso do Supremo Tribunal Federal, de modo a garantir estabilidade nos seus pronunciamentos judiciais mesmo quando se tratar de ações subjetivas.

Não se abordará as mudanças provocadas no controle difuso, sob a mera perspectiva de redução dos recursos ou otimização das estatísticas do Supremo, o que em um primeiro momento poderá pensar algum desavisado sobre os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante.

Antes de tudo, a presente pesquisa tem como objetivo principal demonstrar como estas alterações legislativas podem conduzir os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal à uma segurança e estabilidade jurídica, adaptando o controle misto brasileiro aos anseios da sociedade moderna. Além de garantir a efetividade jurisdicional nas atuais demandas, reconhecendo o tribunal como a Corte Constitucional brasileira. A preocupação primordial será situar os institutos dentro do quadro do controle difuso, e sua importância para o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

4.2 A FUNÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO CONTROLE DIFUSO

Como já afirmado, após a Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal tem cada vez mais assumido seu papel de fiscal da constituição, missão esta que lhe era inerente desde a proclamação da república, porém somente expressamente declarada com a ordem jurídica de 1988.

Como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal exerce por via de ação principal o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face das normas constitucionais, bem como o controle difuso ou incidental, a exemplo dos demais órgãos judiciais, onde se examina a constitucionalidade da lei quando aplicada a um caso concreto, por isso diz-se de forma accidental.

Este controle difuso tanto poderá ser exercido em processos de sua competência originária (art. 102, inciso I), como nos julgamentos dos recursos ordinários (art. 102, II). Entretanto, é através do recurso extraordinário (art. 102, inciso III) que a Suprema Corte brasileira desempenha, na grande maioria das vezes, a fiscalização concreta das normas jurídicas.

Conforme estudado no capítulo anterior, os recursos extraordinários são em número bastante superiores às chamadas ações de constitucionalidade, sendo responsável juntamente com os agravos por quase 80% (oitenta por cento) das ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal.

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal. Sob a Constituição anterior, o recurso extraordinário destinava-se não só a proteger a ordem constitucional, mas também a ordem federal, de modo que a impugnação poderia alegar afronta direta tanto à Constituição como ao direito federal.¹⁰³

Segundo a Constituição Federal de 1988, o recurso extraordinário será

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 998

interposto nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; ou d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

As três primeiras hipóteses já faziam parte da competência do recurso extraordinário desde a promulgação da Carta de 1988. Entretanto, a última possibilidade de impetração do recurso extraordinário foi inserida pela EC nº 45/2004, a qual transferiu para o Supremo Tribunal a possibilidade de conhecer de matéria que era destinada ao Superior Tribunal de Justiça mediante recurso especial.

Como bem observa Luis Roberto Barroso:

Antes mesmo da mudança, já havia a percepção de que o conflito entre lei local e lei federal muitas vezes envolve questão constitucional, relativa a divisão constitucional de competências legislativas entre os entes da federação. Com efeito, identifica-se vício de inconstitucionalidade tanto nos casos em que um ente invade a esfera de competência reservada com exclusividade em nível federativo diverso, quanto naqueles em que, tendo a Constituição estabelecido competências concorrentes, um dos entes envolvidos transborde os limites próprios à sua atuação. O julgamento de tais questões pelo STJ não seria coerente com a divisão de atribuições entre este Tribunal e o STF, tal como promovida pelo contribuinte de 1988.¹⁰⁴

Assim, embora nem todos os conflitos entre lei local e lei federal possam atingir diretamente a constitucionalidade da norma, preferiu o constituinte reformador transferir essa questão para o STF, retirando a competência do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, o recurso extraordinário está destinado ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou não de uma norma quando aplicada a um caso concreto, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Este tipo de recurso é utilizado para atacar a decisão judicial decidida em única ou última instância nos termos propostos pelo artigo 102, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Sua sistemática infraconstitucional está prevista no Código de Processo Civil, o

¹⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva 2008, pg. 94

qual disciplina a forma retida para os casos de decisões interlocutórias e o juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido.

Porém, vale ressaltar que o juízo de admissibilidade realizado pelo tribunal *a quo* não poderá invadir a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, quanto ao deferimento ou não do conhecimento do recurso, o qual é o verdadeiro legitimado para tal, principalmente, para recusar a repercussão geral que deverá ocorrer mediante quórum qualificado (2/3).

Da decisão que indeferir o seguimento do recurso caberá agravo para o Supremo Tribunal Federal, onde somente assim será rechaçado ou não o envio do apelo.

Porém, em que pese todas as dificuldades para a impetração do recurso extraordinário, forçoso é reconhecer que ainda é a principal via de acesso do cidadão a Corte Suprema do país, primordialmente quando se trata de defesa dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos, seja em face de atividades do poder público ou de particulares.

4.3 A E.C 45/2004 E OS NOVOS INSTITUTOS DO CONTROLE DIFUSO PELO STF

O controle difuso até hoje encontra certa resistência no cenário nacional, em grande parte, decorrente da possibilidade de somente gerar efeitos entre as partes do processo no qual foi decidida a questão. A suposta superioridade do controle concentrado decorre especialmente dos efeitos *erga omnes* de suas decisões.

Outra crítica também direcionada a não importância do controle difuso é quanto à inexistência no ordenamento jurídico brasileiro do chamado *stare decisis* de origem anglo-saxônica.

A tradição do *stare decisis*, muito influente nos Estados Unidos, berço do controle concreto, diz respeito à força vinculativa dos precedentes judiciais das decisões prolatadas pelos tribunais superiores com relação aos demais órgãos julgadores.

No Brasil, tradicionalmente, os precedentes dos tribunais não vinculam os magistrados de primeiro grau, uma vez que estes possuem no livre convencimento e na obrigatoriedade da fundamentação de suas decisões, os princípios norteadores da independência institucional para o competente pronunciamento judicial.

Entretanto, com a Emenda Constitucional de nº 45, que ficou conhecida como a Reforma do Judiciário, já não se pode afirmar que o controle difuso quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal mantenha os mesmos parâmetros que existiam quando do seu ingresso no ordenamento jurídico.

A repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário e a súmula vinculante para disciplinar as questões constitucionais já decididas reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, foram marcos decisivos na mudança do cenário dos processos que se encontravam para conhecimento do controle difuso junto a Suprema Corte do Brasil.

Vale ressaltar que embora somente a repercussão geral esteja diretamente vinculada ao controle difuso, uma vez que sua criação está expressamente prevista para o recurso extraordinário. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer também a importância da súmula vinculante para referido controle, uma vez que a matéria vinculativa poderá estar diretamente ligada a questões constitucionais do controle difuso.

4.4 A REPERCUSSÃO GERAL: CONCEITO, APLICAÇÃO E FINALIDADE.

A Repercussão Geral e a Súmula Vinculante foram introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Estes dois instrumentos jurídicos provocaram significativas mudanças na seara do controle difuso, principalmente, quando efetuado pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional.¹⁰⁵

Inicialmente, procurar-se-á destacar a repercussão geral dentro da sistemática brasileira, conforme disposição constitucional e legislações específicas. O objetivo inicial é delimitar o tema dentro de sua definição, aplicabilidade e finalidade legislativa, para posteriormente situá-lo na perspectiva prognóstica das mudanças provocadas no controle difuso, analisando as suas principais consequências para este tipo de fiscalização constitucional.

4.4.1 A difícil tarefa de conceituação da repercussão geral

A repercussão geral está prevista no parágrafo terceiro do artigo 102 da Constituição Federal, determinando que no recurso extraordinário deva o recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, para que seja admitido o apelo, o qual somente poderá ser recusado pela manifestação de dois terços de seus membros.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 1007

Da simples leitura do texto constitucional se percebe que agora a principal exigência para a admissão do recurso extraordinário é a demonstração pelo recorrente da repercussão geral que envolve a causa.

E como poderia ser definida esta repercussão geral? A doutrina tem encontrado bastante dificuldade em definir o que seria a repercussão geral em decorrência principalmente da amplitude e vaguidade que envolve o termo

Desde o advento da Emenda Constitucional n. 45, na doutrina nota-se certa perplexidade em definir a exata compreensão do valor semântico da expressão “repercussão geral”, pois se tem nela um conceito bastante vago, como adverte Alvim (2005:91) quando assevera que: “a utilização das expressões repercussão geral, está, em si mesma, carregada intencionalmente de vaguidade¹⁰⁶”.

De acordo com o texto constitucional a legislação ordinária ficaria encarregada de disciplinar a matéria, o que realmente foi realizado através da Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Entretanto, em que pese a Constituição Federal ter deixado a cargo do legislador a fixação do que seria a repercussão geral, este não definiu os seus exatos termos, procurou apenas ofertar alguns elementos dos quais se podem retirar uma noção do que seja uma lide com repercussão geral.

Assim, vale ressaltar que o legislador deixou em aberto a delimitação do tema, para que o próprio Supremo Tribunal Federal diga o que sob estes aspectos se tornaria apreciável em sede de recurso extraordinário.

A definição do que seja “repercussão geral” será dada pelo próprio STF. Em linhas gerais, a lei se limitou a reproduzir a cláusula geral introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Segundo o § 1º do artigo 543-A do CPC, haverá repercussão geral quando estiverem em pauta questões de relevância econômica, social, política ou jurídica, que transcendam os interesses das partes envolvidas no processo. Como se percebe, o legislador preferiu, com acerto, não estabelecer detalhadamente critérios para a fixação do conceito deferindo ao próprio STF o estabelecimento de seus contornos mais precisos.¹⁰⁷

¹⁰⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 17

¹⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008, pg.106

Entretanto, como bem adverte Barroso, a demonstração da repercussão geral deverá ser realizada mediante um procedimento simplificado, “sob pena de se aumentar a complexidade do filtro e impedir que exerça sua função, que é justamente a de tornar a pauta do STF mais racional.”¹⁰⁸

Os parâmetros dogmáticos para o reconhecimento da repercussão geral de cada caso concreto, serão construídos ao longo dos anos mediante os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, o qual como bem observa Ulisses Viana, caberá desvelar o verdadeiro sentido:

Ao Supremo Tribunal caberá o desvelamento do verdadeiro sentido do instituto, o que se dará caso a caso, dentro de um processo interpretativo fundamentado (artigo 93, IX e X da Constituição Federal de 1988) e aberto cognitivamente, guiado pelo programa normativo semanticamente indeterminável a priori da repercussão geral.¹⁰⁹

Destarte, pode-se concluir que agiu bem o legislador ordinário quando não fechou um conceito sobre repercussão geral, porque sua construção será gradativamente realizada segundo os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, responsável pela criação e transformação da dogmática constitucional no ordenamento brasileiro.

4.4.2 A sistemática processual da repercussão geral: aplicação e finalidade do instituto

Segundo o caput do artigo 543-A do CPC o Supremo Tribunal Federal não conhecerá do recurso extraordinário quando este não oferecer repercussão geral, sendo tal decisão irrecorrível. Ocorre que para a rejeição da repercussão geral a própria

¹⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 108

¹⁰⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 23

Constituição Federal exigiu a manifestação de dois terços dos membros da Suprema Corte, acredita-se, portanto, que a irrecorribilidade da decisão está diretamente vinculada ao quorum qualificado para o indeferimento do recurso.

Dando continuidade disciplina o parágrafo primeiro do artigo 543-A que para efeito da repercussão geral será considerada a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, as quais ultrapassam os interesses subjetivos da causa.

Têm-se, portanto, dois importantes elementos da repercussão geral: a relevância da questão e a transcendência aos limites subjetivos da lide em julgamento.

A transcendência dos interesses subjetivos da causa estaria ligada a ideia de que a decisão a ser tomada não interessa somente às partes litigantes no processo, mas a todos aqueles que estão em situação semelhante.

O interesse no pronunciamento judicial pelo Supremo Tribunal Federal vai além dos limites processuais do caso concreto, porque outros processos estão em situações análogas ou semelhantes, principalmente em questões de massa, como acontece com as lides de natureza tributária, criminal, administrativa e previdenciária.

A relevância da questão deverá, então, ser fixada sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que envolve a causa, de modo que uma vez proferida a decisão o Supremo Tribunal Federal possa aquilatar as consequências advindas com o seu julgamento.

Importante destacar que a atitude do legislador em não fixar limites sobre a relevância da questão, permite que o próprio STF estabeleça o seu posicionamento, podendo inclusive rever a tese de negativa da repercussão geral se assim for o caso.

Verifica-se, portanto, que o legislador procurou não engessar a jurisprudência do tribunal, delimitando quais os alcances do que seria econômico, político, social ou jurídico para se caracterizar a repercussão geral.

Como dito anteriormente, caberá tal posicionamento ser construído jurisprudencialmente pelo próprio Supremo Tribunal Federal, verdadeiro responsável por definir a questão.

A situação que se põe é que a jurisdição constitucional – incumbida institucionalmente e centralizada no Supremo Tribunal Federal – deve ser instrumentalizada e operacionalizada sem o estabelecimento de concepções apriorísticas e fixas; por aquela estar ligada ao reconhecimento de expectativas sociais relevantes e da necessidade de sua estabilização por meio da segurança produzida nas decisões judiciais, bem como na própria celeridade e na utilidade dos procedimentos judiciais. Impossível seria, dentro dessa perspectiva, esperar que o texto da norma constitucional ou da lei pudesse elencar exaustivamente as hipóteses de configuração da repercussão geral. Tal situação implicaria a inviabilidade, já no plano normativo, de qualquer possibilidade de sucesso do novel instituto¹¹⁰.

Assim, em que pese o legislador ordinário ter frustrado as perspectivas dos mais formalistas, que esperavam uma conceituação fixa sobre a repercussão geral. A abertura conceitual prevista na legislação ordinária é bastante salutar, porque permite ao próprio STF fixar os limites de seu entendimento, dentro do exercício da jurisdição constitucional que lhe é própria.

Entretanto, vale lembrar que essa atividade do Supremo Tribunal não poderá ser exercida de modo a dificultar o acesso do cidadão ou do homem comum à corte constitucional brasileira, uma vez que se trata de um direito fundamental da pessoa física ou jurídica. A função primordial de referido tribunal será construir uma jurisprudência sólida de modo a permitir tanto a otimização e racionalização do seu trabalho, como garantir efetividade, estabilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Por fim, cabe destacar que a demonstração da repercussão geral deverá ocorrer no recurso extraordinário em sede de preliminar, cuja competência para apreciação é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Ao tribunal recorrido caberá apenas averiguar se as condições para o recurso foram preenchidas ou se a decisão já foi de acordo com a jurisprudência dominante do

¹¹⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 21

Supremo Tribunal Federal. Não poderá o tribunal *a quo* analisar no mérito da repercussão geral, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

O recorrente deverá obrigatoriamente demonstrar a repercussão geral, sob pena de não conhecimento do recurso, mesmo em se tratando de matéria criminal¹¹¹.

Vale ressaltar que no julgamento do AI 664567, ficou estabelecido também que embora se tenha fixado um prazo de sessenta dias de *vacatio legis* para a entrada em vigor da lei, a demonstração da existência de repercussão geral apenas se efetivou a partir da Emenda Regimental n. 21, de 30 de março de 2007, que passou a regulamentar a matéria¹¹². Assim, todos os recursos extraordinários interpostos a partir da Emenda Regimental são obrigados a demonstrarem a repercussão geral.

A única possibilidade de não demonstração da repercussão geral é quando esta for presumida. A presunção configurar-se-á quando uma decisão for contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, conforme disciplinado no parágrafo 3º do artigo 543-A do CPC. Preceitua o citado dispositivo legal que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

¹¹¹Conferir o julgamento do AI 664567 QO, cuja relatoria foi do Min. Sepúlveda Pertence, no seguinte sentido: “Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais. 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades - referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros - que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III)”.

¹¹²Conferir julgamento do RE 541855, cuja relatoria foi do Min. Eros Grau, que assim se manifestou: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ANÁLISE. TERMO INICIAL. 3 DE MAIO DE 2007. INOVAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. 2. **Este Tribunal**, no julgamento da Questão de Ordem no AI n. 664.567, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6.9.07, fixou entendimento no sentido de que “a exigência da demonstração formal e fundamentada no recurso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007”. 3. A análise do recurso extraordinário dá-se nos termos propostos pelo recorrente. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que não é possível, em agravo regimental, inovar o feito, trazendo à discussão temas ou questões complementares, não arguidas oportunamente [RE n. 216.936, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 9.6.00]. Agravo regimental a que se nega provimento”

Desta forma, quando o recurso demonstrar que a decisão recorrida contrariou súmula ou jurisprudência dominante do tribunal a repercussão será presumida, e o recurso extraordinário será admitido de plano.

A presunção da repercussão geral gera algumas dúvidas de ordem prática, haja vista que o dispositivo legal não fez nenhuma referência sobre qual o tema da súmula ou da jurisprudência deve ser contrariado, tampouco qual o tribunal que está vinculado a decisão recorrida. Em outros termos, se a decisão recorrida contrariou súmula ou jurisprudência do tribunal recorrido ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

As respostas que se impõem a essas indagações devem estar vinculadas ao que dispõe o artigo 102, inciso III da CF/88, uma vez que se está tratando de recurso extraordinário. Daí a conclusão de que não se poder alegar qualquer matéria sumular ou jurisprudencial que não seja aquelas que estão diretamente vinculadas aos casos previstos para a própria admissão do recurso extraordinário.

No tocante a questão de qual Tribunal se deve alegar a divergência, o entendimento é retirado do parágrafo terceiro em harmonia com o caput do artigo, o qual faz referência expressa ao Supremo Tribunal Federal. Assim, a jurisprudência ou súmula contrariada deverá ser do próprio Supremo Tribunal Federal, e não do tribunal recorrido, até mesmo porque está se tratando de presunção da repercussão geral, e não poderia ser outra a conclusão a se chegar.

Ainda com relação a presunção, mais duas questões se levantam. Uma se refere a possibilidade da presunção poder ser rejeitada pela manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. E a outra, seria a possibilidade de uma vez rejeitada a repercussão presumida poderia esta rejeição ser aplicada a outros processos semelhantes.

Com relação a possibilidade de se rejeitar a presunção da repercussão por dois terços dos membros do Supremo, a priori, como se trata de uma presunção legislativa,

parece não poder ser rejeitada, mesmo que por manifestação de dois terços dos seus membros. Entretanto, esta presunção poderá ser afastada se a súmula não estiver relacionada com as matérias que devam ser suscitadas para o recurso extraordinário ou o tribunal recorrido já tiver aplicado a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal. Desta forma, nestes dois últimos casos, mesmo com a presunção, não teria motivo para se admitir o apelo porque clara a inexistência da repercussão geral.

No tocante a possibilidade de poder ser aplicada a decisão que rejeitou a presunção legislativa a outros casos semelhantes, ou seja, o Supremo reconhecendo não haver a presunção da repercussão geral estender a decisão a outros processos, o assunto teve seu debate proposto pela Ministra Ellen Grace¹¹³ no voto proferido no RE 563965, nos seguintes termos:

O disposto no § 3º do art. 102, da Constituição Federal, ao exigir, para a recusa do recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, 2/3 dos votos dos membros desta Casa, não permite que se presuma a inexistência do novo pressuposto e sim o contrário. Não é por outra razão que nos casos que temos decidido em Plenário Virtual, há maior número de questões constitucionais com repercussão geral do que sem. E a lei processual civil, no dispositivo legal antes transcrito, traz presunção da existência do pressuposto de admissibilidade e não da inexistência.

Os recursos extraordinários indicados na manifestação da eminente Relatoria não merecem seguimento. Disso não discordo. Não, porém, pela ausência de repercussão geral, e sim porque contrariam jurisprudência consolidada nesta Corte, caracterizando-se como manifestamente improcedentes e subsumindo-se no disposto no caput do art. 557 do CPC.

No processamento do Recurso Extraordinário 563965, a Relatora Ministra Cármen Lúcia propunha a rejeição não só do recurso mais de vários outros processos análogos, com base no reconhecimento da inexistência de presunção da repercussão geral por 2/3 dos membros do STF.

¹¹³Conferir o julgamento do RE 563965, cuja relatoria foi da Min. Carmen Lúcia que se pronunciou nos seguintes termos: “INTERPRETAÇÃO DO ART. 543-A, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 323, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vencida a Relatora. 2. Julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários n. 563.965, 565.202, 565.294, 565.305, 565.347, 565.352, 565.360, 565.366, 565.392, 565.401, 565.411, 565.549, 565.822, 566.519, 570.772 e 576.220.

Em posição contrária, entendeu a Ministra Ellen Grace, seguida pela maioria dos membros, que a lei somente permite a presunção de admissibilidade ou não da repercussão geral, não permitindo a presunção de sua inexistência. Caso entendessem os ministros que não haveria repercussão geral, a matéria deveria ser rejeitada por 2/3(dois terços) dos membros do STF, não sendo possível à decisão que rejeitou a presunção da repercussão geral ser aplicada a outros processos semelhantes, sob pena de estar se considerando que a ausência de repercussão geral possa ser presumida, quando na verdade deverá ser expressamente recusada.

Desta forma, mesmo sendo presumida a repercussão, a matéria alegada poderá ser rejeitada por 2/3(dois terços) dos membros do STF. Entretanto, a decisão que rejeitou a presunção não poderá ser aplicada em outros casos semelhantes, porque a lei previu a possibilidade do Supremo verificar os pressupostos de admissibilidade do recurso quando há presunção da repercussão geral, e não a inexistência da própria repercussão geral, que somente poderá ser feita pela recusa qualificada do próprio STF.

Assim, a presunção poderá ser afastada pela Corte quando esta entender que o tribunal recorrido já aplicou a jurisprudência dominante do STF, e nos casos semelhantes, aplica-se o disposto no artigo 557 do CPC, por ser “o recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo do tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, mas não com base na inexistência da presunção, que somente é aplicada ao processo em que foi reconhecida.

Quanto à manifestação de dois terços dos membros para recusar a repercussão geral, conforme exigência do parágrafo terceiro do artigo 102 da CF/88, pergunta-se se esta manifestação deverá ser fundamentada ou não. A matéria está disciplinada no

Regimento Interno do STF¹¹⁴ no artigo 324, o qual prevê que recebida a manifestação por meio eletrônico, os demais ministros deverão no prazo comum de vinte dias se manifestarem sobre a repercussão geral. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para a recusa, reputar-se-á existente a repercussão geral.

Em decorrência da presunção da repercussão geral em caso de silêncio pelo número de membros exigidos (2/3) para ser recusada a matéria, chega-se a conclusão de que a manifestação dos membros para considerar inexistente a repercussão geral deverá ser devidamente fundamentada. Melhor dizendo, para se recusar a configuração da repercussão geral as manifestações deverão estar devidamente fundamentadas, pois no silêncio dos interessados estar-se-á configurada a relevância da matéria. Assim, a relevância poderá ser presumida no silêncio dos ministros, mas a recusa deverá ser fundamentada.

Vale ressaltar ainda que de acordo com a disciplina da Repercussão Geral quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia o Tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia, remetendo-o ao Supremo e sobrestando os demais até o pronunciamento da corte.

Uma vez negada a repercussão geral os demais feitos sobrestados serão automaticamente considerados não admitidos. E caso seja julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-

¹¹⁴ **Art. 324.** Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão de repercussão geral.

§1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para a recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

§2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art . 543-A, § 5º, do código de Processo Civil."(RISTF)

se. Caso seja mantida a decisão recorrida, poderá o Supremo Tribunal Federal cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Destarte, hodiernamente, com a repercussão geral adotada pelo constituinte reformador fica difícil aceitar que o controle difuso em sede de Recurso Extraordinário terá efeitos restritos às partes litigantes. A uma porque agora é condição *sine qua non* que a matéria tenha relevância extraprocessual, ou seja, que o seu interesse não apenas se restrinja às partes processuais mais atinjam também outras lides em situação semelhante. A duas porque o próprio legislador deixou claro que uma vez decidida a não existência da Repercussão Geral, o principal efeito desta decisão é não serem admitidos os demais recursos com matéria idêntica.

Olhando por outro ângulo isso significa dizer que se a causa não ultrapassar os limites da lide, a matéria não tem relevância constitucional para ser apreciada pela suprema corte.

Portanto, diante de tais colocações, como afirmar que no controle difuso a decisão é apenas entre os litigantes, se a lei agora exige que os efeitos extrapolem os limites da subjetividade da causa? Embora o objetivo principal da reforma em adotar a repercussão geral para admissão do recurso extraordinário, seria conter os inúmeros processos que chegam anualmente à Suprema Corte do país, evitando, assim, a subida de inúmeros casos idênticos ou semelhantes. Não se pode negar que sua influência permitiu transformações significativas nas decisões prolatadas em sede de controle difuso, permitindo um aprimoramento da Suprema Corte enquanto tribunal de jurisdição eminentemente constitucional.

Como se nota, essa é uma tentativa de otimizar o trabalho da Corte, evitando a multiplicação de julgamentos idênticos. E de fato é desejável que o STF possa fugir da repetição mecânica e se dedique a fixar teses, que deverão ser aplicadas a partir daí, tanto quanto possível, de forma homogênea.¹¹⁵

¹¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 109

Essas mudanças não só otimizam o trabalho do Supremo Tribunal Federal, mas também afirmam sua vocação no cenário nacional como verdadeira corte constitucional, seus julgamentos seja em sede de controle difuso ou concentrado servem de parâmetro para os demais casos abrindo espaço para a propagação dos precedentes vinculantes.

4.5 A SÚMULA VINCULANTE: CONCEITO E ALCANCE NO CENÁRIO NACIONAL

Conforme afirmado tanto a repercussão geral como a súmula vinculante produziram significativas mudanças no controle difuso. Em que pese não estar a súmula diretamente vinculada ao controle de constitucionalidade, sua influência se manifesta de forma indireta, uma vez que poderá o Supremo Tribunal, por intermédio da súmula, vincular matéria decidida inúmeras vezes por meio de controle difuso.

Ademais, vale ressaltar que entre as críticas sofridas pelo controle difuso, mesmo quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal, encontra-se a necessidade de suspensão da lei pelo Senado Federal para que a decisão produza os efeitos erga omnes desejados, conforme competência prevista no artigo 52, inciso X da CF/88.

O próprio Supremo Tribunal Federal editou uma súmula vinculante disciplinando o controle difuso quando exercido pelos Tribunais.

Trata-se da súmula vinculante n.10 segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Parece, portanto, que o STF considera perfeitamente possível utilizar-se da súmula vinculante para disciplinar as matérias decididas em sede de controle difuso. Ademais, vale destacar que não somente a súmula n. 10, mais outras súmulas

vinculantes têm tomado como parâmetro as constantes decisões em sede de recurso extraordinário.

A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, como foi visto, decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas¹¹⁶.

Sobre a necessidade de se repensar o papel do Senado Federal quanto a suspensão da lei declarada inconstitucional dedicar-se-á um tópico próprio, ao final do presente capítulo.

4.5.1 A conceituação da súmula vinculante e o papel desempenhado no ordenamento jurídico nacional

A súmula vinculante, conforme já afirmado, foi introduzida no ordenamento jurídico pela E. C. nº 45/2004, sua previsão normativa encontra-se no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, mediante a decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar súmula que vinculará, a partir de sua publicação na imprensa oficial, os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, das esferas federal, estadual e municipal.

A possibilidade da edição de súmulas não é algo novo no ordenamento jurídico nacional. O posicionamento dos Tribunais sobre determinados assuntos há muito tempo já é no Brasil medida que visa a pacificar entendimentos judiciais sobre determinados conteúdos. Entretanto, é a primeira vez que o país adota a possibilidade de vinculação das decisões judiciais através das súmulas, ou seja, dos seus precedentes judiciais.

Em que pese a E.C. nº 03/93 tenha previsto a possibilidade de vinculação das

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, pg.1011

decisões judiciais definitivas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, porém não se referia a emenda às questões sumuladas.

Oportuno lembrar que embora o país não conte com uma tradição do “stare decisis” norte-americano, a vinculação dos precedentes através de súmula vinculante, nada mais é do que uma verdadeira formalização do precedente judicial, haja vista que a própria constituição prevê que em caso de descumprimento da súmula o ato administrativo ou a decisão Judicial poderá ser anulado ou cassado pelo próprio STF. O qual determinará de imediato que outra medida seja proferida ou aplicada ao caso concreto. E o prejudicado com o descumprimento da súmula poderá fazer valer a decisão sumulada através de uma reclamação constitucional à Corte Suprema (CF art. 103-A, § 3º).

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as noções anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado.¹¹⁷

No Brasil, apesar do livre convencimento e da fundamentação das decisões como requisitos essenciais para a independência funcional da atividade dos magistrados, é do conhecimento geral que há muito tempo os juízes de primeira instância e até mesmo os tribunais procuram decidir em consonância com o posicionamento dos Tribunais Superiores.

A possibilidade de reforma das decisões judiciais em grau de recurso aponta como principal motivo para se decidir em consonância com as decisões superiores, sob pena se prestar uma tutela jurisdicional totalmente contraproducente.

Embora o país não tenha uma cultura judicial precedentalista, há muito já se decide com base no que pensam os tribunais superiores, haja vista a possibilidade de reforma ou anulação do julgado em decorrência do duplo grau de jurisdição inerente ao

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 1008

ordenamento jurídico brasileiro.

A criação do instituto da súmula vinculante se deu como um instrumento normativo que obriga o juiz brasileiro fazer aquilo que, em nome da racionalidade do sistema, deveria ser rotineiro, ou seja, a vinculação ao *leading case* julgado pelo STF quando frente a uma questão constitucional.¹¹⁸

As súmulas são agora espécies de normas jurídicas que vincularão não só os demais órgãos do Poder Judiciário, como a própria administração pública.

Não se trata propriamente de uma invasão de competência constitucional pelos Tribunais na esfera legislativa, haja vista que o próprio texto constitucional deixou de fora o Poder Legislativo, o qual poderá reeditar a norma julgada inconstitucional ou até mesmo voltar a legislar a respeito do caso já decidido pela súmula.

A possibilidade dos tribunais criarem normas jurídicas gerais já era previsto por Kelsen, que defendia ser possível que os precedentes vinculassem os demais casos semelhantes desde que a Constituição autorizasse. Seria uma espécie de concorrência com o órgão legislativo, e uma descentralização da função legislativa.

Se aos tribunais é conferido poder de criar não só as normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa.¹¹⁹

No Brasil não há essa possibilidade de criação de normas gerais pelo Poder Judiciário, esta função é exclusiva do Poder Legislativo. Ocorre que o entendimento jurisprudencial através da súmula vinculante servirá de norte para a solução dos conflitos de interesses que tenham causas ou pedidos semelhantes, orientando, assim, na melhor e mais rápida solução do litígio.

Embora o juiz esteja livre para aplicar ao caso o seu entendimento jurídico, a possibilidade de ver reformada sua decisão é bastante concreta, quando já se tem um entendimento jurisprudencial formado sobre o caso. Desta forma, pode-se concluir que

¹¹⁸ APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade. Curitiba: Juruá Editora, 2009, pg. 113.

¹¹⁹ HANS, Kelsen. Teoria pura do direito. Martins Fontes: São Paulo, 2006, pg. 279

com a súmula vinculante, este precedente judicial com força normativa, porque editada pelo próprio Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, vinculará o Poder Judiciário e Administração Pública, na solução dos conflitos ou impedindo que os mesmos se instalem.

4.5.2 Requisitos formais da súmula vinculante, revisão e cancelamento

De acordo com o artigo 103-A da Constituição Federal a súmula vinculante deverá ser aprovada por maioria de 2/3(dois terços) dos votos dos membros do STF, em matérias constitucionais já decididas reiteradas vezes pelo Tribunal.

Segundo ainda o texto constitucional a súmula deverá ter por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia esta que poderá acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Assim, para a edição da súmula são necessários alguns requisitos, entre eles: a controvérsia atual entre órgãos judiciários e a administração pública sobre a validade, interpretação ou eficácia de normas em face da constituição; a preexistência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria constitucional; e por último o risco de grave insegurança jurídica ou a multiplicação de processos sobre questão idêntica. Estes requisitos influenciarão a própria edição da súmula que de modo geral envolverá questões de massa ou homogêneas, que possam vir abarrotar os órgãos do Poder Judiciário com infundáveis demandas processuais.

Trata-se de uma exceção legislativa conferida ao Supremo Tribunal o qual não poderá se afastar dos objetivos pretendidos pela própria Constituição Federal, que é pacificar e consolidar as decisões do órgão.

O próprio Gilmar Mendes afirma que:

Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes. Em regra, elas serão formuladas a partir de questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização.¹²⁰

Levando em consideração que as matérias destinadas às súmulas seriam aquelas cujas questões processuais são de relevância e de interesse geral, necessário se faz advertir que não deve o instituto ser utilizado para disciplinar fatos casuísticos, como por exemplo a súmula vinculante que disciplinou o uso das algemas, haja vista que tais comportamentos por parte da Suprema Corte brasileira são totalmente reprovados pela sociedade, sem contar que gera um certo descrédito com o órgão.

Como a edição de uma súmula vinculante trata-se de uma exceção à função estatal, não poderá o Supremo Tribunal utilizar-se do instituto para legislar ou editar normas jurídicas com força de lei, usurpando a competência do legislativo.

Destarte, a edição de uma súmula vinculante deve obedecer rigorosamente os critérios estabelecidos sob pena de ser inconstitucional, por invasão de competência do Poder Judiciário na atividade própria do Legislativo.

A edição das súmulas vinculantes visa a dois objetivos básicos, devendo estar atento o Supremo Tribunal Federal, para o seu exercício: 1) a formalização dos precedentes judiciais, em um país que não tem tradição do *stare decisis*; 2) a garantia de segurança jurídica a inúmeras questões homogêneas ou de massa onde se está tendo tratamento desigual seja pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública.

Se o Supremo Tribunal não estiver atento aos objetivos pretendidos pela Súmula Vinculante, a atividade desenvolvida para a sua edição estará terrivelmente comprometida, uma vez que não tem o Tribunal competência para a edição de normas gerais, cuja função é eminentemente do Legislativo.

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 1011

O próprio texto constitucional prevê a possibilidade de cancelamento ou revisão da súmula, incluindo como legitimados os mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (§ 2º do art.103-A). Embora a Lei nº 11.417/2006 que regulamentou a edição das súmulas vinculantes, não tenha previsto expressamente os casos de cancelamento, partindo-se do pressuposto de que ocorrerão mudanças no cenário social, político e econômico do país, deverá o Supremo Tribunal proceder sempre que necessário a revisão ou ao cancelamento, quando houver mudanças fáticas nas circunstâncias que motivaram a edição da súmula.

A possibilidade de cancelamento ou revisão, assim como a edição, exige quorum qualificado de 2/3(dois terços) dos membros do tribunal em sessão plenária, demonstrando, assim, a importância que é para o ordenamento jurídico a discussão em torno das matérias a serem sumuladas.

É o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal como tribunal construtor e idealizador da dogmática constitucional do país, a partir da interpretação feita das normas constitucionais.

4.6 REPENSANDO A COMPETÊNCIA DO SENADO QUANTO A SUSPENSÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL

De acordo com o que foi explanado, atualmente, já não se pode afirmar categoricamente que o controle difuso se restrinja às partes litigantes, haja vista que em sede de recurso extraordinário se faz necessário a comprovação da repercussão geral, e entre os elementos desta se destaca a transcendência da matéria. Ademais, poderá o Supremo Tribunal editar súmulas com efeitos vinculantes sobre matérias constitucionais decididas através do controle difuso.

Fato importante neste aspecto seria questionar a competência do Senado para a

suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF. Estaria ainda em vigor o dispositivo constitucional? Ou melhor, qual a utilidade de referida competência?

É do conhecimento de todos que tradicionalmente o controle difuso gerava apenas efeitos inter partes, mesmo quando decidida a causa pelo Supremo Tribunal Federal, porque somente com a atuação do senado se dariam os efeitos erga omnes à decisão, por força do artigo 52, inciso X, da CF/88, o qual compete ao Senado privativamente “suspender a execução no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Por sua vez o próprio STF partilhava o entendimento de que a competência do Senado não estaria vinculada a decisão da corte. O órgão legislativo tinha a opção de escolher ou não a possibilidade de suspensão da norma. Em outros termos, o Senado não estava obrigado a suspender a execução da lei, e o exercício de tal competência ser-lhe-ia uma faculdade.

Entretanto, tal compreensão vem se modificando, inclusive com defesa de Gilmar Mendes que leciona a necessidade de se repensar a competência do Senado quanto à suspensão da legislação declarada inconstitucional, levando-se principalmente em conta as modificações do texto constitucional após a E.C n. 45/2004, e o contexto em que se encontra atualmente o controle difuso.

Por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da 'suspensão da execução da lei pelo Senado Federal' significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabaram por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição de 1988 que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934(art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946(art. 46) e de 1967(art. 42, VIII).¹²¹

A impressão que se tem é que o próprio Supremo Tribunal Federal está reconhecendo a importância do controle difuso de constitucionalidade diante das

¹²¹ MENDES, Gilmar . A reclamação constitucional no supremo tribunal federal in *Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Org. Marcelo Novelino .Bahia: Editora Juspodivm. 2008. pág. 430.

inovações implantadas pela EC nº 45/2004, bem como avocando para si a função precípua de guardião da constituição.

Germina no Supremo Tribunal Federal a idéia de que a competência do Senado é apenas para dar publicidade à decisão da corte, não sendo a suspensão necessária para dar efeitos erga omnes às decisões proferidas de modo definitivo em sede de controle incidental.

Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenda a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.¹²²

Importante é destacar que seja para apenas dar publicidade a decisão ou para efetivamente suspender a lei, o que se verifica concretamente na competência do Senado para dar efeitos erga omnes as decisões do Supremo Tribunal Federal, são duas mudanças de ordem prática. A primeira diz respeito à própria reivindicação do STF de sua função precípua que é a guarda da Constituição Federal, nos termos do artigo 102 da CF/88. E a segunda mudança diz respeito à força normativa das decisões do STF em decorrência do dispositivo constitucional da repercussão geral e da súmula vinculante, que de certa forma conseguiram ampliar os efeitos do controle difuso para outros processos semelhantes, sem a necessidade de intervenção do Senado. Desta forma, é impossível não reconhecer que restou enfraquecida a já debilitada competência do Senado sobre esse assunto.

Assim, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, todas as demandas cuja matéria fosse decidida por meio do controle difuso, necessitava-se chegar ao Supremo Tribunal Federal para serem definitivamente solucionadas, a não ser que o Senado, por meio de uma Resolução, suspendesse a lei. Agora, com os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante parece estar bastante atenuada essa função do Senado

¹²² MENDES, Gilmar, A reclamação constitucional no supremo tribunal federal in *Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Org. Marcelo Novelino .Bahia: Editora Juspodivm. 2008, pág. 433

Federal.

Ademais, não parece haver prejuízo adaptar essa competência do Senado, aos novos institutos do controle difuso, deferindo-lhe a competência para a publicidade da decisão, uma forma de se ter o aval dos representantes legislativos.

A intervenção do Senado seria uma maneira encontrada pelo constituinte originário para se garantir o sistema de freios e contrapesos, próprio do sistema da tripartição do poder. Ocorre que não demonstra ser tal função essencial ao sistema fiscalizatório das normas, uma vez que não há impedimento para que o próprio legislativo reveja a norma, ou, embora esdrúxulo o caso uma vez que já declarada inconstitucional, novamente proceda a sua edição.

5 O CONTROLE DIFUSO E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

5.1 AS MUDANÇAS NO CONTROLE DIFUSO AFRONTAM O REGIME DEMOCRÁTICO DO PAÍS?

As gradativas modificações que foram provocadas no âmbito do controle difuso, principalmente, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, ocasionaram algumas discussões jurídicas sobre o tema. As principais críticas giram em torno da afronta que as decisões em sede de controle difuso poderão, a partir de agora, ocasionar ao sistema democrático adotado pelo país.

Segundo alguns doutrinadores, no controle difuso a expansão dos efeitos da decisão além das partes interessadas, fere algumas premissas importantes do regime democrático, como: o princípio da tripartição dos poderes, a participação democrática da sociedade na fiscalização das normas e a possibilidade de lesão a direitos fundamentais.

Analisando o tema a partir da decisão prolatada na Reclamação n.º 4335-5/AC, que tramita no Supremo Tribunal Federal, Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Martonio Mont'Alverne afirmam que:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia erga *omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos advocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais¹²³.

¹²³ STRECK, Lênio. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 01/11/2010, pag. 7/8

Apenas para situar o problema, a Reclamação nº 4335-5 foi ajuizada pela Defensoria Pública da União contra o Juiz das Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, alegando o descumprimento da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, em que o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90, no tocante a vedação da progressão de regime em crimes hediondos. O magistrado de primeira instância nega-se a progredir o regime dos apenados que respondem por crimes hediondos, por entender que a decisão do STF somente teria eficácia erga omnes após a suspensão do dispositivo legal pelo Senado, conforme exigência do artigo 52, inciso X da CF/88.

Referido processo ainda está em curso, porém dependendo do seu julgamento será dada uma nova interpretação a competência do Senado, haja vista que o relator, Ministro Gilmar Mendes, já se posicionou no sentido de que a função de referido órgão deve ser atualizada porque houve uma verdadeira mutação constitucional a partir do fortalecimento do controle de constitucionalidade direto.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do artigo 52, X, da Constituição de 1988. 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.

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no artigo 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição Federal de 1988¹²⁴.

A partir da decisão proferida na Reclamação nº 4335-5, Streck, Cattoni e Mont'Alverne proferiram severas críticas a atuação do Supremo Tribunal Federal com relação a intervenção do Senado na suspensão das normas. Segundo os autores seria estritamente necessária a participação de referido órgão, haja vista que é a garantia do

¹²⁴ MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no supremo tribunal federal in *Leitura Complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Org. Marcelo Novelino. Bahia: Editora Juspodivm. 2008. Pág. 431

princípio de freios e contrapesos próprio do sistema de tripartição dos poderes. Ademais, o Senado não poderia ser tratado como mero órgão de publicidade para as decisões em sede de controle difuso. Aduzem, ainda, que o Supremo Tribunal Federal estaria reduzindo tão importante função de intervenção do Senado a um mero órgão oficial de divulgação de suas decisões o que seria inadmissível para um regime democrático.

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. 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 sequer sugerido pela Constituição da República de 1988¹²⁵.

Dando continuidade, os juristas alegam que o controle difuso, por tradição, não deve ultrapassar os limites do processo, pelo simples fato de que a doutrina constitucional brasileira sempre se pautou na preciosa diferenciação entre controle concentrado e controle difuso. Ademais, os efeitos do controle concentrado não poderiam ser estendidos de forma automática para o controle difuso.

Se a Constituição – seja na sua versão original, seja naquela que decorreu das reformas realizadas pelo poder constituinte derivado – elabora tão preciosa diferenciação entre controle concentrado e controle difuso, não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática¹²⁶.

Em sentido oposto, ousa-se discordar das opiniões acima transcritas, haja vista que não se pensa desta forma sobre as mudanças provocadas no controle difuso tanto pela Repercussão Geral como pela Súmula Vinculante. Esses institutos não podem ser

¹²⁵ STRECK, Lênio. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 01/11/2010, pag. 7

¹²⁶ STRECK, Lênio. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 01/11/2010, pg. 8.

considerados como prejudiciais ao sistema de garantias adotado pela redemocratização do país após a Constituição Federal de 1988.

Estas transformações ocorridas no controle difuso, ao contrário do que estão sendo afirmadas, serão aqui pensadas e refletidas como fatores de estabilidade e segurança jurídica para as partes, a partir do momento em que fortalecem a jurisdição constitucional do STF.

Não se pretende aqui defender uma ditadura da jurisdição ou uma absurda intervenção do Supremo na seara legislativa. Não é esse o objetivo das análises aqui levadas a efeito, o que se deve deixar bem claro. Pretende-se, antes de qualquer coisa, garantir e fortalecer a participação do cidadão na fiscalização das normas e na defesa de seus direitos, bem como permitir que o país possa contar com um autêntico tribunal constitucional, defensor da ordem democrática e dos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo fonte de interpretação e formação da dogmática constitucional brasileira. Não se compartilha do entendimento de que as transformações provocadas no controle difuso após a EC nº 45/2004, possam colocar em risco o regime democrático adotado pelo país, tampouco que sejam sinônimos de retrocesso. A visão que se pretende ter sobre o assunto é bem mais ampla e voltada para a segurança jurídica das decisões em matéria constitucional. A preocupação também não será voltada para a redução ou limitação de processos junto ao Supremo Tribunal Federal, mas com a sua capacidade de efetivamente exercer a guarda da constituição, permitindo assim estabilidade e concretização das normas constitucionais.

Desta forma, repita-se, a análise da possibilidade de extensão dos efeitos de uma decisão proferida dentro do controle difuso a outros processos além do caso concreto, será estudada sob três principais vertentes, quais sejam: a) a tripartição das funções estatais; b) a participação democrática do cidadão na fiscalização das normas; e c) as limitações impostas à jurisdição constitucional pela própria Constituição.

O estudo destes três aspectos será de fundamental importância para se compreender a perspectiva futura do controle difuso no cenário jurídico nacional.

5.2 A TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como até agora estudado, as mudanças ocorridas no controle difuso quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal levantam uma série de questões controvertidas, entre elas a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão a outros casos concretos independente da intervenção do Senado Federal. Em outros termos, os efeitos das decisões em controle *incidenter tantum* podem ultrapassar os limites da lide sem a necessidade do Senado intervir para suspender a legislação, seja porque agora é necessária a demonstração da repercussão geral em caso de recurso extraordinário, ou porque a decisão poderá ser objeto de súmula vinculante, a qual terá efeitos erga omnes conforme preceitua o artigo 103-A da CF/88

Desta forma, se já não é certo afirmar que os efeitos do controle difuso se restringem às partes litigantes, entretanto, também não parece coerente afirmar que as mudanças são prejudiciais ao regime democrático adotado pelo país e consolidado com o sistema constitucional vigente.

Embora esta matéria de certa forma tenha sido tratada no capítulo anterior, quando se analisou a possibilidade de repensar a função do Senado, porém, aqui, pretende-se abordar o assunto sob o ponto de vista da relação existente entre a teoria da separação dos poderes e do exercício da jurisdição constitucional. Visa-se pensar o assunto, a partir da latente e necessária tensão existente entre legitimidade democrática e jurisdição constitucional, própria dos países que adotaram constituições democráticas, rígidas e com controle de constitucionalidade.

Pretende-se deixar claro que a participação do Senado, poderia até se justificar anteriormente à Constituição Federal de 1988, entretanto, após a inclusão e concretização do controle concentrado tal exigência se torna inócua e na maioria das vezes extremamente legalista, podendo ser facilmente superada sem a infringência de qualquer norma ou princípio.

5.2.1 A tensão entre a legitimidade representativa e a jurisdição constitucional

Os Estados Democráticos de Direito, inclusive nos moldes adotados pelo Brasil, trazem ínsitos à sua formação dois princípios conceitualmente distintos e de certa forma antagônicos entre si. Se por um lado, democracia está vinculada a ideia de governo da maioria ou equivalente à soberania popular, por outro, estado de direito, está vinculado a ideia de juridicização do poder ou legalização do estado.

Este problema é detectado com bastante percuciência por Gustavo Binjenbojm¹²⁷, o qual procura em seus ensaios analisar a importância do controle de constitucionalidade dentro do atual sistema democrático, a partir de sua atuação na defesa do estado de direito, e do exercício e legitimidade da jurisdição constitucional, desde que respeitados os limites constitucionais que lhes são impostos.

Um estado que se diz democrático e de direito será aquele que sob o império da lei garante a democracia e os direitos fundamentais no país. Assim, os direitos e garantias dos indivíduos para com o Estado, e vice-versa, serão concretizados através desta lei suprema, denominada de Constituição.

¹²⁷ “O Estado democrático de direito, proclamado no art. 1º da Constituição brasileira de 1988, representa a síntese histórica de dois princípios conceitualmente distintos e até certo ponto antagônicos. De fato, em primeira guinada de visão, democracia equivale à soberania do povo ou à regra da maioria; Estado de direito, a seu turno, equivale à juridicização do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais. No limite, o irrestrito poder da maioria poderia subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos; por outro lado, a cristalização de determinados princípios jurídicos, elevados à condição de paradigmas do Direito, poderia acarretar um indesejável asfixia da vontade popular. O papel do constitucionalismo é o de harmonizar esses ideais até um ‘ponto ótimo’ de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sendo tal ponto a medida do sucesso de uma constituição” BINENBOJIM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pg. 47-48

Como observa Binenbojm, essa constituição seria uma espécie de manual onde se concentram as regras do jogo, sendo os jogadores os agentes políticos representantes do povo e a jurisdição constitucional o árbitro deste jogo democrático.

Assim, embora consagrando a democracia e o princípio da soberania popular, as Constituições modernas dispõem sobre a forma a ser observada para a manifestação da vontade majoritária e sobre conteúdos mínimos que devem ser respeitados pelos órgãos representativos dessa vontade, sem, no entanto, suprimi-la. Assumindo a democracia como um jogo, a Constituição seria o manual de regras e, os jogadores, os agentes políticos representantes do povo. A jurisdição constitucional, nesse contexto, cumpre o papel de ser o árbitro do jogo democrático¹²⁸.

Desta forma, a criação de mecanismos de controle dos atos normativos infraconstitucionais é uma necessidade do próprio estado democrático, para que assim possam preservar a legalidade “democrática” que se propôs a cumprir.

Esta possibilidade de controle dos atos normativos gera naturalmente uma tensão dialética e jurídica entre a legitimidade representativa, ínsita ao poder legislativo, e a jurisdição constitucional, destinada aos responsáveis pela fiscalização normativa.

A atuação da jurisdição constitucional, seja pelo poder judiciário ou por uma corte constitucional, será sempre vista com desconfiança pelos demais poderes ou até mesmo pela própria sociedade.

Entretanto, isto não significa reconhecer que o Poder Legislativo por ser composto de representantes eleitos pelo voto esteja acima do bem e do mal. Tampouco que o Tribunal Constitucional seria uma espécie de super-poder tendente a anular toda e qualquer legislação ou norma jurídica. Sua função principal é ser o árbitro desse jogo democrático, conforme afirma Gustavo Binenbojm, haja vista que nenhum dos poderes poderá fazer o que quer. Todos devem respeito à constituição, e todos devem atuar, dentro de suas competências, como fiscais do sistema constitucional adotado.

Importantíssima são suas conclusões sobre esta tensão dialética entre representação democrática e jurisdição constitucional, que aqui serão transcritas:

¹²⁸ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pg. 48

O Estado Democrático de Direito é a síntese histórica de duas idéias originariamente antagônicas: democracia e constitucionalismo. Com efeito, enquanto a ideia de democracia se funda na soberania popular, o constitucionalismo tem sua origem ligada à noção de limitação do poder. A democracia constitucional, conquanto proclamada nesse final de século como regime de governo ideal, vive sob o influxo de uma tensão latente entre a vontade majoritária e a vontade superior expressa na Constituição.

A supremacia da constituição e a jurisdição constitucional são mecanismos pelos quais determinados princípios e direitos, considerados inalienáveis pelo poder constituinte originário, são subtraídos da esfera decisória ordinária dos agentes políticos eleitos pelo povo, ficando protegidos pelos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público¹²⁹.

Como acima observado, há determinados princípios e direitos, que por sua relevância dentro do sistema foram retirados pelo constituinte originário da esfera de decisão meramente política dos representantes do povo ficando protegidos pelos instrumentos do controle de constitucionalidade.

Os argumentos acima transcritos conduzem a conclusão de que o Poder Judiciário terá legitimidade para intervir quando estes princípios forem descumpridos pelos poderes representativos, Executivo ou Legislativo.

A possibilidade de intervenção do Senado Federal no controle difuso foi uma medida tomada em 1934, visando a atenuar as distorções existentes à época. Ademais, a idéia das cortes constitucionais com controle concentrado, ainda era algo muito recente, uma vez que a primeira instalação data do ano 1920 na Áustria, ou seja, pouco mais de uma década até a Constituição de 1934.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal ainda não tinha se firmado como Corte Constitucional. A sua participação na fiscalização normativa se fazia mediante análise dos recursos extraordinários.

Hoje a realidade é bem diversa, o controle de constitucionalidade das normas é bem mais amplo e é muito mais ampla e segura a participação popular na fiscalização normativa.

Assim, analisar a participação do Senado como essencial ao controle difuso é

¹²⁹ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pg. 246

uma visão por demais positivista, não coerente com as transformações ocorridas neste secular sistema de fiscalização normativa e proteção constitucional, que é o controle difuso.

Sem desprezar a importância da intervenção do Senado, entretanto, acredita-se que sua supressão ou atenuação não será de todo prejudicial ao sistema democrático e a tripartição das funções, haja vista que há muito tempo a doutrina já se manifestava no sentido de o próprio Supremo garantir a força de seus julgados.

O tema da resolução do Senado se mostra de certa importância neste trabalho já que atua, nesse caso, em complementaridade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Este, no particular, teve sua força reduzida pela Constituição, que atribuiu ao Senado a possibilidade de suspender a lei. Isso talvez se justificasse quando o sistema brasileiro não conhecia o controle concentrado. Hoje, melhor teria sido, se a Constituição tivesse deferido diretamente ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar, erga omnes, e, mais ainda, com força vinculante, a inconstitucionalidade de ato normativo decorrente da análise em face de um caso concreto¹³⁰.

Acredita-se que em 1934 esta tensão entre jurisdição constitucional e representação democrática fosse mais acentuada e preocupante, até mesmo porque o mundo todo sofria com a manifestação tirana ou ditatorial de alguns governantes.

A intenção de legitimar a atuação jurisdicional do STF através da participação do Senado, como representante do Poder Legislativo, não foi de todo ruim para o sistema de fiscalização das normas à época.

Porém, o momento agora é outro, a democracia está bem mais consolidada e a participação popular no controle de constitucionalidade bem mais ativa. Não há porque se insistir na competência do órgão para suspensão de lei declarada inconstitucional, haja vista o papel desempenhado pelo Supremo após a Constituição Federal de 1988.

Bastantes pertinentes são as palavras de Luís Roberto Barroso sobre o tema:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, 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

¹³⁰ TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Editor Celso Bastos, 1998, pg.148.

previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênua devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do artigo 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!¹³¹

Assim, como observa Barroso, a negativa de efeitos *erga omnes* as decisões do controle difuso afrontam o princípio da economia processual, e por que não dizer da efetividade da prestação jurisdicional.

Reconhece-se que até o presente momento não houve supressão da competência do Senado Federal, estando, portanto, em vigor a norma do artigo 52, inciso X da CF/88.

Por outro lado, forçoso também é reconhecer que os mecanismos que possibilitam ao próprio Supremo expandir os efeitos de suas decisões, em sede controle difuso, sem necessitar da intervenção do Senado não afrontam o princípio da separação dos poderes e do regime democrático, haja vista que já devidamente justificada sua legitimidade como corte constitucional.

Pensar de outra forma é reduzir a jurisdição constitucional a um formalismo positivista há muito tempo superado. É uma desconfiança desnecessária na atuação do Supremo Tribunal Federal. Repita-se, muito menos credibilidade gozam os representantes eleitos pelo povo, os quais em um número proporcionalmente maior são envolvidos em esquema de corrupção.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pg. 121-122.

5.3 A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA DO CIDADÃO COMO FATOR LEGITIMANTE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A possibilidade de revisão dos atos normativos por parte do Poder Judiciário, através do exercício do controle de constitucionalidade, ocasiona esta constante disputa entre a representação democrática e a jurisdição constitucional. Entretanto, esta dialética jurídica poderá ser facilmente superada a partir do momento que se pensa na jurisdição constitucional como uma participação democrática do cidadão na vida política e jurídica do país.

Como se sabe, a democracia e os direitos fundamentais são as pilastras dos modernos estados democráticos de direito. Esta democracia não deve apenas estar formalizada, como observa Frederich Müller, ela deve permitir a participação de fato e de direito do povo no processo político, sem qualquer tipo de exclusão social significativa, por que “a democracia é uma forma estatal arriscada e é um dos projetos mais exigentes da história antiga da humanidade”¹³².

Desta forma, partindo-se do pressuposto de que a jurisdição constitucional é também um direito subjetivo do cidadão de participar democraticamente das importantes decisões políticas e jurídicas relacionadas à sua vida privada, social e estatal. Como se pode conciliar as atuais exigências legislativas impostas pelos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, com o direito fundamental à jurisdição?

Em outros termos, as limitações impostas pela exigência de repercussão geral

¹³² “No entanto, as minorias políticas devem ter uma oportunidade comprovada, em uma sociedade democrática pluralista, de tornarem-se a maioria. Por isso, todo o povo deve poder participar de iure e de facto do processo político, sem exclusão social significativa. O povo estatal, a totalidade dos cidadãos estatais, deverá agir, com consciência política, da forma mais idêntica possível à totalidade das pessoas que aqui vivem, ou seja, à população. Observamos que esse fato é muito exigente. A Democracia é uma forma estatal arriscada e é um dos projetos mais exigentes da história antiga da humanidade”. MÜLLER, Friederich. Democracia e República. Revista Jurídica, v. 7, n. 77 - Fevereiro/Março, 2006 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_77/artigos/Muller-rev77.htm>.

para conhecimento do recurso extraordinário e a possibilidade de súmulas vinculantes sobre determinadas matérias, não engessariam a participação democrática do povo, ou de certa forma não limitaria o acesso à justiça?

A questão tem dois principais desdobramentos, o primeiro diz respeito à possibilidade do povo em fiscalizar as normas, garantindo-se, então, efetivos instrumentos de participação democrática. E um segundo referente às limitações que os direitos fundamentais podem impor ao exercício da jurisdição constitucional.

Em ambos os efeitos deve-se analisar com bastante percuciência, de modo a não se prejudicar nem uma coisa nem outra, ou seja, em nome da democracia não se pode prejudicar a jurisdição constitucional, nem também por uma jurisdição constitucional deve se sacrificar o regime democrático do país.

As análises propostas aqui deverão buscar harmonizar o sistema vigente, e não desestruturá-lo com atitudes extremistas ou pontualmente formalistas.

5.3.1 A dimensão democrática da participação popular no controle de constitucionalidade das normas

Conforme acima afirmado a democracia não só deve estar formalizada, legalmente reconhecida, mas deve garantir também a participação do povo na vida do estado. Assim, é que nas sociedades democráticas se encontram alguns meios de participação popular como o voto direto, o referendun, o plebiscito, a iniciativa popular, e porque não dizer o acesso à jurisdição constitucional como forma de manifestação direta da soberania popular.

Ora, um país que, por ventura, proíba ou não possibilite meios para que seu povo possa questionar a manifestação de seus representantes legais, não se pode afirmar ser um país democrático. Questionar a legislação que lhe é imposta, é mais que um

direito, é um dever do cidadão, haja vista ser este um destinatário direto das previsões normativas levadas a cabo seja pelo Executivo ou pelo Legislativo.

Afirmar-se que a jurisdição constitucional não está a favor da democracia é de fato negar meios ao povo de participar da própria elaboração legislativa. O cidadão deve poder não só propor leis (iniciativa popular), mas também questioná-las (controlar sua constitucionalidade). Por isso o acesso ao controle de constitucionalidade deverá ser garantido em sua mais ampla forma.

O controle de constitucionalidade é antes de tudo um instrumento de fiscalização das violações aos princípios constitucionais, verifica-se, independentemente da fonte de elaboração se a vontade da Constituição foi respeitada, sopesando-se, em cada caso analisado, se a vontade majoritária e a opinião pública na formação legislativa foram respeitadas.

Quanto mais os tribunais trabalharem levando em consideração os anseios da sociedade diante das prescrições constitucionais, mas legitimados estarão no exercício do controle das normas.

As instituições estatais, nesse sentido, estão vinculadas a determinados princípios substantivos, de maneira que a constitucionalidade de uma norma ou de um ato político decisório não pode ser avaliada apenas sob o prisma do procedimento ou do autor da decisão. Ganham importância, aqui, os princípios da participação, interesse e independência, que, juntos configuram as condições básicas para que os cidadãos sejam tratados de forma igualitária.

Assim, desde que os princípios fundamentais que estão no cerne da concepção de democracia constitucional sejam violados – atendendo-se, é claro, às exigências de integridade – tribunal está autorizado a interferir e a declarar a inconstitucionalidade da norma submetida ao controle judicial. O controle de constitucionalidade, portanto, é fruto de uma análise substantiva, que independe da forma ou dos autores responsáveis pela edição da lei impugnada, ressalvada a obrigação de, conforme o princípio da equidade, considerar, entre os argumentos em jogo, a vontade majoritária e a opinião pública¹³³.

O Brasil como já foi estudado, desde a Constituição Federal de 1891, garante que o cidadão questione a validade ou não das normas através do controle de constitucionalidade. Percebe-se que o Brasil ao adotar inicialmente o controle difuso,

¹³³ CARVALHO, Lucas Borges de. Jurisdição constitucional e democracia. Curitiba: Juruá Editora, 2007, pg.174

reconheceu na pessoa do cidadão, do homem comum o primeiro legitimado a questionar as normas jurídicas em face da Constituição Federal. Tal fato poderá ser caracterizado como uma demonstração clara de adequação entre o sistema adotado (democrático) e os instrumentos de sua efetivação (v.g. controle de constitucionalidade).

Dessa forma, hodiernamente, a democracia não deve ser apenas aquela que está declarada no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, mas acima de tudo deverá garantir todos os instrumentos de participação do povo nas decisões políticas.

Assim, se a jurisdição constitucional for vista como um meio de participação popular no Estado, apresentando-se como um forte instrumento da democracia, não há porque pensar que o Poder Judiciário não poderá atuar afastando as normas inconstitucionais.

A atuação do Judiciário é também nos dias atuais de suma importância na concretização e efetivação das normas constitucionais. É através do Poder Judiciário que a população poderá se socorrer contra os desmandos de uma política desmedida do executivo e uma prática omissiva dos legisladores.

A crise de credibilidade nas instituições representativas é resultante dos inúmeros escândalos envolvendo Legislativo e Executivo, nas três esferas da administração pública, municipal, estadual e federal.

Para países como o Brasil, cujas promessas de modernidade ainda estão se concretizando e que a desigualdade social se faz presente em uma indesejável exclusão social de maioria da população, resta muito pouco para a defesa das normas constitucionais, sendo o controle de constitucionalidade um meio bastante efetivo para a proteção constitucional.

Diante, deste quadro de total descrença nas figuras representativas e da ausência de efetivação de direitos fundamentais, Paulo Bonavides afirma que é necessário reconstruir o país a partir de uma democracia onde o governo é do povo, para

o povo e pelo povo¹³⁴, ou seja, não é mais possível apenas usar o “povo” para se legitimar, antes é necessário dar ao povo condições de também atuar na construção da sociedade. E isso se fará através da construção de um Estado onde se desenvolva uma democracia participativa, uma democracia de cidadãos.

É talvez na atualidade a ideia mais efetiva que se deve ter de democracia, aquela que permite ao povo meio de participação na vida do Estado. O pensamento de Bonavides aparenta estar em total sintonia com a defesa de Müller, no tocante a se repensar democracia.

Segundo, Müller, o sistema democrático possui uma dupla significação, de um lado compreendem-se as instituições e os direitos que dificultam o domínio do povo pela força, e do outro, trata-se de uma instância de fato legitimadora do próprio Estado.

Uma renovação da "Democracia" requer um novo paradigma para ambos os elementos "demos" (povo) e "kratein" (domínio). É arcaico o discurso de "Senhor e Criado", de "Superior e Inferior". Esse discurso é por si só pré-democrático. Nesse sentido arcaico o povo nunca "domina", mesmo na Democracia parlamentar. Analisando segundo a técnica decisiva, as Oligarquias sempre dominam (economia e bancos, grupos de interesses nacionais e estrangeiros, partidos, grupos parlamentares, executivo, serviços secretos). O novo paradigma requer uma duplicação: em primeiro lugar, instituições e direitos, para poder dificultar, complicar dividir esse domínio pela força do povo; e em segundo lugar, uma resposta à questão, para quem a política é sumariamente feita ("for the people"), quem é a instância legitimadora de facto dentro do Estado.

Se a política não for sumariamente feita considerando o interesse da população, a "Democracia" representará, sobretudo, apenas um sistema formal¹³⁵.

E como se construirá essa nova forma de democracia? Bonavides apresenta em sua obra sobre a teoria da democracia participativa uma série de fatores necessários a construção deste direito constitucional de resistência, como ele próprio denomina. No entanto, cumpre aqui destacar a importante função que será desempenhada, segundo o próprio constitucionalista, pelo Poder Judiciário.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pg. 14

¹³⁵ MÜLLER, Friederich. Democracia e República. Revista Jurídica, v. 7, n. 77 - Fevereiro/Março, 2006 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_77/artigos/Muller-rev77.htm>

Para Bonavides¹³⁶ a democracia que se concretizará como participativa terá na nova hermenêutica constitucional um forte aliado na construção e concretização do mais sólido estado democrático-participativo. Será através da jurisdição constitucional que se terá um estado mais seguro e mais aperfeiçoado na garantia das liberdades. Segundo os seus ensinamentos, o juiz da lei será substituído pelo juiz da Constituição, e o Juiz da pré-compreensão de classe, pelo juiz da pré-compreensão da sociedade.

Bonavides chama a atenção, para o fato de que na construção de um Estado Democrático-participativo é essencial a participação de uma nova jurisdição constitucional, onde o juiz deixará de ser o simples “boca da lei”, conforme a imagem de Montesquieu, para assumir a função de “boca da Constituição”.

Ao juiz da lei sucederá o juiz da Constituição. Ao juiz da legalidade, o juiz da legitimidade. Ao juiz da pré-compreensão de classe, o juiz da pré-compreensão da sociedade.

Enfim, a teoria material da Constituição tem por órgão auxiliar importantíssimo, de concretização da democracia participativa, a Nova Hermenêutica. Ela repolitiza a legitimidade do regime. Ela introduz eficazmente no universo das políticas governativas a presença do supremo poder decisório, de todo cifrado no exercício direto da soberania popular consubstanciando a vontade constitucional da nação. (..) O Estado democrático-participativo conduzir-nos-á, ao mesmo passo, ao Estado de Direito da terceira dimensão, mais seguro, mais aperfeiçoado e mais sólido na garantia das liberdades que o tradicional Estado de Direito do liberalismo – o da primeira dimensão – ou aquele outro, que o neoliberalismo está arruinando, o da segunda dimensão, gerado nas entranhas do Estado social¹³⁷.

Atento as palavras de Bonavides, Rommel Madeiro de Macedo Carneiro, em artigo sobre a análise da teoria da democracia participativa à luz do princípio da soberania popular, percebe que o sistema representativo já não responde a contento o sistema democrático, e por isso deve-se restringir “apenas àquilo que for necessário para que não se atravesse a máquina do poder e do governo”¹³⁸.

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pg. 22.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pg. 23

¹³⁸ Tomando-se esta concepção por referencial, pode-se dizer que a pretensão de Bonavides é justamente fazer da democracia, verdadeiramente, um governo que não seja apenas do povo, mas também pelo povo e para o povo. Todavia, no atual contexto social, em que o sistema representativo não mais tem, aos olhos do referido doutrinador, satisfeito às necessidades sociais, faz-se necessário diminuir ao máximo a utilização dos mecanismos de representação, restringindo-os apenas àquilo que for necessário para que não se atravesse a máquina do poder e do governo. CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. Teoria da democracia

Destarte, é imprescindível reconhecer a importância do controle de constitucionalidade no fortalecimento do sistema democrático, desde que se permita a participação popular na fiscalização normativa. Em outros termos, é através da participação popular que se legitima o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, mesmo que este controle seja exercido por pessoas não eleitas pelo voto direto. A legitimidade do Poder Judiciário advém da Constituição do Estado e através da participação popular em um claro exercício de manifestação da soberania popular.

5.3.2 O controle difuso e a participação popular

Afirmou-se no item anterior que a legitimidade da jurisdição constitucional, provém também da possibilidade de participação popular na fiscalização das normas. Assim, o controle de constitucionalidade desde que exercido dentro da competência constitucional prevista e na participação democrática do povo ou dos interessados na fiscalização normativa estará mais do que legitimado a declarar a inconstitucionalidade das normas.

Independente de o Brasil contar ou não com um Tribunal Constitucional, cujos membros sejam eleitos ou possuam mandatos temporários para o exercício da jurisdição, verifica-se que dois fatores são relevantes e devem ser levados em consideração para legitimar a atuação do Tribunal.

Em primeiro lugar a previsão constitucional de guardião da Constituição, e em segundo lugar, do qual se considera sua principal fonte de legitimidade, a possibilidade de participação do povo na fiscalização das normas.

Vale ressaltar que dentro do ordenamento jurídico há outras formas de legitimação apontadas pela doutrina, como a possibilidade de indicação dos membros

do Supremo pelo Executivo, com a consequente aprovação ou não do Senado.

Entretanto, o que para alguns seria a concordância indireta por parte do povo, acredita-se na realidade em uma verdadeira intervenção política no órgão, o que de certa forma gera uma indesejável ingerência no Tribunal, já que como acontece, na maioria das vezes, o Presidente da República costumar antecipar o nome dos prováveis ocupantes das vagas ocorridas no órgão. Por este e outros fatos, prefere-se legitimar a atuação do tribunal na competência constitucional e na participação popular na fiscalização das normas, até que outra melhor forma de ocupação dos cargos se configure no cenário nacional.

Assim, se a legitimidade deriva também da participação popular, mister se faz analisar até que ponto esta participação é permitida no controle difuso de modo a garantir o acesso à fiscalização normativa. Vale dizer, qual o limite de participação popular permitida pelo controle difuso de modo a garantir o acesso ao Tribunal.

O que se pretende aqui é demonstrar que quanto mais próximo do povo, melhor se apresenta o controle. E o povo aqui deve ser entendido na sua mais ampla forma. Não apenas aquele que pode ser eleito ou que pode votar, visto que este povo é apenas aquele que é legitimado pelo legislativo, como adverte Müller¹³⁹.

O povo deverá ser aquele para quem Executivo, Legislativo e Judiciário trabalham, ou seja, os destinatários diretos das ações dos três poderes. O povo compreenderá todo e qualquer indivíduo que esteja sob a égide do Estado, destinatário direto de suas ações e objetivos, sem qualquer tipo de restrição, a não ser as impostas

¹³⁹ Também para o "demos" precisamos de um novo paradigma. Tradicionalmente, entendemos por "povo" somente os cidadãos com direito à eleição e ao voto. Chamo esse grupo de cidadãos de "povo ativo", legitimado pelo legislativo. Na linguagem da ciência política e econômica, esse povo representa uma mera legitimação de input. Não é suficiente. Por isso, desenvolvi outros aspectos de relevância: o povo imputável, ou seja, todos os cidadãos, "em cujo nome" o executivo e a justiça tomam suas decisões - o procedimento do executivo e da justiça também constitui uma prática de domínio. Existe ainda um terceiro aspecto relevante - o povo destinatário: "todos a quem se diz respeito", isto é, todos os envolvidos na Constituição, leis e em sua implementação prática no dia-a-dia. Esse aspecto de "povo" abrange toda a população - por exemplo, também as crianças ou estrangeiros, que vivem no país. Sua legitimação de output é indispensável para o novo pensamento de Democracia. Voltarei a falar posteriormente de um quarto conceito de "povo". Democracia e República. Revista Jurídica, v. 7, n. 77 - Fevereiro/Março, 2006 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_77/artigos/Muller-rev77.htm>

pela própria Constituição.

Dessa forma, pode-se concluir que o controle difuso é o mais aberto e abrangente em termos de participação popular. Desde sua instalação, em 1891, qualquer interessado poderia suscitar por via incidental a inconstitucionalidade da norma. Não há restrições na legitimidade ativa, seja autor ou réu, em fase de inicial ou de defesa, poder-se-á questionar a validade constitucional ou não da norma.

Já no controle concentrado, desde o início de sua previsão legislativa, em 1965, houve designação de legitimados ativos, o que inicialmente ficou restrita ao Procurador-Geral da República e, posteriormente, em 1988 foi ampliado para outros interessados. Perceba que somente após quase duas décadas de sua existência foi aberto para a sociedade a possibilidade de agir dentro do controle concentrado.

Foi no tocante à legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Desde a criação da ação genérica em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posição doutrinárias importantes em sentido diverso. Desse modo, era ele o árbitro exclusivo e final acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao STF. Registre-se, por relevante, que o Procurador-Geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável *ad nutum*. Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de representação ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo¹⁴⁰.

Destarte, não há porque afirmar ser o controle concentrado um instituto democrático. Sua existência sempre foi permeada por limitações à participação popular. E mesmo com a ampliação do rol de seus legitimados, até hoje sofre certas restrições visto que o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de exigir a pertinência temática para legitimar a atuação dos indicados no artigo 103. A pertinência temática seria uma espécie de comprovação do interesse de agir para se poder propor a ação.

¹⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2008 Pg.152

O Supremo Tribunal Federal exige, para alguns desses legitimados, a presença da denominada “pertinência temática”, que consiste no nexo entre a matéria disciplinada nos dispositivos impugnados e os objetivos institucionais específicos do legitimado, ou seja, a matéria inserta no dispositivo impugnado deve ser pertinente aos desideratos do legitimado. É um requisito implícito da legitimação¹⁴¹.

Assim, o Supremo já firmou entendimento de que há os legitimados especiais e os legitimados universais que são aqueles que estão autorizados a defesa da Constituição em qualquer hipótese, e os legitimados especiais, que são os órgãos e entidades cuja atuação está adstrita aos interesses defendidos. Do rol previsto no artigo 103, são legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador- Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional¹⁴².

Ademais, mesmo a possibilidade de intervenção de terceiros interessados, como outros órgãos ou entidades, conforme previsão do § 2º do artigo 7º da Lei nº 9868/99, a admissão de tal intervenção é ato discricionário do relator do processo.

Dessa forma, forçoso é reconhecer que no controle concentrado mesmo ampliado o rol de legitimados, há restrições impostas pela própria interpretação restritiva do Supremo Tribunal Federal, o que de certa forma prejudica a intervenção democrática da maioria interessada. O reconhecimento de legitimados universais e especiais não se apresenta de todo ruim para o ordenamento jurídico, porque de certa forma impede que por tudo e qualquer motivo se questione a legislação vigente. Entretanto, mesmo assim, é fator de limitação à participação popular, principalmente, levando-se em consideração os milhares de brasileiro que ainda estão socialmente excluídos.

¹⁴¹ HELAL, João Paulo Castiglioni. Controle de Constitucionalidade : teoria e evolução. Curitiba: Juruá Editora, 2009. Pg. 207

¹⁴²Sobre o tema, Clèmerson Merlin Clève, A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, 2000.

Já o controle difuso não tem qualquer tipo de limitação à participação popular, tome-se como exemplo o famoso caso do Habeas Corpus 82.959, que foi impetrado através de uma carta dirigida ao Supremo Tribunal Federal pelo paciente Oséias Campos, o qual se encontrava preso por crime hediondo, mas que sozinho com suas modestas palavras, sem a intervenção de nenhum sábio doutrinador ou advogado renomado, conseguiu atentar para a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8072/90.

Vê-se, portanto, que são através destes meios, onde não há qualquer restrição a participação do povo, que realmente se concretizam e se efetiva a constituição. Destarte, não há porque negar a importância do controle difuso para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

E assim, como o habeas corpus de Oséias Campos, quando houver interesse de toda a sociedade é obrigação do Supremo Tribunal Federal se manifestar, não podendo em caso de desistência da parte arquivar o procedimento. Isto significa afirmar que mesmo havendo desistência ou pedido de extinção por falta de interesse, se a questão envolver interesse coletivo, deverá o Supremo Tribunal Federal se manifestar sobre a matéria mesmo sendo controle difuso.

5.4 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE DIFUSO

Como já assinalado o controle difuso após a Emenda Constitucional nº 45/2004, sofreu significativas mudanças e transformações em decorrência da adoção de dois importantes institutos: a repercussão geral e a súmula vinculante. Estes dispositivos legais, previstos, respectivamente, no § 3º do artigo 102 e no artigo 103-A da Constituição Federal, permitiram que nas decisões em sede de controle difuso, quando a causa for analisada pelo Supremo Tribunal Federal, possam ser dados efeitos

erga omnes à decisão proferida no caso concreto.

O controle difuso, via de regra, caracteriza-se por uma questão incidental, cujo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma poderá influenciar no acolhimento ou não da pretensão principal de uma das partes, dependendo de quem suscitou a inconstitucionalidade. A verificação da constitucionalidade, nestes casos, se faz dentro de um processo judicial, onde devem ser observados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Uma vez que a decisão judicial transite em julgado, ou seja, quando não caberá mais recurso, a questão apreciada estará revestida do manto da coisa julgada, e isto significa afirmar que os efeitos da decisão por força do artigo 472 do CPC estarão adstritos às partes envolvidas na lide.

Ao contrário do que ocorre no controle difuso, às decisões proferidas no controle concentrado terão efeitos contra todos, retroativos e vinculantes. Como o processo é objetivo, não havendo partes e nem lide, o pronunciamento judicial visa a declarar a inconstitucionalidade da lei em tese, ou seja, o reconhecimento fulmina de nulidade absoluta a norma, retirando-a do mundo jurídico.

Por isso, afirma-se que os efeitos são *erga omnes*, porque atingem todos os indivíduos interessados ou não. São retroativos, porque tendo a jurisprudência brasileira se filiado a teoria da nulidade das normas, a declaração de inconstitucionalidade retroage ao nascedouro da norma, atingindo todo o seu período de existência, salvo algumas exceções como a possibilidade de moderação dos efeitos. E são vinculantes atingindo não só os particulares, mas também os poderes públicos.

A partir desta histórica distinção entre o controle difuso e controle concentrado, poder-se-á indagar se a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão no controle difuso, não poderia estar em confronto com alguns direitos fundamentais como a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal, o direito adquirido, ato jurídico

perfeito e a coisa julgada, entre outros.

Dessa forma, sob estes aspectos passar-se-á à análise do controle difuso, compreendendo como deve se comportar o ordenamento jurídico a partir de agora com as mudanças dos efeitos das decisões, especialmente quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo principal, sob este aspecto, é abordar os limites que são impostos a jurisdição constitucional pela própria Constituição Federal.

5.4.1 A distinção entre os efeitos *erga omnes* e os efeitos vinculantes

Antes de adentrarmos no cerne da questão, referente aos limites do exercício da jurisdição constitucional, faz-se necessário estabelecer a distinção entre efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes, próprios de decisões das cortes constitucionais.

Estabelecer esta distinção se mostra imprescindível porque como se sabe o Brasil adotou o controle difuso, cuja inspiração foi norte-americana, mas, entretanto, faltava-lhe uma condição essencial, própria da justiça do *Common Law*, a tradição do *stare decisis* ou do precedente judicial. Tal fato, de certa forma poderá determinar certa instabilidade ao controle difuso, haja vista que um juiz ou Tribunal poderá decidir de forma diversa a mesma matéria já decidida pelo Supremo Tribunal Federal, por não estar vinculado ao precedente da corte suprema¹⁴³. Desta forma, repita-se, a súmula vinculante é muito mais um meio de atenuar essa contradição nos julgamentos, permitindo às partes uma maior segurança jurídica.

Nos últimos anos, tem-se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais. A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes, como segurança jurídica, isonomia e eficiência. Disso, naturalmente, não deve resultar a vedação de se afastar

¹⁴³ “A coexistência em nosso sistema jurídico dos dois modelos de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, dá ensejo a algumas situações no mínimo interessantes. De início porque o controle difuso no Brasil é capenga. Inspirados no exemplo americano, nós adotamos esse modelo de controle, mas sem adotarmos a doutrina do *stare decisis*. Isso é causa determinante da falta de uniformidade decisória no controle de constitucionalidade entre nós. Enquanto, que nos Estados Unidos, as decisões no controle difuso são razoavelmente uniformizadas pela aplicação da doutrina do *stare decisis*, no Brasil, exatamente pela ausência desta doutrina, essa uniformidade não existe”. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2006, pg. 208.

eventualmente o precedente existente, nem tampouco a impossibilidade de se alterar a jurisprudência¹⁴⁴.

Fala-se em eficácia *erga omnes* quando a parte dispositiva da sentença atinge um número indeterminado de pessoas, independente de terem ou não participado do processo. Esse efeito é próprio do controle concentrado das ações de inconstitucionalidade, e sempre esteve presente no ordenamento, desde a entrada em vigor do controle concentrado.

Será vinculante o efeito, quando a decisão não atinge apenas os particulares, mas também o Poder Público, através dos órgãos da Administração Direta e Indireta, tanto municipal, estadual como federal.

A diferença entre os efeitos *erga omnes* e os efeitos vinculantes foram devidamente estabelecidos a partir da Emenda Constitucional n.º 3/93, quando o § 2º do artigo 102 da CF/88 disciplinou o efeito vinculante das decisões de mérito nas ações declaratórias de constitucionalidade. Posteriormente, a EC nº 45/2009, determinou que os efeitos fossem vinculantes também na Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁴⁵.

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro os efeitos *erga omnes* ocorrem em todas as decisões proferidas no controle concentrado, independente de qual seja a natureza da ação, podendo, inclusive, ocorrer em sede de liminar nos termos do § 1º do artigo 11 da Lei 9.868/99.

Para o controle difuso esses efeitos ocorrerão quando do reconhecimento ou não da repercussão geral no recurso extraordinário, nos termos estabelecidos pelo §3º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, regulamentado pelo Código de Processo Civil no artigo 543-B e parágrafos. Poderá também ocorrer os efeitos *erga omnes*, no

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pg. 77.

¹⁴⁵ “Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tecnicamente, são coisas diferentes. Isso ficou claro com a Emenda Constitucional 3/93 e a redação que ela deu ao § 2º do artigo 102 da Constituição Federal. Criando a ação declaratória de constitucionalidade, previram-se expressamente, como coisas diversas, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante”. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá Editora, 2006, pg. 209.

controle difuso, se houver a suspensão da lei pelo Senado, conforme exigência do art. 52, inciso X da CF/88.

Já o efeito vinculante está previsto para as sentenças definitivas de mérito das ações direitas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, segundo o § 2º do artigo 102 da CF/88 e a Lei nº 9868/99. Também há previsão de efeito vinculante para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, de acordo com o § 3º do artigo 10 da Lei nº 9868/99¹⁴⁶.

Poderá ocorrer efeito vinculante em sede de controle difuso se houver expedição de súmula vinculante. Vale ressaltar que esse tipo de súmula poderá disciplinar qualquer matéria, seja no controle difuso ou concentrado. Entretanto, em decorrência do natural efeito erga omnes e vinculante próprio do controle concentrado é bem provável que as súmulas vinculem matéria, via de regra, apreciada no controle difuso.

Por último, vale registrar que o Supremo Tribunal Federal tem formado entendimento no sentido de que caberá reclamação para impugnar o descumprimento das decisões com efeitos *erga omnes* e vinculantes, com exceção dos pronunciamentos em sede de controle difuso onde a decisão ficou restrita entre as partes do processo, nestes casos somente os interessados poderiam propor reclamação constitucional¹⁴⁷,

¹⁴⁶ Conferir julgamento da ADC 1, cuja relatoria é do Ministro Moreira Alves, onde ficou estabelecido que: “o Tribunal conheceu em parte da ação, e, nessa parte, julgou-a procedente, para declarar, com os efeitos vinculantes previstos no § 2º do art. 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 03/93, a constitucionalidade os artigos 1º, 2º e 10, bem como da expressão ‘A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da seguridade social, contida no artigo 9º, e também, da expressão “Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias, posteriores, àquela publicação...”’, constante do artigo 13, todos da Lei Complementar nº 70, de 30.12.1991.

¹⁴⁷ Conferir o julgamento da Rcl 6078, cuja relatoria é do Min. Joaquim Barbosa, que decidiu nos seguintes termos: “reclamação constitucional. alegada violação de autoridade de precedente do pleno do supremo tribunal federal. aresto firmado em julgamento de alcance subjetivo. Agravo de instrumento. Legitimidade para propor a reclamação. Processual civil. Agravo regimental. decisão que indefere de plano o seguimento da reclamação. 1. agravo regimental interposto de decisão com a qual se negou seguimento à reclamação, destinada a assegurar a autoridade de precedente da corte. 2. a reclamação não é instrumento de uniformização jurisprudencial. tampouco serve de sucedâneo de recurso ou medida judicial cabível para fazer valer o efeito devolutivo pretendido pelo jurisdicionado. 3. nos termos da orientação firmada pelo supremo tribunal federal, são legitimados à propositura de reclamação todos aqueles que sejam prejudicados por atos contrários às decisões que possuam eficácia vinculante e geral (*erga omnes*). se o precedente tido por violado foi tomado em julgamento de alcance subjetivo, como se dá no controle difuso e incidental de constitucionalidade, somente é

pelo menos é esse o entendimento que se pode retirar de sua jurisprudência.

A distinção entre efeitos *erga omnes* e vinculantes é importante para o controle difuso, porque o reconhecimento ou não da repercussão geral não será capaz de vincular administração pública, direta ou indireta. Ademais, os efeitos *erga omnes* produzidos serão somente com relação aos processos que vincularem matéria semelhante. A decisão não vinculará nem mesmo os demais órgãos do Poder Judiciário, haja vista a possibilidade do Tribunal *a quo* manter sua decisão mesmo contrariando o entendimento do Supremo. Conclusão a que se chega com as disposições do § 4º do artigo 543 do CPC que disciplina, *in verbis*, “§ 4o Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”.

Já a matéria decidida no controle difuso, que seja motivo de súmula vinculante poderá vincular não só os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive o próprio Supremo Tribunal, como também os órgãos da Administração Direta e Indireta das três esferas, municipal, estadual e federal. A decisão somente deixará de ser vinculativa caso seja revista ou cancelada, conforme previsão do artigo 103-A da CF/88.

5.4.2 Os Limites Impostos ao Controle de Constitucionalidade

O último ponto a ser analisado, diz respeito aos prejuízos que a abstração dos efeitos no controle difuso poderão ocasionar aos direitos fundamentais, como por exemplo, o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, entre outros direitos e princípios fundamentais.

Vale ressaltar que as críticas embora pertinentes, não podem prosperar tendo

legitimado ao manejo da reclamação as partes que compuseram a relação processual do aresto. 4. no caso em exame, o reclamante não fez parte da relação processual em que formado o precedente tido por violado (agravo de instrumento julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal). Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento”.

em vista que são falaciosas se analisadas com base na Constituição e na legislação vigente.

Efetivamente, a teoria da nulidade da norma inconstitucional é sem sombra de dúvidas a que melhor atende aos objetivos de supremacia da Constituição, haja vista que nenhuma norma que vá de encontro aos preceitos constitucionais poderá produzir qualquer tipo de efeito no ordenamento jurídico.

Entretanto, também não se pode negar que por outro lado a complexidade das relações sociais na vida moderna forçou a atenuação dos efeitos na própria declaração de inconstitucionalidade, permitindo assim que em determinados casos sejam preservados a segurança jurídica em face da inconstitucionalidade constada. Em outros termos, mesmo havendo a inconstitucionalidade é de bom alvitre que a Corte Constitucional possa projetar ou atenuar os efeitos de sua decisão para manter a integridade de todo o sistema constitucional, sob pena de graves prejuízos à segurança jurídica e aos interesses sociais. É a possibilidade de moderação dos efeitos da decisão judicial, instrumento bastante utilizado nos dias atuais.

Imagine-se hipoteticamente a possibilidade do Supremo Tribunal Federal vir declarar a inconstitucionalidade do imposto sobre os rendimentos. Se por ventura não houvesse uma projeção dos efeitos da decisão tomada, seja esta em sede de controle difuso ou concentrado, não importando o meio para o exercício da jurisdição constitucional, o fato geraria uma imensa insegurança jurídica, e uma enxurrada de ações pedindo a devolução e o ressarcimento do tributo. Seria um verdadeiro pandemônio jurídico. Isto poderia gerar uma grande instabilidade social e econômica para o país, que não teria dinheiro suficiente para devolver tudo que foi arrecadado dos contribuintes.

Destarte, a modulação dos efeitos foi indubitavelmente o meio encontrado para que o controle de constitucionalidade pudesse respeitar os limites impostos pela própria

Constituição à fiscalização das normas.

Assim, da mesma forma que o controle concentrado sofre algumas atenuações em face dos limites constitucionais impostos ao exercício da jurisdição constitucional, também no controle difuso estes limites deverão ser respeitados, seja por uma questão de analogia ou por uma interpretação extensiva.

A atenuação dos efeitos, *erga omnes* e vinculativos, no controle de constitucionalidade foi expressamente prevista no artigo 27 da Lei n. 9868/99, estabelecendo a possibilidade de Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Embora prevista apenas para o controle concentrado, a modulação dos efeitos poderá ser aplicada em qualquer tipo de exercício da jurisdição constitucional, seja em sede controle difuso ou até mesmo quando o Supremo modificar o seu entendimento jurisprudencial. Assim, quando a decisão envolver razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, seja no controle difuso ou por modificação do entendimento do Supremo, poderá ser utilizada a modulação dos efeitos ou o temperamento da decisão.

Como já assinalado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes, alguns relevantes antigos, nos quais, em controle incidental, deixou de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados. Nos últimos anos, multiplicaram-se estes casos de modulação dos efeitos temporais, por vezes com a invocação analógica do art. 27 da Lei n. 9868/99 e outras vezes sem referência a ele. Aliás, a rigor técnico, a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal¹⁴⁸.

Vale aqui registrar que no tocante à súmula vinculante, como se trata de uma regra nova, com força de lei, seus efeitos serão *ex nunc*, conforme já determina o artigo

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pg. 118

103-A, o qual preceitua que as súmulas vinculantes somente passarão produzir seus efeitos após a publicação no órgão oficial. E, como bem adverte Eduardo Appio, não há como sustentar que “em um recurso extraordinário tenham efeitos vinculantes capazes de colher decisões judiciais protegidas pela coisa julgada”¹⁴⁹.

A abstração dos efeitos em sede de controle difuso não está sendo usada para cercear o acesso à justiça, haja vista que não se está impedindo a parte de ter acesso à jurisdição. O que se pretende é pelo princípio da economia e da celeridade processual, os processos que sejam semelhantes aguardem no tribunal de origem, até o pronunciamento do Supremo, para que só então o tribunal *a quo* confirme ou não seu julgamento. Inclusive, repita-se, a própria legislação prevê a possibilidade do tribunal recorrido não acatar a decisão do Supremo, quando então deverá remeter o processo para a Suprema Corte do país.

Com relação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, estes também não estão sendo suprimidos, uma vez que as partes interessadas podem utilizar-se deles em todas as instâncias, sem qualquer limitação. E presume-se que já o fizeram quando produziram todas as provas durante a tramitação processual na primeira instância.

Vale ressaltar que os recursos devolvem matéria de direito e não fática aos Tribunais. O que ocorrerá é que uma vez decidida a questão pelo Supremo, o pronunciamento evitará que os interessados esperem por anos e anos para que seu caso seja analisado. Além de evitar também que inúmeros processos subam para o Supremo, já que as partes interessadas conhecem o posicionamento da corte.

O sistema misto, o qual permite o controle difuso em qualquer instância – inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal – parte do pressuposto de que a questão constitucional chegará mais cedo ou mais tarde – à mais alta Corte do país. A principal virtude das ações diretas de controle (concentrado), sempre foi a de conferir maior estabilidade do sistema jurídico, garantindo previsibilidade acerca do conteúdo da Constituição, segundo a interpretação dada pelo Supremo Tribunal. Em sua origem, buscava-se suplantar os impasses derivados de uma Constituição sujeita,

¹⁴⁹ APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade – modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá Editora, 2009, pg. 42.

permanentemente, às paixões populares, expressadas através dos órgãos eleitos diretamente pela população¹⁵⁰.

Desta forma, pode-se concluir que o exercício da jurisdição constitucional, seja no controle difuso ou concentrado, sofre atenuações em decorrência da segurança jurídica ou do excepcional interesse social, principalmente quando envolver direitos fundamentais e/ou outros princípios constitucionais de natureza essencial.

Ademais, a abstração dos efeitos em sede de controle difuso também não ocorre nos exatos limites do controle concentrado, haja vista que na repercussão geral, a eficácia *erga omnes* somente atingirá os processos que estão pendentes de julgamentos e cujo caso seja semelhante ao que foi julgado pelo Supremo, ou que ainda estejam em apreciação. O que se acontecer, neste caso, se suspenderá a decisão de todos os processos até o pronunciamento final da corte judicial, onde o mesmo entendimento deverá ser estendido aos casos semelhantes.

Já com relação a súmula vinculante, os seus efeitos somente serão obrigatórios a partir da publicação da súmula no órgão oficial. O que de toda a forma resguarda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, por ter o mesmo tratamento de uma lei nova.

Portanto, resumindo, pode-se inferir que os efeitos *erga omnes* e vinculantes do controle difuso não ocasionam lesões aos direitos fundamentais, seja porque não ocorrem nos limites do concentrado, seja porque há a possibilidade de modulação dos efeitos, e mesmo que não existissem esses dois fatores, se o caso for disciplinado por súmula vinculante os efeitos são prospectivos, e, portanto, não retroagirão por se tratar de nova regra jurídica.

¹⁵⁰ APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade – modulação dos efeitos, uniformização da jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá Editora, 2009, pg. 48

6 CONCLUSÃO

As modificações provocadas no controle difuso pela repercussão geral e a súmula vinculante, geram uma série de indagações ainda sem uma resposta definitiva. Entretanto, após as inúmeras reflexões aqui realizadas em torno dessas transformações ocorridas no controle difuso, chega-se a algumas conclusões sobre a temática proposta:

1) O Brasil, desde a sua primeira Constituição Republicana, em 1891, optou por defender a supremacia constitucional, adotando mecanismos de defesa, entre eles, o sistema de controle de constitucionalidade das normas.

2) A atividade de fiscalização das normas foi entregue aos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, porém o maior destaque é para o controle judicial de constitucionalidade, que ganhou projeção desde sua introdução em 1891.

3) O primeiro controle judicial de constitucionalidade adotado foi o controle difuso ou concreto com a Constituição Federal de 1891. O segundo controle introduzido no ordenamento jurídico foi o controle concentrado em 1965. Este permaneceu sem grandes modificações até a Constituição Federal de 1988, quando foi ampliado o rol de seus legitimados ativos e introduzidos outros meios para sua proposição.

4) Assim, desde de 1965, o sistema judicial de controle de constitucionalidade das normas no Brasil passou a ser misto, convivendo paralelamente no mesmo ordenamento o controle difuso, de origem norte-americana, e o concentrado, de origem austríaca.

5) O controle difuso é realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário e o controle concentrado foi entregue com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal..

6) O controle difuso ou concreto é o que se realiza em um caso concreto, decidindo a controvérsia constitucional diante de uma lide. Enquanto, o controle

concentrado é o que analisa a lei ou norma em tese, sem partes processuais identificadas.

7) Não há qualquer incompatibilidade entre os dois sistemas de controle, o que se deve é encontrar o ponto de equilíbrio, uma vez que ambos os controles, difuso e concentrado, ainda são necessários para o Brasil. A uniformização de jurisprudência é um aspecto para se garantir equilíbrio entre os dois controles

8) Outro ponto de equilíbrio seria a possibilidade de o Supremo Tribunal efetivamente assumir definitivamente a sua função de corte constitucional, cujas decisões em sede de jurisdição constitucional atingiriam a todos independente da lide proposta para apreciação.

9) Ainda falta muito para que o Supremo Tribunal Federal assumira definitivamente a sua função de corte constitucional, nos moldes pensado pela dogmática constitucional, haja vista que ainda exerce papel de tribunal recursal em algumas lides. Competência esta delegada pela própria Constituição Federal. Aliado a esse fato está o problema da escolha de seus membros, uma vez que além dos cargos serem vitalícios, são providos com a intervenção do Poder Executivo após aprovação pelo Senado.

10) Com a euforia do controle concentrado, principalmente, após a Constituição Federal de 1988, o controle difuso foi perdendo forças, muito embora o grande trabalho de fiscalização normativa realizado pelo Supremo seja através do recurso extraordinário, que responde por quase 80% (oitenta por cento) dos processos na corte.

11) Com os efeitos *erga omnes* e vinculantes produzidos pelo controle concentrado, até mesmo em decisões liminares, foi gerada uma imensa incongruência no sistema jurídico, já que, por intermédio de uma liminar poder-se-ia suspender a lei inconstitucional, e em uma decisão definitiva de mérito em sede de controle difuso não

se poderia ultrapassar os limites da lide.

12) Verifica-se, também, que nas últimas décadas, principalmente após a Constituição Federal de 1988, a qual expressamente reconheceu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. Este Tribunal tem cada vez mais reivindicado tal condição de último intérprete das normas constitucionais, caminhando para se tornar uma verdadeira corte de justiça.

13) A possibilidade de vinculação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade foi algo gradativamente conquistado e seu início se deu com a Emenda Constitucional nº 03/93.

14) A tensão entre jurisdição constitucional e sistema representativo é atenuada com a garantia de acesso do cidadão à fiscalização normativa, seja através do controle concentrado ou do controle difuso. É através da participação democrática da sociedade que o Tribunal retira sua legitimidade para agir na fiscalização das normas.

15) Com a introdução da repercussão geral e da súmula vinculante, no sistema constitucional brasileiro, o controle difuso passou também a ter efeitos erga omnes e vinculantes semelhantes ao controle concentrado.

16) O controle difuso é democrático porque permite a participação popular, fato este que fortalece a jurisdição constitucional, principalmente, levando-se em consideração às limitações impostas pelo controle concentrado.

17) Estes institutos, da repercussão geral e da súmula vinculante, não podem ser vistos como fatores limitantes ou prejudiciais ao sistema democrático do país, porque não são os seus objetivos primordiais. Ao contrário, a repercussão geral e a súmula vinculante permitem que o Supremo Tribunal assumira sua verdadeira função de Tribunal Constitucional, através da harmonização e equilíbrio das decisões prolatadas pelo Tribunal no exercício da jurisdição constitucional.

18) O Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional

não poderá ultrapassar os limites de sua competência ou tentar se tornar um superpoder. Suas decisões deverão estar sempre pautadas na melhor interpretação que se deve dar à Constituição Federal. Garantindo a efetivação e concretização das normas constitucionais em consonância com os anseios sociais e a integridade do ordenamento jurídico.

19) A abstração dos efeitos em sede de controle difuso não ocorre nos exatos termos do controle concentrado. A extensão dos efeitos da decisão proferida no controle difuso será limitada a natureza de suas próprias decisões, ou seja, será aplicada aos casos semelhantes que estão pendentes de recurso extraordinário.

20) Em outros termos, pode-se afirmar que os efeitos erga omnes produzidos pelo controle difuso, serão aplicados somente com relação aos processos que vincularem matéria semelhante, não se estendendo a outras partes que não estejam litigando, mesmo que com fundamento na mesma questão jurídica ou causa de pedir.

21) Entretanto, deve-se ressaltar que com relação à matéria decidida através de súmula vinculante poderá vincular não só os demais órgãos do Poder Judiciário, como inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, mas também os órgãos da Administração Direta e Indireta das esferas municipal, estadual e federal.

22) Os limites impostos à jurisdição constitucional, sejam em sede de controle difuso ou concentrado, são os decorrentes da própria Constituição Federal. Assim, se a segurança jurídica ou o excepcional interesse social exigirem limites na decisão para a proteção dos direitos fundamentais ou de outros princípios constitucionais, estará o Supremo Tribunal Federal autorizado a modular os efeitos de seu pronunciamento. Ademais, a própria súmula vinculante já prevê a possibilidade de só produzir efeitos após sua publicação.

23) Deve-se repensar a participação do Senado no controle difuso, uma vez que sua intervenção se fez necessária no cenário em que foi adotado na década de 30,

quando o Supremo ainda não tinha efetivamente assumido sua condição de intérprete da constituição.

24) Acredita-se que partir de então com a repercussão geral e a súmula vinculante, o controle difuso terá tratamento semelhante ao controle concentrado, entretanto, respeitando os limites impostos pela própria Constituição Federal, como o direito adquirido, a coisa julgada e os próprios direitos fundamentais. Esta limitação constitucional não é exclusiva do controle difuso, mas também do controle concentrado.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2007.

ALEXY, Robert. **Direito, razão e discurso – estudos para a filosofia do direito**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade - Modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Editor Juruá, 2009.

ARRUDA, Paula. **Os atuais desafios da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BALLE, José Maria Lafuente. **La judicialización de la interpretación constitucional**. São Paulo: Editora Colex, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e Luiz Moreira (org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e Luiz Moreira (org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional e democracia – integridade e pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

CHERMONT, Edgard. **Fontes de essência da constituição britânica**. Coleção Obras Completas de Orlando Bitar – Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho, 2º Volume. Editora Renovar, págs. 60/91.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Onze teses sobre o controle de constitucionalidade**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (REBEC), Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, p. 155-166, abr./jun. 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos e Susana Pozzolo. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico – as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy, 2010. 2ª Edição.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito, aproximação à metodologia discursiva do direito**. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2004.

FALCONE, Marconi. **Justiça constitucional – o caráter jurídico-político das decisões do STF**. São Paulo: Método, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: RT, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Traducción: Manuel Martinez Neira. 1ª Edição. Madri: Editora Trotta, 2001.

GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e Democracia sob os espectros de Schmitt: contribuição à crítica da filosofia do direito de Jürgen Habermas**. Coleção: direito, política e democracia. José Ribas Vieira e Manoel Messias Peixinho (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução e apresentação Benno Dischinger. Editora Unisinos, Coleção Focus.

GÜNTER, Frankenberg e Luiz Moreira (org.). **Jürgen Habermas, 80 anos – Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HELAL, João Paulo Castiglioni. **Controle de constitucionalidade – teoria e evolução**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Colección Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983.

JAFFIN, George H. **Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos estados unidos**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941. Vol. LXXXVI, Ano XXXVIII, fascículo 464, p. 48-60.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução: João Batista Machado. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1ª edição. Campinas: Russell Editores, 2005.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira – Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros. 2009.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2009.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, Fundación Konrad Adenauer: Uruguai, 2005

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. **Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado**. 2007.242f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, RN.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MERLE, Jean-Cristophe e Luiz Moreira (org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – introdução à teoria da constituição**. Tomo II. 2ª Edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1988.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil – crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **A jurisdição constitucional e a emenda constitucional 45/04**. Porto Alegre: Ajuris, 2005. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 98, p 41-65.

NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional – controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. 2ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SOUTO, João Carlos. **Suprema corte dos estados unidos – principais decisões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos e Walter Claudius Rothenburg. **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil – Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

TAVARES, André Ramos, George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ARTIGOS DA INTERNET

Alexy, Robert. **Balancing, constitutional review, and representation**. Oxford University Press and New York University School of Law 2005, 572. I·CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 572–581 doi:10.1093/icon/moi040. Disponível em <<http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/572.abstract>>

BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. **Teoria da democracia participativa: análise à luz do princípio da soberania popular.** Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 87, p.25-34, out./nov., 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_87/Artigos/PDF/RommelMadeiro_rev87.pdf>

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Da necessidade de transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional.** Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>

MENDES, Gilmar Ferreira. **Constitutional jurisdiction in Brazil: the problem of unconstitutional legislative omission.** Disponível em: http://www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/lituania_ingles%20revisto.rtf

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

MÜLLER, Friederich. Democracia e República. **Revista Jurídica, v. 7, n. 77 - Fevereiro/Março, 2006** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_77/artigos/Muller-rev77.htm>.

NOBRE JR., Edilson Pereira. **O Triunfo de Sieyes.** Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade - FIDES, Natal, v. 1, n. 1, fev./jul. 2010. ISSN 2177-1383. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/issue/view/1/showToc>> pg 11-15

SOUZA, Eduardo Francisco. **A abstração do controle difuso de constitucionalidade.** Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 89, p.01-23, fev./mar, 2008. Disponível em <www.presidencia.gov.br/revistajuridica>

STRECK, Lênio. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 01/11/2010, pag.1-29.

VALIS, Juliana S. **Common Law e o sistema constitucional inglês: breves reflexões.** Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/391178>> Publicado no Recanto das Letras em 23/02/2007. Código do texto: T391178

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 711 QO/AM**, Requerente: Governador do Estado do Amazonas; requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/1992, DJ 11-06-1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23047 MC/DF**, Impetrantes Miro Teixeira e outros; impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Mn. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2/DF**, Requerente: Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN; Requerido: Presidente da República. Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24138/DF**, Impetrante: Rubens Bueno; impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados; Relator Gilmar Mendes, julgado pelo Pleno em 28/11/20002

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 541855 AgR/Paraná**, Agravante: Luiz Albano Rodelli Bergamaschi; Agravado: Cimento Rio Branco S/A e outro(A/S) relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-09 PP-01834

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 563965 ED/RN**, Embargante: Auréli Moraes de Paiva; embargado: Estado do Rio Grande do Norte. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/06/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-07 PP-01367

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 1/DF**, Requerentes: Presidente da República, mesa da Câmara dos Deputados e mesa do Senado. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 01/12/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 6078 AgR**, Agravante: Marco Aurélio Poffo; agravado: Superior Tribunal de Justiça Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-04 PP-00852 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 159-165

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 664567 QO/RS**, Agravante: Orlando Duarte Alves, agravado: Ministério Público do Rio Grande do Sul, relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-04 PP-00777 RTJ VOL-00202-01 PP-00396 RDDP n. 55, 2007, p. 174 RMP n. 34, 2009, p. 259-279