

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM
ENFOQUE NO JUDICIÁRIO

RENATO DA CRUZ RODRIGUES DOS SANTOS

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE:
ANÁLISE DO ARTIGO 52, INCISO X DA CF/88.

RIO DE JANEIRO

2016

RENATO DA CRUZ RODRIGUES DOS SANTOS

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DO ARTIGO 52, INCISO X DA
CF/88.**

**Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em Direito
Administrativo com Enfoque no Judiciário – Área
Judiciária da pós-graduação da Escola de
Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Rio
de Janeiro**

RIO DE JANEIRO

2016

Agradeço a todos que me incentivaram, mas acima de tudo a Deus, pois só ele sabe o esforço que fiz para chegar até aqui.

Obrigado meu Deus!

II

RESUMO

Não obstante o tema não ser maioria entre a doutrina e a jurisprudência, tento de forma sucinta fazer uma releitura do tema, baseado nas novas decisões e no novo momento político e social que assola o país, resgatar a tendência doutrinária e jurisprudencial acerca da abstração do controle difuso de constitucionalidade. A análise de alguns precedentes demonstra que a nossa Suprema Corte, de forma não pacificada, vem atribuindo efeito vinculante e erga omnes, independentemente da edição de resolução suspensiva do ato normativo declarado inconstitucional proferida pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988. O estudo sobre os controles de constitucionalidade e a aproximação de seus efeitos pretende expor os benefícios e prejuízos que tal disposição trará aos valores herdados do liberalismo clássico, como por exemplo, a separação dos poderes. Considerando os diversos aspectos doutrinários e jurisprudenciais do controle de constitucionalidade para um Estado Democrático de Direito que vise à efetivação de uma Constituição, preservando os valores fundamentais conservados pelos nossos antepassados constituintes, torna-se indispensável contribuir para o esclarecimento e elucidação dessa novel ampliação dos institutos constitucionais. Ainda mais neste momento histórico que atravessamos: escândalos políticos sucessivos, no qual requer um judiciário cada vez mais forte e preparado para conter a onda de corrupção que assola nosso país, contudo sem desprezar a Constituição. Faz-se necessário uma releitura das decisões repetitivas do judiciário e que seja efetivado o mais rápido possível o tema do trabalho, sem, contudo cometer os mesmos erros do excesso do ativismo judicial, que de forma pessoal e às vezes egoística desvirtua as decisões, ou seja, temos que equilibrar de forma constitucional as decisões que certamente mudarão toda a sociedade brasileira para melhor. Releitura esta ratificada pelas decisões do STF que de forma soberana já decide, sem consultar o Senado, nas diversas lides que lhe são apresentados, entretanto de cunho concentrado.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle difuso. Controle abstrato. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Senado Federal

ABSTRACT

Regardless of the subject not being majority between the doctrine and the jurisprudence, I try to succinctly make a rereading of the theme, based on the new decisions and new social and political moment scenario that devastates the country, and rescue the doctrinal and jurisprudential trend about the abstraction of the diffused control of constitutionality. The analysis of some precedents demonstrates that our Supreme Court, in a not pacified way, has been assigning binding effect and erga omnes, apart from the suspensive resolution edition of the normative act declared unconstitutional by the Federal Senate, pursuant to article 52, subparagraph X of the Federal Constitution of 1988. The study on the controls of constitutionality and the approach of its effects aims to expose the benefits and harms that such arrangement will bring to inherited values of classical liberalism, as for example, the separation of powers. Considering the various doctrinal and jurisprudential aspects of the control of constitutionality for a democratic State of Law (Rights/Justice) for the establishment of a Constitution, while preserving the fundamental values held by our ancestors, it becomes essential to contribute to the clarification and elucidation of this novelistic expansion of constitutional institutions. Above all at this historic moment that we are going through: political scandals, which requires a stronger and well prepared judiciary to contain the tide of corruption that plagues our country, yet without disregarding the Constitution. It is required a rereading of the repetitive decisions of the judiciary and that the topic of this work is made more effective as soon as possible, without making the same mistakes of judicial activism, that personally, and sometimes self-servingly, distorts the decisions, in other words, we have to balance, in a constitutional way, decisions that certainly will change the whole brazilian society for the better. A rereading is ratified by the Federal Supreme Court, which sovereignly already decides, without consulting the Senate, in the various readings that are submitted, in a concentrated nature.

Keywords: Constitutional Law, Diffused control. Abstract control. Jurisprudence. Federal Supreme Court. Federal Senate.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	07
2- SISTEMA DE VIAS DE CONTROLE JUDICIAL.....	10
2.1- O CONTROLE DIFUSO – CONCRETO.....	10
2.1.1- ORIGEM HISTÓRICA.....	10
2.1.2 - O CONTROLE DIFUSO NOS TRIBUNAIS.....	11
2.2- O CONTROLE CONCENTRADO – ABSTRATO.....	12
2.2.1 ORIGEM HISTÓRICA.....	13
2.2.2- A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDA (ADI).....	14
2.2.3- A AÇÃO DECLATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC).....	15
2.2.4 - A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO).....	17
2.2.5- HIPÓTESES ESPECIAIS: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) E AÇÃO DIRETA INTENVENTIVA.....	18
2.2.6- OBJETO.....	20
2.2.6.1- SÚMULAS.....	20
2.2.6.2- MEDIDAS PROVISÓRIAS.....	20
3- A ABSTRAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE... 	21
3.1- A OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	22
3.2- A ABSTRATIVIZAÇÃO NA VIA DIFUSA.....	23
4- A LEGITIMIDADE DO SENADO FEDERAL – ANÁLISE DO ARTIGO 52, X. 	29
5 – CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	35

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho veremos que a suspensão de execução da lei declarada inconstitucional teve o seu significado normativo fortemente abalado com a ampliação do controle abstrato de normas na Constituição Federal de 1988; será analisado a abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista o surgimento de uma tendência doutrinária e jurisprudencial que aproxima os efeitos típicos das decisões do STF em ações de controle de constitucionalidade concentrado às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de ato normativo, proferidas em controle concreto ou difuso.

A partir disso, analisaremos as formas de controle de constitucionalidade no Brasil e no mundo, os efeitos de tais controles jurisdicionais afetam as partes formadoras do processo e aquelas que não compõem o litígio, discorrendo, nesse sentido, sobre a repercussão que uma lide, iniciada em uma pequena comarca estadual, pode gerar em relação a toda a sociedade brasileira.

A análise do artigo 52, inciso X, a qual indica a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, trará à baila a natureza da atribuição do Senado Federal, e a reinterpretação deste dispositivo pelos defensores da aproximação entre as duas espécies de controle de constitucionalidade, abstrato e difuso.

A questão que se coloca em análise é a legitimidade do Supremo em efetuar uma mutação constitucional ou simplesmente ignorar o papel político do Senado no controle difuso, discorrendo, neste viés, acerca do fenômeno da jurisprudencialização e do ativismo judiciário. Nesse sentido, perceber-se-á que a questão encontra-se controvertida entre o Supremo Tribunal Federal e a doutrina especializada, de modo que, a depender da orientação adotada na prática forense, entre os operadores do direito, produzirá efeitos diversos.

No Habeas Corpus nº 82.959, talvez o precedente de maior notoriedade acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal na via difusa, alterou o posicionamento em relação à progressão de regime, afirmando que a sua impossibilidade violaria a individualização da pena.

Para tanto, por conta da Reclamação 4335/AC, foi conferido efeito erga omnes a tal writ, conforme entendimento do **Ministro relator Gilmar Mendes**.

Assim, no âmbito do controle difuso, há doutrinadores, como **Teori Albino Zavascki**, que evidenciam “a necessidade de formular mecanismos para preservar os princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade perante a lei, ante a doutrina do stare decisis, cuja aplicação acarreta, naturalmente, a eficácia erga omnes das decisões da Suprema Corte.” (1)

De outro lado, uma atuação desmedida e desregrada da Corte Suprema no controle difuso, que as reais consequências do instituto em comento ainda são dúvidas, além de

colocarem o Judiciário como um poder constituinte permanente, ilegítimo e autoritário, o que significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo.

Assim, evidencia-se atraente a análise pormenorizada desta abstrativização, que, apesar de proporcionar economia e celeridade processuais, pode ferir de forma grave o sistema de direitos e de garantias fundamentais.

Não sendo o Direito uma ciência estática, revela-se oportuno o tema escolhido, para o fim de destacar as vantagens e desvantagens desse ativismo judicial, bem como os prós e contras da inércia do Congresso Nacional, os quais, trazendo efeitos múltiplos na seara jurídica, devem ser prestigiados. Ainda que não se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais. É relevante observar que foram principalmente mudanças jurisprudenciais que incrementaram os efeitos dos julgamentos no âmbito do controle concentrado.

Originalmente, as decisões tinham teor meramente declaratório, em uma sistemática na qual os efeitos constitutivos adviriam apenas do ato do Senado que suspendia a execução da norma julgada inconstitucional.

Em 1977, o STF decidiu que as comunicações ao Senado seriam restritas às declarações proferidas *incidenter tantum*, consolidando entendimento de que as decisões de controle abstrato tinham efeitos *erga omnes* (MENDES, 1999). (2)

Em 2007, um voto do ministro Gilmar Mendes na Reclamação (Rcl) 4335, posteriormente acompanhado pelo ministro Eros Grau, defendeu-se a complementação dessa redução jurisprudencial do papel do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, pelo reconhecimento de que todas as decisões de controle difuso teriam efeitos *erga omnes*, sem a necessidade de qualquer provimento do Senado.

Não obstante essa posição ter sido rejeitada pelos demais ministros, a decisão final da Rcl 4335, ocorrida em 2014, reconheceu que a introdução das súmulas vinculantes pela EC 45/2004 possibilitou que o Tribunal, sem precisar de qualquer participação do Senado, conferisse “eficácia contra todos e efeito vinculante a um entendimento sufragado por este Tribunal”

Além das mudanças jurisprudenciais, os efeitos foram ampliados por alterações legislativas. Em 1993, foi introduzida a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) com efeito vinculante e, em 1999, a legislação conferiu ao STF o direito de modular o efeito *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade, possibilidade essa que foi jurisprudencialmente estendida ao controle difuso em 2002 (STF, RE 197.917).

Por fim, também em 1999, o legislador incluiu a previsão de extensão do efeito vinculante para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), consolidando o entendimento jurisprudencial de que o caráter abstrato das ações diretas conferia efeito vinculante a suas decisões (STF, Rcl 621, 1996).

O processo de aumento dos efeitos do controle concentrado também ocorreu no âmbito das possibilidades hermenêuticas à disposição do STF. Ele foi acentuado com a consolidação do instituto da “interpretação conforme”, que ocorreu pela primeira vez em ementas do Supremo em 1987 (STF, Rp 1417) e consolidou-se ao longo da década de 1990, quando as referências jurisprudenciais passaram a ser constantes, tendo sido inclusive reconhecido legislativamente pelo art. 28 da Lei n. 9868/1999. Essa estratégia interpretativa conferiu ao STF a possibilidade de editar sentenças interpretativas de constitucionalidade que, como bem acentua **Leo Brust (2009) (3)**, corrigem ou estendem a obra do legislador sem alterar o então predominante discurso do legislador negativo.

Outros marcos importantes desse processo foram a reforma do Judiciário realizada pela EC 45/2004, que instituiu as súmulas vinculantes, e a mudança jurisprudencial que, no julgamento do Mandado de Injunção (MI) 670/ES, em 2007, adotou maior ativismo no tratamento da inconstitucionalidade por omissão.

As mudanças procedimentais no controle concentrado e suas consequências não são uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Faz mais de cinquenta anos que o discurso de concentração e seletividade organiza as iniciativas políticas que se fizeram refletir no modo de compreensão da função da jurisdição constitucional e do papel do STF no arranjo das instituições incumbidas de interpretar a Constituição. “Apesar disso, é comum que tal movimento não seja apresentado como parte de um processo de longo prazo, e sim como uma tendência que se tem manifestado nos últimos anos” (**BARROSO, 2009, p. 274**). (4)

Torna-se cada vez mais usual uma naturalização do discurso de que o Poder Judiciário funciona tanto melhor quanto mais abstratos forem os seus pronunciamentos, pois esse tipo de estratégia permite responder a muitos processos com uma única decisão.

A adoção acrítica desse imperativo de eficiência conduz a discursos que não apresentam a concentração da jurisdição constitucional como uma opção política entre outras, mas que afirmam ser inevitável o reforço do sistema concentrado.

- 1- 1- ZAVASKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 147.
- 2- MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Revista Jurídica Virtual, 10, Brasília, v. 1, n. 4, ago. 1999.
- 3- BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. Revista Direito GV, v.5, n. 2, p. 507-26, dez. 2009.
- 4- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva 2009.

2 - SISTEMA DE VIAS DE CONTROLE JUDICIAL

A Constituição brasileira adota o controle jurisdicional misto de constitucionalidade, exercido pelo controle difuso-concreto e concentrado abstrato.

2.1- O CONTROLE DIFUSO - CONCRETO

O controle difuso - concreto é difuso quanto à competência do órgão jurisdicional para o exercício de controle de constitucionalidade e concreto quanto à finalidade deste controle. A competência para o exercício do controle difuso é atribuída a todos os órgãos do judiciário, sendo aberta a todos os juízes e tribunais. Considerando a sua finalidade, esta é analisada em um processo judicial cujo objetivo seja a solução de um litígio envolvendo direitos subjetivos.

A decisão do Poder Judiciário para o caso concreto será sempre incidenter tantum, ou seja, pressuposto para a procedência ou improcedência da ação, que apreciará a tutela concreta do interesse. O juiz reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma e, por via de consequência, julga o feito procedente ou improcedente.

A declaração de inconstitucionalidade antecede o mérito da questão.

A arguição de inconstitucionalidade, nesta via de controle, se dá de modo incidental, constituindo questão prejudicial, produzindo efeitos retroativos (*ex tunc*) e entre as partes. Assim, o órgão jurisdicional não declara a inconstitucionalidade da norma no dispositivo da decisão, mas tão somente afasta sua aplicação no caso concreto, por considera - lá incompatível com a Lei Maior.

2.1.1- Origem histórica:

O Clássico exemplo da aferição de constitucionalidade pela via difusa se deu em 1803 e foi exercida nos Estados Unidos da América pelo chief justice John Marshall, no famoso caso *Marburn versus Madison*. No julgamento, pioneiramente, fixou-se a tese essencial que os atos normativos em geral não podem vir à tona em desconformidade com a Lei maior. Além disso, consolidou-se que cabia ao Poder Judiciário decidir quanto e em que medida tal ato viola a Constituição.

Cabe referir, sobretudo, que antes da decisão de Marshall, Alexander Halilton, no artigo de "O Federalista", já sustentava a competência judiciária para interpretação das leis e que a Constituição deveria ser vista pelos juízes como uma lei fundamental, com preferência sobre as leis ordinárias.

A idéia de controle difuso de constitucionalidade como visto, deve-se ao famoso caso da Suprema Corte norte americana, decidindo que, existindo conflito entre a aplicação da lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por hierarquicamente superior.

Ronaldo Polleti define:

“O sistema difuso indica uma maior compatibilidade com o Commom Law, onde o costume, e não a lei representa a mais importante fonte do Direito e, ainda, onde os precedentes judiciais são aís relevantes para a formação da jurisprudência a balizar outras e futuras decisões. Isso explica o sistema americano, proveniente do inglês, porém transplantado para um regime de Constituição escrita. Elucida, ainda, o stare decisis o precedente que vincula as futuras decisões judiciais”. (5)

No Brasil, a possibilidade do exercício jurisdicional do controle difuso de constitucionalidade vem sendo consagrado desde a constituição Republicana em 1891⁽⁶⁾, e, vem sofrendo, cada vez mais, influência do modelo norte americano.

2.1.2 - O controle difuso nos tribunais.

Nos tribunais, uma vez verificado que existe questionamento incidental sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, suscitasse uma questão de ordem pública (não preclusiva) e a análise da constitucionalidade da lei é remetida ao pleno ou ao órgão especial do tribunal.

Nesse sentido, é que o artigo 97 da Constituição Federal (7) dispõe sobre a cláusula de reserva de plenário, estabelecendo que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (8)

O controle difuso ou aberto, também conhecido por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

Na via de exceção, a pronúncia do judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento de mérito.

Trata-se de verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público.

5- POLETTI, Ronaldo. Controle de Constitucionalidade das Leis. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 62.

6- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 231.

7- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

8- LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.

No entanto, prestigiando o princípio da economia processual e da segurança jurídica, a Lei 9.756 de 1998 estabeleceu, inserindo o parágrafo único no artigo 481 do CPC que, “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento deste ou do plenário do STF sobre a questão” (9)

Assim, versando a controvérsia sobre ato normativo declarado constitucional ou inconstitucional pelo órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, mostrasse desnecessário o deslocamento do incidente para o Órgão Especial ou Pleno, mitigando-se o procedimento do artigo 97 e homenageando o princípio da economia e da celeridade.

O controle jurisdicional difuso também é exercido pelo STF, por meio de recurso extraordinário. Entretanto, para que este tribunal de segundo grau conheça a questão constitucional, exige-se o prequestionamento (10) da matéria constitucional nos outros graus de jurisdição. Tal exigência funciona como filtro à apreciação da Corte Superior ao exame da matéria constitucional.

2.2 - O CONTROLE CONCENTRADO – ABSTRATO

A competência para exercer o controle concentrado é de um determinado órgão judicial específico, que tem por finalidade precípua a defesa da ordem constitucional objetiva, independente da existência de um litígio concreto que envolva interesses subjetivos.

No Brasil, o modelo de controle abstrato concentra no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional. O Controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade surgiu por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, que atribui ao Supremo Tribunal Federal (STF) competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando a obtenção da invalidação da lei. A declaração da inconstitucionalidade da lei, é o objeto principal da ação. Ex. Adin julgado pelo STF, que julgou inconstitucional lei estadual (SP) que regulamentava a velocidade máxima e mínima nas rodovias paulistas, por não ter competência para legislar sobre normas de trânsito. Pela declaração de inconstitucionalidade dessa lei, ela foi expulsa do ordenamento jurídico por não se compatibilizar com as normas constitucionais. O objeto principal da ação foi a invalidade da lei em caráter definitivo. O Controle concentrado surgiu no Brasil através da Emenda Constitucional nº16, que atribuiu ao STF competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República.

9- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

10- PREQUESTIONAMENTO – ato de ter a parte suscitado uma determinada questão em momento pretérito.

Através desse modelo de controle, é feita a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo objetivando alcançar a invalidação da lei para firmar a segurança das relações jurídicas. Não se discute nenhum interesse subjetivo, por não haver partes (autor e réu) envolvidas no processo.

Logo, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, com interesse maior de propor alguma espécie de controle para discutir se uma lei é ou não inconstitucional e na manutenção da supremacia constitucional.

O fundamento do controle da constitucionalidade encontra-se na idéia de supremacia da Constituição escrita, da existência de uma lei maior que se sobrepõe a todas as demais normas jurídicas existentes no País.

A supremacia decorre da própria rigidez das Constituições escritas.

Por exigir a norma constitucional um procedimento especial de alteração mais rigoroso que o das normas infraconstitucionais, todos os demais atos legislativos e administrativos são hierarquicamente inferiores.

O que estiver em desacordo com a Constituição, vértice de todo o sistema jurídico, deve ser declarado inconstitucional.

Dois pressupostos são indispensáveis para que o controle de constitucionalidade seja exercido:

1º- a presença de uma Constituição rígida, da qual resulte a superioridade das normas constitucionais sobre as demais; e

2º- existência de um órgão que efetivamente assegure a supremacia do texto constitucional.

2.2.1 Origem histórica.

Fruto da criação de **Hans Kelsen**, em sua gloriosa obra “**Teoria Pura do Direito**” e consolidada pioneiramente na Constituição da Áustria, em 1920 esta modalidade de controle é adotada pela maioria de países da Europa. No Brasil, o controle concentrado foi introduzido na Constituição de 1946, através da Emenda 16/1965. (11)

A constituição brasileira de 1988 contemplou quatro mecanismos de controle concentrado- abstrato de constitucionalidade que são: a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Kelsen concluiu que se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos

a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. (12)

Com efeito, o controle concentrado no Brasil é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen, e, por meio desse controle, almeja-se a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese.

2.2.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)

O controle abstrato, como processo constitucional objetivo, prevê a possibilidade de instauração de uma ação independente da demonstração de um interesse jurídico específico, sem partes formais. Preceitua o artigo 102 da Carta Magna: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. (13)

A ação direta de inconstitucionalidade visa assegurar a Supremacia constitucional promovendo a invalidação de leis e atos normativos incompatíveis com a Constituição. A declaração de inconstitucionalidade é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso. (14). O ajuizamento desta ação não está previsto a qualquer prazo prescricional ou decadencial, conforme entendimento sumulado pelo STF: “Súmula 360: não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no artigo 8, parágrafo único, da Constituição Federal”. As decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade possuem eficácia ex tunc, erga omnes e efeito vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, não vinculando, entretanto, o Poder Legislativo (15), uma vez que tal concepção afetaria o equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador. Nesse sentido, **Ravênia Leite** (16) adverte que se fosse admitida a vinculação do Poder Legislativo às decisões do Supremo Tribunal Federal, o postulado da segurança jurídica acabaria contra uma correta interpretação constitucional sistemático teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão:

11- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 257.

12- Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 288.

13- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *Vade Mecum*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

14- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 731.

15- LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. O Fenômeno da fossilização da Constituição. *Revista Jus Vigilantibus*, sábado, 28 fev. 2009 Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38479>>.

16- LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. O Fenômeno da fossilização da Constituição. *Revista Jus Vigilantibus*, sábado, 28 fev. 2009 Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38479>>.

As decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade possuem eficácia extunc, erga omnes e efeito vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, não vinculando, entretanto, o Poder Legislativo, uma vez que tal concepção afetaria o equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador. Por outro lado, conforme já defendido pelo próprio STF, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. (18)

2.2.3 A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

A ação declaratória de constitucionalidade é um instrumento destinado à declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. A ADC foi concebida com o objetivo de abreviar o tempo para a pronúncia do Supremo Tribunal Federal (CF, 102, I, a, segunda parte).

Ação que tem por finalidade confirmar a constitucionalidade de uma lei federal. O objetivo da ADC é garantir que a constitucionalidade da lei não seja questionada por outras ações. A ADC é um dos instrumentos do que os juristas chamam de controle concentrado de inconstitucionalidade das leis. A própria norma é colocada à prova. O oposto disso seria o controle difuso, em que a constitucionalidade de uma lei é confirmada em ações entre pessoas (e não contra leis), onde a validade da norma é questionada para, se for o caso, aplicada ou não a uma situação de fato.

Outra forma de controle concentrado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Partes Somente as seguintes pessoas/ entidades podem propor esta ação: Presidente da República; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa do Senado Federal; Procurador-Geral da República. Não pode haver intervenção de terceiros no processo, ou seja, partes que não estavam originariamente na causa não podem ingressar posteriormente. Tramitação Uma vez proposta a ação, não se admite desistência. A petição inicial deve conter cópia da lei ou do ato normativo que está sendo questionado.

Ela deve ser fundamentada, caso contrário pode ser impugnada de imediato pelo relator. O relator deve pedir informações às autoridades autoras da lei, como Presidente da República e Congresso Nacional, para estabelecer o contraditório. Isso acontece porque as leis nascem com presunção de constitucionalidade. Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos requerentes, o relator poderá ouvir outros órgãos ou entidades. Caso haja necessidade de esclarecimento da matéria, podem ser designados peritos para emitir pareceres sobre a questão ou chamadas pessoas com experiência e autoridade no assunto para opinar.

O Advogado-geral da União e o Procurador-Geral da República devem se manifestar nos autos. Quando houver pedido de medida cautelar, só poderá haver concessão pela maioria absoluta dos ministros que compõem o Tribunal, ou seja, por seis votos. Somente em casos de excepcional urgência a cautelar poderá ser deferida sem que sejam ouvidas as autoridades de quem emanou a lei.

A decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei somente será tomada se estiverem presentes na sessão de julgamento pelo menos oito ministros. Uma vez proclamada a constitucionalidade em uma ADC, será julgada improcedente eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a mesma lei. Do mesmo modo, uma vez proclamada a inconstitucionalidade em ADI, será improcedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade contra a mesma norma. Contra a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade em ADC e ADI não cabe recurso de qualquer espécie, com a exceção de embargos declaratórios. Fundamentos legais Constituição Federal/88, artigo 102, I.

A ADC foi concebida com o objetivo de abreviar o tempo para a pronúncia do Supremo Tribunal Federal (CF, 102, I, a, segunda parte) (17).

Nota-se que a ação declaratória de constitucionalidade é idêntica a ação declaratória de inconstitucionalidade, com “sinal trocado”, pois a diferença é que a ADC se dá julgando procedente a ação, sendo declarada a improcedência se for decidida a inconstitucionalidade.

Na ADI a procedência indica a inconstitucionalidade do dispositivo.

Em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a ADC tem como pressuposto de admissibilidade a existência de controvérsia judicial relevante (18), sobre a aplicação do dispositivo (Lei 9.868/99, art.14, III), sendo necessária a existência de um número razoável de ações em que a constitucionalidade da lei seja impugnada (19). Em outros termos, existe a presunção (*juris tantum*) de que os atos legislativos são constitucionais, até que se prove o contrário. Dessa forma, assim como a ADI, a finalidade de controle da ADC é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente à tutela de direitos subjetivos, banindo o Estado da incerteza e insegurança provenientes de interpretações maliciosas e traumatizantes da *Lex Mater*.(20).

Também regulamentada pela lei 9.868/99, as decisões proferidas na ADC possuem a mesma eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante para todo o Poder Judiciário e órgãos da administração pública direta e indireta, existindo, igualmente, a possibilidade de modulação dos efeitos.

17- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 258

18- Ementa: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91.

19- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 259.

20- BULOS, Uadi. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

2.2.4 Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO)

ADO é a ação cabível para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo. Como a Constituição Federal possui grande amplitude de temas, algumas normas constitucionais necessitam de leis que a regulamentem. A ausência de lei regulamentadora faz com que o dispositivo presente na Constituição fique sem produzir efeitos. A ADO tem o objetivo de provocar o Judiciário para que seja reconhecida a demora na produção da norma regulamentadora. Caso a demora seja de algum dos Poderes, este será cientificado de que a norma precisa ser elaborada. Se for atribuída a um órgão administrativo, o Supremo determinará a elaboração da norma em até 30 dias.

Inovação criada pela CF/88 e atualmente disciplinada pela Lei 12.063/09 busca-se, neste instituo, combater a doença chamada pelos doutrinadores “síndrome das normas constitucionais” (21). O parágrafo segundo do artigo 103 da CF dispõe:

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (22).

Como se vê, o parágrafo supra mencionado estabelece que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. Cristalino, assim, que se almeja tornar efetiva norma constitucional destituída de efetividade. A omissão poderá ser total ou parcial: total quando não houver o cumprimento constitucional do dever de legislar e parcial quando houver lei integrativa infraconstitucional, porém insatisfatória.

Luis Roberto Barroso bem elucida o instituto, citando exemplos de sua possibilidade dentro dos entes federativos:

A omissão inconstitucional pode se dar no âmbito dos três Poderes, pela inércia ilegítima em adotar-se uma providência (i) normativa, (ii) político-administrativa ou (iii) judicial. Relativamente às omissões de natureza político-administrativa, existem remédios jurídicos variados, com destaque para o mandado de segurança e ação civil pública. As omissões judiciais, por sua vez, deverão encontrar reparação no sistema de recursos instituídos pelo direito processual, sendo sanados no âmbito interno do Judiciário. Por essa razão, o tratamento constitucional da inconstitucionalidade por omissão refere-se às omissões de cunho normativo, imputáveis tanto ao Legislativo, na edição de normas primárias, quanto ao executivo, quando lhe toque expedir atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções ou resoluções. Em tese, é possível conceber uma omissão normativa do Judiciário, nas hipóteses em que a

Constituição lhe confira competência dessa natureza (como no caso de regimento dos tribunais: CF, art.96, I, a). (23)

Oportuno consignar, neste íterim, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se dá no âmbito da própria ação direta de inconstitucionalidade, sendo do STF a competência para processar e julgar também a ação direta de inconstitucionalidade e também sendo legítimos para propor tal ação aqueles arrolados no artigo 103 da CF/88.

2.2.5 Hipóteses especiais: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta Interventiva.

Prevista na Constituição de 1988, a arguição de preceito fundamental somente veio a ser regulamentando onze anos depois, com a Lei 9.882 de 1999. A doutrina, de maneira praticamente unânime, tem extraído da Lei nº 9.882/99 a existência de dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a) a arguição autônoma e b) a arguição incidental.

A arguição autônoma tem sua previsão no artigo 1º, caput, da referida lei:

Art. 1º - A arguição prevista no § 1 do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. (24).

Já a arguição incidental decorre do mesmo artigo 1º, parágrafo único, inciso I, combinado com o artigo 6º §1º da mesma lei:

Art. 1 A arguição prevista no § 1 do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

21- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 306.20- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. In: *Vade Mecum*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

22- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. In: *Vade Mecum*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

23- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 249.

24- BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Art. 6 - Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.(25)

Na configuração atual do modelo brasileiro de constitucionalidade, a ação direta interventiva ocupa um papel de relativa importância. É que as leis e os atos normativos de âmbito estadual são passíveis de fiscalização por via de ação direta de inconstitucionalidade, igualmente titularizada pelo Procurador Geral da República, cuja consequência é retirar do sistema jurídico (ou pelo menos paralisar a eficácia com alcance contra todos) as disposições impugnadas. (26)

Tal ação não visa à declaração de inconstitucionalidade em si mesma, mas constitui mero pressuposto para a consecução da intervenção federal. Não se trata, portanto, de um processo objetivo, como ocorre em sede de fiscalização abstrata, mas sim da apreciação de um conflito federativo entre a União – a quem se atribuiu a guarda dos princípios sensíveis que sustentam o pacto federativo – e um ente federado. (27)

Alexandre de Moraes conclui:

Trata-se, portanto, de espécie de intervenção provocada por requisição. Uma vez decretada a intervenção, não haverá controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites, será fixada no Decreto Presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo. (28)

Assim, no caso de ação interventiva, o judiciário exerce controle da ordem constitucional, não nulificando o ato, mas apenas verificando se estão presentes os pressupostos para a futura decretação da intervenção pelo Chefe do Executivo.

25. BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da C.F/88

26- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 318.

27- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 326.

28- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 766.

2.2.6 Objeto:

O objeto do comentando instrumento processual de controle de constitucionalidade é a lei ou o ato normativo que se mostrarem incompatíveis com o sistema.

Atos normativos para Alexandre Moraes (29) é quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, devendo ser considerada, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo.

Desse modo, o autor observa que pode ser objeto de controle qualquer “ato revestido de indiscutível caráter normativo” (30), motivo pelo qual também devem ser incluídos aí os regimentos internos dos tribunais.

2.2.6.1- Súmulas:

Conforme a ADI 594/DF (31) só podem ser objeto de controle concentrado perante o STF leis ou atos normativos federais e estaduais. Súmula de Jurisprudência não possui o grau de normatividade qualificada, não podendo, portanto, ser questionada perante o STF através do controle concentrado (32).

A maioria da doutrina, assim, entende que as Súmulas vinculantes não podem ser objeto de controle de constitucionalidade, embora existam alguns recentes julgados em que o Ministro Relator entendeu que o mecanismo para rever a Súmula Vinculante seria a própria ADI(33)

2.2.6.2 Medidas Provisórias:

Como somente o ato de conteúdo normativo em vigência pode ser objeto de controle constitucional concentrado, a medida provisória, por ter força de lei, poderá ser objeto de controle.

3- A ABSTRAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

A abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade almeja aproximação dos efeitos da decisão que aprecia a inconstitucionalidade tanto no controle difuso, quando no abstrato, atribuindo efeito vinculante não somente ao dispositivo da sentença, mas também aos fundamentos determinantes da decisão.

Nesse passo, a razão da decisão, que é a fundamentação essencial que ensejou determinado resultado de uma ação, passa a vincular outros julgados. Assim, o efeito da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma pelo Supremo no exame de um Recurso Extraordinário não restrito somente ao caso em concreto analisado, reforçando a ideia de que o Supremo Tribunal Federal deve ser um Tribunal Constitucional e não somente julgar causas cujos efeitos de sua decisão somente repercutirão entre as partes envolvidas, uma vez que a função precípua desse Tribunal é justamente a de guarda da Constituição.

29- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 736.

30- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p 721.

31- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*.

32 - LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva 2010. p. 239.

33- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.301. Relatora: Min^a. Ministra Elen Graice, julgado em 06.10.2008

3.1 A OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Tendo em vista que o processo de reforma constitucional vem agindo com o intuito de restringir ao máximo a atuação do STF à sua primordial competência- qual seja a guarda da Constituição- afastando-se das lides meramente privadas, que se criou a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 que inseriu o §3º do art. 102 da CF, a obrigatoriedade da repercussão geral do recurso extraordinário:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (34)

A emenda permite à lei condicionar a admissibilidade do recurso extraordinário à demonstração de repercussão geral das questões constitucionais envolvidas.

A relevância da matéria constitucional versada no recurso extraordinário será medida, não pelo modo como o julgado recorrido e o que vier a ser decidido pelo STF repercutirem na esfera do interesse do litigante, porém da sua repercussão na sociedade. A repercussão da matéria deve, portanto, dizer respeito a uma grande massa de pessoas ou a um grande segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido e em relação à decisão que contrarie orientação do STF.

Os doutrinadores **Guilherme Marinone** e **Daniel Mitidiero** identificam a necessidade de relevância e transcendência da questão debatida:

A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e destarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direto no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio caracterizada está a repercussão geral da controvérsia. (35)

Aderbal Torres Amorim evidencia a tendência de dessubjetivar do recurso:

A questão constitucional que o recurso contiver há de se identificar com algumas ou alguns daqueles limites temáticos e tal projeção há de se derramar para fora dos interesses das partes em liça. Na relevância, flagra-se enganosa retroatividade atávica, parecendo ressuscitar a arbitrariedade arguição de relevância da questão federal. Na transcendência, materializa-se trabalho modelar do obreiro reformador, a exigir extrapolação subjetiva nos personagens da causa.

É a dessubjetivação do recurso extremo. (36)

Para o constitucionalista **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** essa necessidade de repercussão geral, no entanto, pode propiciar eventuais violações a Carta Magna: Clara esta que a restrição visa evitar que o Tribunal seja assediado por questões constitucionais de menor interesse. Entretanto, daí resulta que, eventualmente violações da Constituição ficarão sem reparo, por terem, repercussão geral. Isto evidentemente fragiliza a supremacia da Constituição, ainda que seja um expediente útil para que a nossa Suprema Corte não seja “afogada” pelo trabalho. (35)

Nota-se, assim, que a Emenda Constitucional a qual introduziu o parágrafo terceiro ao artigo 102, estabelecendo o requisito formal para apreciação do recurso extraordinário da repercussão a geral, propiciou a aproximação dos efeitos do controle em sede abstrata ao difuso. A questão levada à apreciação do STF, que, através do recurso extraordinário realiza o controle difuso, ao ser declarado inconstitucional pela maioria absoluta do pleno do tribunal (artigo 97da CF) deverá ser comunicada ao Senado Federal, para os efeitos do artigo 52, X. Ocorre, no entanto, a existência de uma tendência em nossos tribunais que destaca a força das decisões do STF, propondo uma reinterpretação do artigo 52, X, fazendo com que o Senado Federal passe a somente dar publicidade às decisões do Supremo, uma vez que já teriam eficácia contra todos e vinculante.

3.2 A ABSTRATIVIZAÇÃO NA VIA DIFUSA.

O fenômeno da objetivização é a possibilidade de a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF no âmbito do controle difuso, gerar efeitos *erga omnes* sem a necessidade de o Senado Federal suspender sua execução no todo ou em parte, entendimento ainda pendente de decisão definitiva pela Corte Suprema.

A transcendência dos motivos determinantes, a princípio adotada apenas para os julgamentos proferidos nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, tem sido utilizada também em sede de controle difuso, refletindo a tendência da “abstrativização”.

Por conseguinte, importante analisar essa aproximação entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de melhor compreender quais os efeitos dessa modificação, que vem sendo feita, em grande parte pela jurisprudência do STF e, posteriormente, albergada por alterações legislativas.

O precedente que colocou a abstrativização dos efeitos na via difusa em destaque foi o Habeas Corpus nº 82.959, onde o Supremo Tribunal Federal (37) modificou o posicionamento em relação à progressão de regime, afirmando que o regime integralmente fechado violaria a individualização da pena.

34- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

35- MARINONE, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral do Recurso Extraordinário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33-34.

36- AMORIM, Aderbal Torres de. O novo recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 48.

37- FERREIRA FILHO, Manoel. Curso de Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

Por conseguinte, importante analisar essa aproximação entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de melhor compreender quais os efeitos dessa modificação, que vem sendo feita, em grande parte pela jurisprudência do STF e, posteriormente, albergada por alterações legislativas. O precedente que colocou a abstrativização dos efeitos na via difusa em destaque foi o Habeas Corpus nº 82.959, onde o Supremo Tribunal Federal (38) modificou o posicionamento em relação à progressão de regime, afirmando que o regime integralmente fechado violaria a individualização da pena.

Para tanto, por conta da reclamação 4335/AC, percebemos que, diante do pronunciado expresso no voto do Ministro relator Gilmar Mendes, foi conferido efeito erga omnes a tal writ. O tema foi debatido no Plenário do Supremo Tribunal Federal, e o Ministro Gilmar Mendes, apresentou seu voto já admitindo a reclamação em caso de descumprimento de decisão proferida pelo Plenário do STF mesmo em controle difuso.

O Ministro sustentou, ainda, que a amplitude conferida ao controle abstrato e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria obsoleta já que, dada a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma considerável a concepção que dominava sobre a divisão de Poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 da CF.67/69.

Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, julgando procedente a reclamação, pediu vista dos autos, o Senhor Ministro Eros Grau, que acompanhou o relator, além de reconhecer a mutação constitucional do art. 52, inciso X da CF.

O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, julgou improcedente, mas concedeu habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão.

Já o voto do Ministro Joaquim Barbosa, foi no sentido de não conhecer da reclamação, mas igualmente conceder o habeas corpus. O Ministro asseverou não ser cabível, na espécie, o manejo da reclamação, além de enfatizar que não se trata de mutação constitucional, pois seriam necessários dois fatores adicionais não presentes para o reconhecimento, quais sejam, o decurso de um espaço de tempo maior para verificação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo:

38- REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE -ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO

JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006.

A reclamação está pendente de julgamento e, se a decisão for de acordo com a nova concepção que está sendo formada, trará consideráveis mudanças ao controle de constitucionalidade brasileiro.

Aderbal Amorim identifica outros exemplos em que se verifica esta abstrativização congregada ao ativismo judicial.

Outros exemplos do crescente ativismo do Supremo Tribunal Federal – para alguns, a “a judiciliação da política”; para outros, “a supremacia”. Para nós, resposta a um verdadeiro estado de necessidade ocasionado pela omissão legislativa: a proibição do uso de cigarro em avião, a liberação da pesquisa com células-tronco, a vedação de nepotismo na Administração pública, a gratuidade de remédios contra vírus da AIDS, a união homoafetiva, a fixação de número de vereadores, o aborto dos anencefálicos, a fidelidade partidária, a criação de novos municípios, o exercício de atividade profissional proibida por Portarias reservadas da Aeronáutica, que o constituinte prometera restabelecer em 12 meses, a proibição de importação de pneus usados. (39) Teori Zavascki evidencia a tendência de nossos tribunais superiores em adotar abstração do controle difuso de constitucionalidade, destacando a força da autoridade das decisões do STF em ação direta, bem como das proferidas na via recursal:

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países.

No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. (40)

Ocorre que a doutrina sempre sustentou como Ada Pellegrini Grinover, que:

[...] se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo inter partes – fora do processo no qual foi proferida. (41)

39- AMORIM, Aderbal Torres de. *O novo recurso extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 32.

40- ZAVASKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucionais*. São - Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.15.

41- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle da constitucionalidade*. São Paulo: Revista de Processo, 1998. p. 99.

Ocorre que a doutrina sempre sustentou como Ada Pellegrini Grinover, que:

Na mesma linha tradicional, temos Alfredo Buzaid. (42)

Já para o clássico constitucionalista José Afonso da Silva, (43) a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via da exceção gera um procedimento incidenter tantum, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado e faz coisa julgada somente entre as partes: A sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto que o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.

O problema deve ser, pois, considerando-se dois aspectos.

No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeito ex tunc, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei constitucional desde o seu nascimento.

No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira eficácia.

Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos (44).

Eival da Silva Ramos, por seu turno, advoga que não faz sentido não consolidar efeitos gerais em questão prejudicial atinente à conformidade da lei a constituição.

Se, porém, o controle incidental é um instrumento processual de atuação do controle concentrado, servindo para conciliar a observância do princípio da Supremacia da Constituição pela jurisdição ordinária com o monopólio da função de controle deferido a Corte Constitucional, nesse caso não faz sentido deixar de consolidar os efeitos gerais ou erga omnes pelo menos no tocante a decisão que, dirimindo a prejudicial de constitucionalidade, reconhece a inconstitucionalidade da lei impugnada (45).

42- BUZÁID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 23.

43- SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

44- SILVA, José Afonso Da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

45- RAMOS, Eival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

O professor Pedro Lenza (46) nomeia abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade como “Teoria da Transcendência dos Motivos determinantes da sentença no Controle Difuso” (47) e aduz:

Percebe-se, atualmente, destacando-se dois importantes precedentes (o caso de Mira Estrela (48) e a discussão sobre a constitucionalidade da “progressão do regime na lei dos crimes dos crimes hediondos”) (49)

Por todo o exposto, muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso é sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º LXXVIII – reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam constitucionais, para a sua implementação. (50)

No entanto, ao dar efeito erga omnes e vinculante para suas decisões, como desejou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, surge o questionamento se o STF estaria ultrapassando a competência constitucional do Senado Federal, deixando para este apenas o papel de dar publicidade à decisão de inconstitucionalidade pronunciada por esta Corte. Gilmar Mendes, no Informativo 454 do STF, justifica seu posicionamento supramencionado, ao dizer que: Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. (51)

46- LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 231.

47- Fredie Didier Jr. Cunha tal teoria de “Objetivação do recurso extraordinário”. Transformação do recurso extraordinário. Para Marcelo Novelino “Objetivação do processo subjetivo”.

48- RE 197.917/SP, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 06.06.2002, Pleno (inf. 398/STF). Na doutrina, em importante estudo, Gilmar Mendes afirma ser “[...] 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 art. 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 de texto

49- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006.

50- Fredie Didier Jr. Cunha tal teoria de “Objetivação do recurso extraordinário”. Transformação do recurso extraordinário. Para Marcelo Novelino “Objetivação do processo subjetivo”.

51- Informativos 454.

Explicando de forma completa novel entendimento, Rui Medeiros manifesta-se da seguinte forma: Finalmente, a admissibilidade de uma limitação de efeitos na fiscalização concreta não significa que um tribunal possa desatender, com base numa decisão puramente discricionária, a expectativa daquele que iniciou um processo jurisdicional com a consciência da inconstitucionalidade da lei que se opunha ao reconhecimento da sua pretensão.

A delimitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade não é fruto de mero decisionismo do órgão de controlo.

O que se verifica é tão-somente que, à luz do ordenamento constitucional no seu todo, a pretensão do autor à não-aplicação da lei desconforme com a Constituição não tem, lei desconforme com a Constituição não tem, no caso concreto, fundamento (52)

Destarte, é a partir desde ponto que o assunto toma maior importância, pois os defensores da aproximação entre as duas espécies de controle de constitucionalidade, abstrato e difuso, almejam a reinterpretação do art. 52, inciso X, da Constituição. Isto porque, frente a adoção de um controle eclético no direito brasileiro, teria perdido sentido continuar atribuindo tal função ao Senado Federal no controle difuso, quando existe o controle abstrato.

Propõem então uma mutação constitucional no art. 52, inciso X, da Constituição, fazendo com que o Senado Federal passasse a ter função de dar publicidade às decisões do Supremo, que já teriam eficácia contra todos e vinculante.

A questão que se coloca ora em análise é a legitimidade do Supremo em efetuar uma mutação constitucional, ou mesmo, como alguns afirmam criticamente, simplesmente ignorar o papel político do Senado no controle difuso, passando a atribuir às decisões do Supremo, em sede desse tipo de controle, efeitos erga omnes e vinculante.

4. A LEGITIMIDADE DO SENADO FEDERAL – ANALISE DO ARTIGO 52, X

Dos legados deixados por Montesquieu, pode-se extrair que todo aquele que está no poder tende a dele abusar:

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (53)

De fato, mitigar a prerrogativa do Senado poderia caracterizar o Poder Judiciário como um poder constituinte permanente, ilegítimo e autoritário, e, por fim, seria o mesmo que retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo.

52- Rui Medeiros apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. De acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). São Paulo: Saraiva 2005. p. 399.

53- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987. p. 165.

Nossa Constituição Federal, no artigo 97, permite ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso concreto, declarar, incidentalmente, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou de ato normativo do Poder Público, (54) cabendo ao Senado suspender a execução da lei declarada inconstitucional (artigo 52, X). Ainda, o artigo 386 e seguintes do Regimento Interno do Senado Federal, (55) prevê que o Senado conhecerá a declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei mediante comunicação do Presidente do Tribunal; representação do Procurador-Geral da República; projeto de resolução de iniciativa da comissão de constituição, justiça e cidadania.

A comunicação, a representação e o projeto acima referidos deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento, que será lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à comissão de constituição, justiça e cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte. As críticas, ao entendimento do Ministro Gilmar Mendes, principal defensor da abstrativização, se faz no que concerne ao art. 52, X da Constituição Federal. O Ministro fala que houve uma mutação constitucional, no sentido de interpretar o art. 52, inciso X, cujo papel do Senado seria apenas dar publicidade às decisões do STF. Porém, o referido artigo é claro ao atribuir ao Senado a competência para “suspender a execução”, não falando nada sobre “dar publicidade”. **Pedro Lenza** conceitua a parte final do dispositivo:

No todo ou em parte deve ser interpretada como sendo impossível o Senado ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF. Assim, se a lei for declarada. No todo ou em parte deve ser interpretada como sendo impossível o Senado ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF. Assim, se a lei for declarada inconstitucional pelo STF, em controle difuso, de modo incidental, se entender o Senado Federal pela conveniência de suspensão da lei, devera fazê-lo no todo, vale dizer, em relação a toda a lei que já havia sido declarada inconstitucional, não podendo suspender menos do que o decidido pela Excelsa Corte. (56)

54- RISTF, arts. 176 e 177. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno.

55- “Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I – comunicação do Presidente do Tribunal; II – representação do Procurador-Geral da República; III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Art. 388. “Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.” (BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno.

56- LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

E afirma que suspender a execução é dar efeitos erga omnes e vinculante, porém ex nunc, não retroagindo. (57)

O nome ajuda a entender: suspender a execução de algo que vinha produzindo efeitos significa dizer que se suspende a partir de um momento, não fazendo retroagir para atingir efeitos passados. Assim, por exemplo, quem tiver interesse em “pedir de volta” um tributo declarado inconstitucional deverá mover a sua ação individualmente para reaver tudo antes da Resolução do Senado, na medida em que ela não retroage.

Um dos maiores opositores da chamada mutação constitucional do art. 52, inciso X da CF, é o Ministro do STF Joaquim Barbosa (58) que, na reclamação n.º 4335 votou pelo seu não conhecimento, mas concedeu, de ofício, a ordem de habeas corpus. Considerou que a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas sim um complemento. Asseverou, ainda, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte, enquanto não suspenso o ato pelo Senado.

Juliano Escoura discorre sobre o novo papel do Senado Federal: Aduzem que o novo papel do Senado Federal no contexto do controle de constitucionalidade difuso é tão-somente dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade da lei incidenter tantum, a qual por si só já produz eficácia erga omnes. (59)

Aderbal Amorim sustenta que a independência entre os Poderes é a pedra de toque do Estado Democrático de Direito: A gigantesca problemática político-jurídica: a independência entre os Poderes. De um lado, o Tribunal Maior, titulando, absoluto, a jurisdição constitucional. De outro, as funções prevalentes de cada qual, materializando o equilíbrio. (61) E vai além ao comparar o Supremo Tribunal Federal ao Poder Moderador da Constituição Imperial, alertando para as consequências de tal predomínio: O Supremo Tribunal Federal é o juiz único de sua própria competência; também quanto a esta, tem a última palavra. É a culminância que dirime todas as questões e choques entre Poderes, incluindo-se ele próprio. No cenário político-jurídico, hoje, mais do que nunca, exerce o mesmo papel do Poder Moderador da Constituição Imperial, a “chave de toda a organização da Nação”. (62)

57- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

58- Min. Joaquim Barbosa na Reclamação 4335/AC, informativos 454 e 463 do STF.

59- ESCOURA, Juliano Fernandes. *Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*. *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 162, fev. 2009.

60- AMORIM, Aderbal Torres de. *O novo recurso extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 26.

62- Como expressamente apontava a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, em seu art. 98.

O futuro dirá das conseqüências de tal predomínio. (63)

Luís Roberto Barroso aponta outros casos nos países ocidentais em que a o papel a Suprema Corte vem desempenhando papel ativo na vida institucional: De fato, desde o final da Segunda Guerra mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquele feito no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

No Canadá a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. (64)

O Ministro **Celso de Mello**, relator da ADI 595, é categórico em afirmar que o controle concentrado de constitucionalidade transforma o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo (65) e vai além:

A ação direta, por isso mesmo, representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de típica função política ou de governo, no processo de verificação, em abstrato, da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República. O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, transforma, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro legislador negativo.

Zeno Veloso, por seu turno, é incisivo ao considerar que a existência do ato do Senado compromete e diminui o papel do Pretório Excelso, afirmando a necessidade de reforma:

Devemos convir, entretanto, que não há razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma do art. 52, X da Constituição Federal, originária da Carta de 1934, quando só havia o controle incidental, e o princípio da separação dos poderes se baseava em critérios e calores absolutamente ultrapassados, ancorados numa velha e rígida concepção oitocentista. Uma reforma é necessária, para que se estabeleça, de uma vez por todas, que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, tenham eficácia erga omnes e efeito vinculante. (66)

Assim, verifica-se o quão controvertido está tal situação no palco jurídico brasileiro, pois, além dos efeitos que trarão as futuras decisões, o exercício do ativismo judicial pode ferir outros princípios que devem ser observados, como o Princípio da Interpretação Conforme tal premissa, diante de normas plurissignificativas deve se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional.

Neste diapasão, o fenômeno da abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, ou transcendência dos motivos determinantes, é considerado, por alguns doutrinadores, como um avanço, contudo, para outros, um efeito que necessita de limites. A atuação proativa do STF pode ser justificada não só pela morosidade do Poder Legislativo em elaborar a lei no caso concreto, mas também pelo Princípio da força Normativa da Constituição que determina aos aplicadores da Constituição, ao solucionarem conflitos, conferir máxima efetividade às normas constitucionais. Um efeito que necessita de limites.

A atuação proativa do STF pode ser justificada não só pela morosidade do Poder Legislativo em elaborar a lei no caso concreto, mas também pelo Princípio da força Normativa da Constituição que determina aos aplicadores da Constituição, ao solucionarem conflitos, conferir máxima efetividade às normas constitucionais. Por fim, Amorim reconhece que a matéria é tormentosa e adverte para as consequências decorrentes da abstração do controle difuso de constitucionalidade:

A matéria é tormentosa. Podem-se aí vislumbrar as ingentes dificuldades postas pelo sistema do stare decisis.

Neste, com frequência, ocorrem intermináveis discussões acerca de qual fundamento predomina na decisão, qual o seu conteúdo, sua extensão, a projeção no tempo. Mais ainda, indaga-se acerca dos limites entre os diferentes motivos fundantes do decisorio, a dizer, a ratio decidendi, de um lado, e, de outro, as manifestações obiter dicta, a saber, os argumentos secundários que apenas pretendem eficácia meramente persuasiva.

Essa trilogia – decisorio, fundamento, obiter dictum – pode bem desembocar em incertezas caudatárias de insegurança dos julgados e desconhecimento quando à extensão de seus efeitos. Em lugar dessas circunvoluções temerárias, fique-se com a súmula extraída diretamente dos decretos decisórios. Não se perca o contato com o chão. Vezes sem conta, a excessiva ousadia leva a vôos de Ícaro. (67)

Dessa forma, percebe-se que a inércia irrazoável do legislador, faz com que o judiciário, em uma postura ativista, passe a ter elementos para suprir a omissão, conforme verificou nos vários exemplos supramencionados, fazendo com que o direito fundamental possa ser efetivado. Em contra ponto, essa nova perspectiva precisa de limites, ou, ao menos, de regramentos para evitarmos abuso.

63- AMORIM, Aderbal Torres de. O novo recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

64- BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 331.

65- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063-DF. Tribunal Pleno. Relator. Min. Celso de Mello, julgado em 27/04/2001. 63- VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 58.

66- VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 58.

67- AMORIM, Aderbal Torres de. O novo recurso extraordinário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 31

5 - CONCLUSÃO

O trabalho analisou que a jurisprudência do STF tem se inclinado no sentido de alargar os efeitos das decisões proferidas no controle difuso para além das partes envolvidas no processo.

Tal tendência vem sendo evidenciada por importantes decisões que pretenderam dar efeitos mais abrangentes aos julgados do STF, diminuindo a função do Senado, o que ficou pormenorizadamente evidenciado neste trabalho.

Como se viu, os defensores da abstrativização afirmam que a atuação pró - ativa da Suprema Corte preserva princípios constitucionais como a segurança jurídica e igualdade perante a lei, além de proporcionar celeridade processual, razão pela qual pretendem promover uma mutação constitucional, no sentido de interpretar o art. 52, inciso X, cujo papel do Senado seria apenas dar publicidade às decisões do STF.

Vale lembrar, que uma das maiores diferenças entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade tendem a desaparecer com esse fenômeno. É certo, que é intrigante e muito estranho ver a Suprema Corte declarando uma lei inconstitucional e depois a aplicando a outro caso, isto fere os princípios da igualdade, da confiança e da segurança jurídica.

Já os opositores da novel tendência, sustentam que atuação desmedida do STF coloca o Judiciário como um poder constituinte permanente, ilegítimo e autoritário, e que, ainda, retira do processo de controle difuso qualquer possibilidade de verificação dos representantes do povo.

De fato, mitigar a competência do Senado Federal, que, por ato de natureza política, edita resolução conferindo eficácia erga omnes e vinculante à declaração de inconstitucionalidade resolvida incidentalmente pelo Plenário do STF, caracteriza o Poder Judiciário como imperioso e ilegítimo, pois em nenhum momento o programa normativo comporta que o Senado é mero cancelador das decisões do STF.

Ora, o controle de constitucionalidade, como valor a ser preservado em um regime jurídico político, somente tem sentido à medida que visa preservar os princípios da própria Constituição. Os valores herdados do liberalismo clássico, como bem insculpido no artigo 2º da Carta Maior (68) “são poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” e o parágrafo único do artigo 1º: “todo poder emana do povo, que exerce, por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” corroboram o entendimento de que é fundamental a participação de representantes da sociedade no processo de expurgação de leis.

E não se trata de admitir que considerações exclusivamente políticas se sobreponham a verificações jurídicas, diminuindo o papel do Pretório Excelso.

Versa-se, na verdade, de harmonização dos poderes, os quais devem funcionar de maneira simétrica, privilegiando o bem estar do povo e a defesa do interesse nacional, afinal, se o constituinte teve o cuidado de dividir a Constituição (1988).

Entre competências para os atos que culminarão com a declaração de inconstitucionalidade, com efeito, erga omnes, estabelecendo que ao STF cabe apreciar a inconstitucionalidade incidentalmente, e ao Senado, por ato discricionário, suspender a execução da norma tida como inconstitucional, queria este que ao menos dois poderes participassem do ato.

O ativismo do judiciário, consequência primordial da abstrativização do controle difuso, pode proporcionar a aproximação de um governo totalitário, o qual há a preeminência de um só poder, sob a justificativa, neste caso, de inércia do legislativo ou pelo fundamento de que o STF é o guardião da Constituição. De toda sorte, não encontraria amparo no regime Democrático Brasileiro.

Assim, por mais que o protagonismo do Poder Judiciário seja marco das sociedades democráticas contemporâneas, não podemos desconsiderar a letra de nossa Carta Constitucional, pois em louvor a ela é que se exerce o controle de constitucionalidade das leis.

A abstrativização do controle concentrado pode promover maior celeridade ao processo, entretanto fere princípios que historicamente devem ser preservados.

Institucionalmente, pode competir ao Supremo a guarda da Constituição, porém, o maior guardião da Constituição é o regime democrático, e seu mais autêntico defensor é o povo brasileiro.

Dessa forma, a elaboração deste trabalho teve por intuito indagar os diversos aspectos e expor os múltiplos posicionamentos já defendidos sobre a matéria a qual, sem dúvidas, ostenta-se deveras empolgante em sua complexidade, contribuindo à procura científica de meios apropriados para auxiliar o operador do direito, inclusive, em visão prospectiva na realização do quimérico de Justiça.

O insucesso das medidas de centralização do controle de constitucionalidade é relevante para uma análise mais cuidadosa das propostas que alinham de forma necessária os procedimentos de concentração e de abstrativização, cuja união não pode ser naturalizada, apesar do reconhecimento de que ela é típica de nossa história constitucional.

Outra união que deve ser desnaturalizada, apesar de perpassar a retórica da corte, é a que alinha controle abstrato e processo objetivo.

Como ressalta **Leonardo Martins**, existe apenas um “suposto movimento de objetivação do processo constitucional brasileiro” (MARTINS, 2010, p. 128), visto que “o processo objetivo, i.e., não litigioso, que não implica partes processuais” (MARTINS, 2010, p. 138) é incompatível com várias das características do controle abstrato brasileiro, como a limitação dos legitimados e o requisito de pertinência temática.

O controle concentrado pode se dar a partir de situações concretas e o controle abstrato pode ser movido por processos de índole subjetiva, ligados preponderantemente à defesa judicial dos interesses dos atores legitimados. Não obstante, todas as soluções que perpassam o discurso judiciário e as estratégias legislativas têm imposto um aumento na concentração de poderes nas mãos do STF, para que ele decida que casos julgar, que vozes ouvir e que efeitos atribuir a suas próprias decisões.

As várias reformas levadas a cabo nos últimos cinquenta anos, embora tenham sido recorrentemente justificadas por um discurso de melhoria da eficiência, não lograram reduzir a sobrecarga da Corte. Houve mudanças na jurisdição constitucional de duvidoso caráter democrático, em que várias vezes o argumento da “sobrecarga processual” parece não ter passado de pretexto para a efetivação de medidas de concentração de poderes na Suprema Corte, como foi o caso do AI-2 e da EC 16/1965. Não obstante, o fundamento para mudanças, ainda no presente, é aquele da década de 1960: deve-se aumentar a concentração e a seletividade do controle de constitucionalidade (o que significa ampliar os poderes do STF em detrimento das instâncias políticas), para enfrentar a sobrecarga de processos. Essa justificativa tem ressonância no senso comum teórico dos juristas e isso ofusca a circunstância de que o paulatino aumento da concentração não se mostrou adequado para resolver o problema da racionalidade da jurisdição. Aceitam-se, assim, medidas centralizadoras sob a capa de uma justificação técnica, sem reflexões mais detidas, que desvelem seu sentido político.

Uma avaliação consistente do modelo de jurisdição constitucional brasileira deve levar em conta o custo democrático de ter uma instituição de caráter contra majoritário, incumbida da proteção dos direitos das minorias, como condição da própria manutenção das regras do jogo (COMELLA, 2007, p. 172, 182), cuja concentração demasiada de poderes (especialmente por meio de decisões em abstrato e de decisões monocráticas) afeta não só o seu próprio desempenho, mas também tem o potencial de restringir iniciativas democráticas da construção do sentido desses direitos ou dificultar a sua realização por outras vias, que não a judicial.

Para finalizar, um registro importante: a oportunidade que se abre a partir da análise dos dados empíricos levantados na pesquisa “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?” e do comportamento da Corte pode ser o início da construção de um modelo que, afora seja capaz de reduzir a complexidade e fornecer respostas, não crie mais mecanismos de cristalização jurisprudencial em descompasso com a realidade. Afinal, tudo que a jurisdição brasileira não precisa mais é da sobreposição de uma razão pautada pela convergência entre o pragmatismo na redução da carga de trabalho e o interesse restrito às questões formais ou corporativas, o que tornaria ainda mais escassas as possibilidades de realização dos direitos fundamentais em situações concretas.

68- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORIM, Aderbal Torres de. **O novo recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1998. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.
- BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 763.812/SP. Quinta Turma. Relator: Min. Gilson Dipp, publicado em 07/10/2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória De Constitucionalidade 1 / DF. Relator Min. Moreira Alves, Julgamento em 01/12/1993.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AG.REG no Recurso Extraordinário n. 645770. Relator Min. Luiz Fux, Julgamento em 17/04/2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.301. Relatora: Min^a. Ministra Elen Graice, julgado em 06.10.2008
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 360.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10
- BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1958.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.**

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino; TAVARES, André Ramos (org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional.* Salvador: Júris Podivm, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de Processo Constitucional.** 1. ed. São Paulo:Atlas, 2011.

ESCOURA, Juliano Fernandes. **Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.** Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 162, fev. 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel. **Curso de Direito Constitucional.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** 6. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **O Fenômeno da fossilização da Constituição.** Revista Jus Vigilantibus, sábado, 28 fev. 2009

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 14 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

MARINONE, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral do Recurso Extraordinário.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.* 5. ed. De acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). São Paulo: Saraiva 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. : Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. *O espírito das leis.* Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo. Atlas, 2008.

RAMOS, Eival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.* São Paulo: Saraiva 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Eduardo Francisco de. **A abstração do Controle Difuso de Constitucionalidade.** Revista CEJ, Brasília, n. 41, p. 74-84, abr./jun. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont^{te} Alverne. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.