



ILDEGARD HEVELYN DE OLIVEIRA ALENCAR

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO?

Uma análise crítica da tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e

Eros Grau na Reclamação nº 4335-5/AC

Brasília

2012

ILDEGARD HEVELYN DE OLIVEIRA ALENCAR

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO?

**Uma análise crítica da tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e
Eros Grau na Reclamação nº 4335-5/AC**

Monografia apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP) como pré-
requisito para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Alexandre Kruehl Jobim

Brasília

2012

ILDEGARD HEVELYN DE OLIVEIRA ALENCAR

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO?

**Uma análise crítica da tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e
Eros Grau na Reclamação nº 4335-5/AC**

Monografia apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP) como pré-
requisito para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Alexandre Kruehl Jobim

Aprovado pelos membros da banca examinadora em banca examinadora ____/____/_____,
com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. MsC. Alexandre Kruehl Jobim

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me apoiaram na confecção do presente trabalho. Agradeço ao meu orientador, Professor Alexandre Krueel Jobim. Agradeço à Professora Julia Maurmann Ximenes, pelo apoio e pelas inestimáveis lições de metodologia. Sou grata também ao Professor Fernando Acunha, pelas reflexões compartilhadas. Agradeço também aos colegas de pós-graduação, pelos instigantes debates acadêmicos. Agradeço, ainda, ao IDP, por ter me proporcionado a experiência da monitoria acadêmica da pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional. Mas sou grata, acima de tudo, aos meus pais amados, que sempre me apoiaram e motivaram, desde as aulas presenciais da pós-graduação até os momentos finais da elaboração dessa monografia. Aos meus irmãos, também pelo apoio e pelo amor diariamente manifestado. Agradeço ao meu querido Gabriel, pelo apoio crucial na reta final da produção do trabalho. Agradeço, por fim, a Deus, porque o seu amor e proteção me surpreendem mais a cada dia.

RESUMO

O presente trabalho parte do questionamento a respeito da consistência e das implicações da tese da “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes e acolhida pelo Ministro Eros Grau no julgamento, ainda não concluído, da Reclamação nº 4335-5/AC pelo Supremo Tribunal Federal. No âmbito dessa ação foi instaurado um debate acerca de uma possível mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição de 1988. Os mencionados ministros sugerem que o dispositivo teria perdido o significado, tendo em vista uma série de eventos legislativos e jurisprudenciais que estariam a sinalizar para uma generalização de decisões com eficácia *erga omnes* na prática do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, estaríamos vivendo um estágio da história constitucional em que os efeitos das decisões proferidas em controle difuso já não se distinguem dos efeitos das decisões de controle concentrado. O trabalho parte da hipótese de que essa tese é inconsistente, por partir de uma análise tendenciosa de nossos instrumentos de controle de constitucionalidade e por abstrair aspectos essenciais da clássica distinção entre controle difuso e controle concentrado. Ademais, tomando como base o conceito de sociedade aberta dos intérpretes da constituição, de Peter Häberle, e a Teoria da Argumentação, de Klaus Günther, parte-se da hipótese de que, se vingar a interpretação defendida pelos ministros, viveremos um cenário negativo para o desenvolvimento da prática constitucional, marcado por uma maior concentração da interpretação constitucional no âmbito do STF, que passará a exercer, mais intensamente, função análoga à do legislador. O trabalho é conclusivo no sentido de que, de fato, há uma leitura equivocada do estado atual do nosso sistema de controle de constitucionalidade, sendo necessário, nesse momento, reconhecer as vantagens de se manter um sistema efetivamente misto, preservando-se as características essenciais do controle difuso. Conclui-se, ademais, à luz do conceito de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle, e a Teoria da Argumentação, de Klaus Günther, que o acolhimento da tese da mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição de 1988 seria um retrocesso, por representar um fechamento interpretativo e desvelar um quadro de maior déficit de legitimidade democrática na atuação do STF.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade no Brasil. Abstrativização do controle difuso. Mutação constitucional. Art. 52, inc. X, da Constituição. Interpretação constitucional. Legitimidade democrática.

ABSTRACT

This work questions the consistency and the implications of the thesis of “abstractization” of the diffuse control of constitutionality, sustained by Minister Gilmar Mendes and by Minister Eros Grau at the, not yet completed, trial of Reclamação nº 4335-5 / AC by the Federal Supreme Court (STF). In regard to this action a debate was initiated about a possible constitutional mutation of Art. 52, inc. X of the 1988 Constitution. The mentioned ministers suggest that that device has lost its meaning due to a series of legislative and precedence events that would signal a generalization of decisions with *erga omnes* effect in the practice of the Federal Supreme Court. Therefore, we would be living in a stage of constitutional history in which the effects of diffused control decisions is not distinguished from the effects of concentrated control decisions. This paper argues that this thesis is inconsistent, due to a biased analysis of our constitutional control instruments and an abstraction of essential aspects of the classical distinction between concentrated control and diffused control. Futhermore, based on Peter Häberle’s concept of an open society of constitutional interpreters and Klaus Günther’s Argumentation Theory, the article assumes that, if the interpretation put forward by the ministers becomes the norm, we will experience a negative scenario for the development of constitutional practice, marked by a greater concentration of constitutional interpretation in the Federal Supreme Court (STF), which will more intensely act in a role analogous to that of the legislator. The work is conclusive in the sense that, indeed, there is a misreading of the current state of our constitutionality control system. At the moment, it is necessary to recognize the advantages of maintaining an effectively mixed system, preserving the essential characteristics of diffused control. It concludes, moreover, in light of Peter Häberle’s concept of an open society of Constitutional interpreters and Klaus Günther’s Argumentation Theory, that the reception of the theory of constitutional mutation of Art. 52, inc. X of the 1988 Constitution would be a setback, because it represents an interpretative closure and unveils a framework for greater democratic legitimacy deficit in the performance of the STF.

Keywords: Constitutionality Control in Brazil. Abstractization of diffused control. Constitutional mutation. Article 52, inc. X of the Constitution. Constitutional interpretation. Democratic legitimacy.

INTRODUÇÃO	7
1 TIPOLOGIA CLÁSSICA DOS SISTEMAS DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: TRADIÇÃO AMERICANA VERSUS TRADIÇÃO EUROPÉIA	11
1.1 Introdução	11
1.2 Classificação sob o aspecto subjetivo: Controle Difuso e Controle Concentrado	12
1.3 Classificação sob o aspecto modal: Controle Incidental (via de exceção) e Controle Direto (via de ação)	17
1.4 Classificação sob o aspecto dos efeitos das decisões	20
2 A RELAÇÃO ENTRE OS DOIS SISTEMAS DE CONTROLE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	25
2.1 O Controle Judicial de Constitucionalidade no Brasil antes de 1988: a influência predominante da tradição norte-americana	25
2.2 O Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988: um Sistema Misto ou Híbrido	30
2.3 As Emendas à Constituição de 1988: a ampliação dos instrumentos de Controle Concentrado (via de ação) e a previsão da eficácia <i>Erga Omnes</i> e Efeito Vinculante das Decisões em Controle Concentrado	31
3 ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO Nº 4.335-5/AC: AS INCONSISTÊNCIAS DA TESE DA “ABSTRATIVIZAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO E SUAS IMPLICAÇÕES	34
3.1 O objeto da Reclamação nº 4.335-5/AC	34
3.2 Síntese dos argumentos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau: a tese da Mutação Constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição da República de 1988	38
3.3 As inconsistências da tese da Mutação Constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição: uma análise à luz do Sistema de Controle de Constitucionalidade desenhado no texto constitucional e da História Constitucional Brasileira	42

3.4 A tese da “abstrativização” e fechamento discursivo: na contramão da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição	46
3.5 A tese da “abstrativização” à luz da Teoria da Argumentação de Klaus Günther	51
CONCLUSÃO	56

INTRODUÇÃO

Tem se falado bastante na doutrina a respeito de uma suposta “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade¹. Segundo essa tese, tem havido uma mudança sensível na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que mesmo as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade passariam a ser dotadas de eficácia contra todos e efeitos vinculante.

Essa tese é sustentada sobretudo nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no âmbito da Reclamação nº 4335-5/AC. Essa ação foi ajuizada com fundamento na necessidade de respeito à autoridade da decisão proferida no HC nº 82959², em que o Tribunal julgou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Trata-se de decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade. No entanto, defende-se a desnecessidade de suspensão da lei pelo Senado Federal (art. 52, inc. X, da Constituição da República de 1988³) para que essa decisão tenha eficácia contra todos.

Os Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau defendem a dispensabilidade da atuação do Senado Federal com fundamento na tese da mutação constitucional do art. 52, inc. X, da CR/88. Com efeito, asseveram que uma série de eventos legislativos e jurisprudenciais, narrados no voto do Ministro Gilmar Mendes, foram determinantes para que o controle abstrato de constitucionalidade (leia-se, controle concentrado pela via de ação⁴) se sobressaísse em relação ao controle difuso no Brasil.

¹ Por exemplo: LIRA, Daniel Ferreira de; MACEDO, Jackeline Queldma de Oliveira. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11562>. Acesso em ago 2012; CANCELLA, Carina Bellini. Da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. Disponível em: <http://magnacarta.dominiotemporario.com/doc/12Da_Abstrativizacao_do_Control_Difuso_de_Constitucionalidade.pdf>. Acesso em ago 2012; NÓBREGA, Luciana Nogueira. Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3718.pdf>>. Acesso em ago 2012.

² BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006.

³ Eis o teor do dispositivo: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

⁴ A expressão controle “abstrato” está diretamente relacionada com os conceitos de controle concentrado e de controle por via de ação. Mas esses três conceitos não são sinônimos, como veremos detalhadamente no primeiro capítulo. Com efeito, Mauro Cappelletti (1992), quando aborda a ideia de um controle concentrado, utiliza a expressão “abstrato” apenas para esclarecer que esse termo está relacionado à ideia de que o controle concentrado não pressupõe uma lide entre partes

Essa mudança de perfil no sistema de controle de constitucionalidade teria contribuído também para a generalização das decisões de eficácia *erga omnes*, próprias do controle abstrato de constitucionalidade (CAPPELLETTI, 1992).

Tal quadro estaria a desvelar uma “mutação constitucional” do art. 52, inc. X, da Constituição, de modo que dever-se-ia atribuir ao dispositivo um novo sentido textual – veja-se, a mutação constitucional pode representar uma mudança no próprio texto da Constituição, como expôs o Ministro Eros Grau em seu voto. Nesse novo texto, caberia ao Senado Federal apenas dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no controle difuso, sendo dispensável a suspensão da lei para que a decisão tenha eficácia contra todos e efeito vinculante.

Tendo em conta essa discussão, instaurada no âmbito da Reclamação nº 4335-5/AC, cujo julgamento ainda não foi concluído⁵, o problema de pesquisa que norteia esse trabalho é em que medida é consistente a tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau (“abstrativização” do controle difuso e mutação constitucional), tendo em vista a forma como se relacionam, em nosso sistema, instrumentos de controle difuso e controle concentrado. O trabalho avança, indagando a respeito da eventuais implicações dessa tese.

A hipótese testada é a de que, na realidade, haveria uma interpretação tendenciosa da ordem constitucional na tese esposada sobretudo no voto do Ministro Gilmar Mendes. Não haveria uma relação de implicação entre ampliação dos instrumentos de controle concentrado

para que ocorre. Nesse tipo de controle, ocorre apenas o exame da lei em tese, fato que, em regra, ocorre pela via de ação. Porém, registre-se que há quem critique a expressão controle “abstrato”, afirmando que, na verdade, nenhuma arguição de constitucionalidade é de fato abstrata. Mesmo nas ações de controle concentrado os legitimados para o controle estão ali defendendo interesses concretos de determinados grupos ou mesmo de toda a sociedade (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007). De fato, isso fica evidente quando se observa que, a par da ampliação dos instrumentos de controle concentrado no Brasil, o legislador e a doutrina se empenham em formular instrumentos que permitam a percepção dos ministros sobre os aspectos concretos das questões constitucionais discutidas. Exemplos desses instrumentos são as audiências públicas e os *amici curiae*.

⁵ A Reclamação nº 4335-5/AC foi remetida ao gabinete do Ministro Ricardo Lewandowski em razão de pedido de vista formulado na sessão de 19/04/2009, quando o Ministro Eros Grau proferira seu voto-vista. O último andamento da ação data de 10/02/2011 (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 31 agosto 2012). É possível que a ação já tenha perdido o objeto, tendo em vista o tempo transcorrido desde o seu ajuizamento, em 04/05/2006. Não entanto, cogita-se que o Ministro Ricardo Lewandowski ainda profira voto, em razão a discussão que a ação abarca. Essa cogitação não é sem fundamento. Veja-se o exemplo da ADPF nº 45, em que o relator, Ministro Celso de Mello, proferiu decisão monocrática apesar de a ação ter perdido o seu objeto. A ADPF fora ajuizada contra o veto do Presidente da República que incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente reenumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. A norma vetada tratava dos recursos financeiros destinados à saúde. Posteriormente o dispositivo vetado foi restaurado em sua integralidade, por meio da Lei 10.777/2003. Não obstante isso, o Ministro Celso de Mello aproveitou a oportunidade para proferir decisão paradigmática no tange à competência judicial para o controle de políticas públicas, sobretudo aquelas destinadas à saúde.

no ordenamento e generalização das decisões com *eficácia geral*. O constituinte aparentemente pretendeu tratar de maneira diferenciada o controle concentrado e o controle difuso, o que mantém a riqueza do nosso sistema de controle de constitucionalidade.

Ademais, aparentemente a tese defendida pelos ministros implica uma maior concentração da interpretação constitucional no Supremo Tribunal Federal, na contramão da concepção de Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, haurida de Peter Häberle (1997). Outrossim, o Tribunal parece reivindicar para si o papel de atuar preponderantemente por meio de discursos de justificação, conceito oriundo da Teoria da Argumentação de Klaus Günther, que designa a atividade própria do legislador e que se distingue, essencialmente, dos discursos de aplicação, próprios da atividade do julgador (GÜNTHER, 1995; PEDRON, 2008). Essa circunstância estaria a desvelar uma déficit de legitimidade democrática na atuação do Tribunal, cujos membros não são eleitos.

Pelo exposto, tem-se que os marcos teóricos da pesquisa são os conceitos de controle difuso e concentrado, com a exposição das características próprias a esses sistemas, a teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, de Peter Häberle, e a Teoria da Argumentação de Klaus Günther.

O trabalho contém três capítulos. O primeiro apresenta a oposição, clássica na doutrina constitucional, entre a tradição norte-americana e a tradição europeia de controle de constitucionalidade, oposição essa que desvela as principais diferenças entre o controle difuso e o concentrado.

O segundo capítulo é destinado a expor a forma como instrumentos dos dois modelos de controle convivem em nosso ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo, por fim, vale-se das exposições realizadas nos dois primeiros capítulos para testar a consistência dos argumentos veiculados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na defesa da tese da “abstrativização” do controle difuso. Em seguida, expõe-se as implicações dessa tese à luz de teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, de Peter Häberle, e da Teoria da Argumentação, de Klaus Günther.

O objeto desse trabalho é dotado de grande relevância política, jurídica e social, visto que trata-se de discussão travada no âmbito de um julgamento que sequer foi concluído, estando o debate aberto entre os ministros do Supremo Tribunal Federal. Sublinhe-se que o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos em 2007, não tendo ainda proferido seu voto. A demora certamente se justifica da complexidade do tema e na polêmica que ele gera.

Ademais, a questão toca diretamente o tema da extensão dos poderes do Supremo Tribunal Federal, colocando em debate a possível supressão de uma competência atribuída constitucionalmente ao Senado Federal.

Por fim, em tempos de ativismo judicial e de judicialização da política (BARROSO, 2009), é indispensável uma produção científica voltada ao questionamento dos limites da atuação do Supremo Tribunal Federal e suas implicações.

1 TIPOLOGIA CLÁSSICA DOS SISTEMAS DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE: TRADIÇÃO AMERICANA VERSUS TRADIÇÃO EUROPÉIA

1.1 Introdução

O Estado constitucional democrático ficaria enfraquecido se não assegurasse o mínimo de garantias de observância, aplicação, estabilidade e preservação das normas constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 887). Afinal, os valores básicos de uma ordem democrática estão alicerçados em sua norma fundamental, elemento norteador do agir político e social.

Tendo isso em vista, os Estados constitucionais democráticos instituíram para si os mais diversos meios e institutos destinados à defesa da Constituição. Dentre esses meios destaca-se, considerando o objetivo desse trabalho, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do governo.

Quando lançamos o olhar para os sistemas de controle de constitucionalidade adotados em diversos Estados em estágio avançado do constitucionalismo⁶, notamos a riqueza de institutos e instrumentos desenvolvidos no decorrer da história constitucional desses países.

Os traços distintivos entre os sistemas de controle de constitucionalidade adotados pelos diversos Estados constitucionais na defesa de suas normas fundamentais estão relacionados com as peculiaridades políticas e sociais de cada Estado em dado momento histórico. Apesar disso, a partir de uma análise comparativa entre os sistemas de controle adotados em diversos países, é possível extrair traços bastante comuns.

No que tange ao chamado controle judicial de constitucionalidade⁷, essa identidade de elementos guarda relação com o fato de que os Estados constitucionais que optaram por um controle de natureza judicial buscaram inspiração em uma das duas tradições do controle judicial de constitucionalidade: a tradição americana ou a europeia.

⁶ Essa visão global dos sistemas de controle de constitucionalidade adotados em diversos países foi proporcionada, para a elaboração do presente trabalho, pela obra de Mauro Cappelletti, intitulada “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado” (1992). O autor demonstra a variedade de institutos e instrumentos adotados em diversos países, agrupando tais experiências de acordo com seus traços comuns.

⁷ Registre-se, desde já, que o objeto do presente trabalho está delimitado ao controle judicial de constitucionalidade das leis, que é aquele realizado pelo Poder Judiciário. A ele se opõe, essencialmente, o chamado controle político de constitucionalidade, que se caracteriza por ser efetuado por órgão de natureza política, normalmente ligado de modo direto ao Parlamento, a exemplo do modelo adotado há até pouco tempo na França (BARROSO, 2009, pg. 42).

A competência dos membros do Poder Judiciário para fiscalizar a fiel aplicação da Constituição foi ideia concebida nos Estados Unidos da América, por força da proatividade de célebres juízes da Suprema Corte norte-americana, sendo paradigmático o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, conforme veremos adiante, com maior profundidade.

Em 1920, mais de um século depois, Hans Kelsen apresentou o projeto da nova constituição da Áustria, que continha um modelo de controle judicial de constitucionalidade que, conquanto tenha se inspirado na experiência constitucional americana, apresentava diferenças essenciais em relação ao modelo americano.

No bojo de cada uma dessas duas experiências foram cunhados institutos díspares, a ponto de alguns autores falarem que haveria uma “bipolaridade” entre o chamado sistema americano e o europeu⁸.

Segundo Mauro Cappelletti (1992), a oposição entre os dois modelos reside em três aspectos fundamentais, o subjetivo, modal e dos efeitos das decisões. No presente capítulo, que tem como objetivo apresentar os elementos que distinguem a tradição americana da tradição europeia de controle de constitucionalidade, adotamos como referencial metodológico tais aspectos destacados por aquele autor italiano.

1.2 Classificação sob o aspecto subjetivo: Controle Difuso e Controle Concentrado

O aspecto subjetivo diz respeito aos órgãos que detém o poder de controle da constitucionalidade das leis. Dessa classificação, são extraídos dois grandes tipos de sistemas de controle judicial da constitucionalidade das leis, o sistema difuso, no qual o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários, que exercem esse poder no momento em que decidem as causas de sua competência e de maneira incidental; e o sistema concentrado, no qual o poder se concentra em um único órgão.

Em sua obra, Cappelletti afirma que aquilo que chamou de sistema difuso também pode ser designado por como “sistema americano”, por ter sido posto em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos da América, conforme já assinalamos. Por outro lado, o sistema concentrado também poderia ser designado como “sistema austríaco” de controle,

⁸ Francisco Segado utiliza a expressão “bipolaridade” para se referir à oposição entre o sistema americano e o europeu. No entanto, no texto “La obsolescência de la bipolaridad tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional” (2003), o autor defende a tese de que, atualmente, essa concepção bipolar estaria obsoleta, visto que nos países em estágio avançado do constitucionalismo é comum a mistura de elementos de ambos os sistemas. É o que acontece no Brasil, por exemplo.

pois o desenho desse sistema foi lançado na Constituição Austríaca de 1920, elaborada com base no projeto de Hans Kelsen.

Cappelletti registra que esses dois sistemas clássicos apresentam uma “verdadeiramente notável força de expansão” (CAPPELLETTI, 1999, p. 68), visto que se difundiram por diversos países, onde assumiram, no entanto, traços peculiares. Essa constatação, que sinaliza para um aspecto universalizante dos dois sistemas, induz à indagação a respeito da “*ratio*” que estaria na base de cada um deles.

Observa-se que o sistema de controle difuso de constitucionalidade se fundamenta em um argumento de lógica normativa, segundo a qual uma Constituição rígida, por ser dotada da maior força normativa, deve prevalecer quando em conflito com leis ordinárias. Foi essa a conclusão a que chegou a Suprema Corte Americana no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803⁹.

Diferentemente, a adoção de um sistema de controle distinto do sistema difuso pelos países de *civil law* se fundamenta nos inconvenientes que poderiam ser causados pela importação do modelo americano a países que não dispõem do princípio do “*stare decisis*”.

Segundo Cappelletti, tais inconvenientes seriam, em síntese, de duas naturezas: (i) ao se atribuir a vários órgãos do Poder Judiciário a competência para afastar a aplicação de uma lei ao caso concreto, por reputá-la inconstitucional, poderiam surgir conflitos entre órgãos jurisdicionais, o que ocasionaria insegurança jurídica; (ii) os outros inconvenientes seriam aqueles derivados da ausência de um mecanismo que permita que todos se beneficiem da não

⁹ Naquele caso, a Suprema Corte foi instada a se pronunciar a respeito da legalidade da investidura de Willian Marbury como juiz de paz. Willian Marbury havia sido nomeado para o cargo pelo presidente anterior, John Adams. Contudo, não pôde receber o ato de investidura a tempo, tendo em vista a eleição de novo presidente, Thomas Jefferson, que recomendou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o ato. Diante dessa situação, em dezembro de 1801 Marbury propôs uma ação judicial (*writ of mandamus*) à Suprema Corte, para que reconhecesse o seu direito a assumir o cargo. O fez com fundamento em uma lei de 1789, que atribuiu à Corte a competência originária para julgar esse tipo de ação. A ação foi julgada apenas dois anos mais tarde, em fevereiro de 1803. Na primeira parte da decisão, JOHN MARSHALL trata da questão do direito à investidura no cargo. Entretanto, a relevância histórica do julgado encontra-se na segunda parte, quando ele decidiu sobre duas questões: a adequação do *writ of mandamus* para a tutela do direito de Willian Marbury e a competência da Suprema Corte para concedê-lo. Superada a primeira questão, à qual respondeu afirmativamente, MARSHALL afirmou que o dispositivo da lei de 1789, que previa a competência para expedir o *mandamus*, era inconstitucional, pois não constava das hipóteses de competência originária da Suprema Corte previstas na Constituição americana. Diante dessa constatação, indagou a respeito da possibilidade da Suprema Corte deixar de aplicar uma lei ordinária contrária à Constituição. MARSHALL desenvolveu convincente argumentação no sentido de que, havendo contradição entre um ato legislativo e a Constituição, é atribuição do Poder Judiciário, essencialmente, solver esse conflito, tendo em vista que é competência desse Poder pronunciar-se a respeito da interpretação e aplicação das leis. Tendo em vista a supremacia da Constituição, concluiu que se, ao julgar um caso concreto, o juiz constata que o ato legislativo aplicável ao caso é contrário à Constituição, deve deixar de aplicá-lo, aplicando a Constituição. A partir dessa decisão, passou-se a atribuir a guarda da constituição às Cortes de Justiça, mesmo não havendo qualquer norma expressa na Constituição americana a respeito dessa atribuição (BARROSO, 2009, p. 3-10).

aplicação de uma lei já declarada inconstitucional por outros juízes. Não havendo tal mecanismo, todo e qualquer cidadão interessado na não aplicação de uma lei declarada inconstitucional deveria ingressar em juízo (CAPPELLETTI, 1999, p. 78).

Nesse sentido leciona Francisco Segado.

(...) no se consideró, sin embargo, aconsejable conceder a cada Tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales era, a juicio del maestro de la Escuela de Viena [Kelsen], demasiado grande, y tal peligro, habría que añadir, no podía ser combatido en Austria, un país con un sistema jurídico de civil law, por intermedio de la regla del stare decisis, característica de los países de common law (SEGADO, 2003, p. 63).

Conforme se extrai da transcrição supra, os formuladores da Constituição Austríaca de 1920 estiveram atentos a esses inconvenientes. Kelsen, em texto de 1942¹⁰, em que faz um estudo comparativo entre o modelo de controle formulado para a Áustria e o modelo americano, demonstra que a ciência a respeito de tais inconvenientes norteou a formulação do Projeto da Constituição de 1920. É o que se observa no seguinte trecho do texto em referência (KELSEN, 1942, p. 303/304):

O fato de um órgão aplicador da lei declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la num caso específico significa que o órgão está autorizado a invalidar a norma para aquele caso concreto; porém apenas para ele, pois a norma geral enquanto tal – a lei, o decreto – continua válida e pode, portanto, ser aplicada a outros casos concretos. A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão de constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição. (...) O fato mais importante, porém, é que na Áustria as decisões da corte ordinária mais alta – Oberster Gerichtshof --, concernentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto, não tinham força obrigatória sobre as cortes inferiores. Estas não estavam proibidas de aplicar o que o Oberster Gerichtshof tivesse previamente declarado inconstitucional e, portanto, deixado de aplicar num caso

¹⁰ Trata-se do texto “O controle Judicial de constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e Americana). In. Jurisdição Constitucional. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

específico. O próprio Oberster Gerichtshof não estava sujeito à norma do *stare decisis*, de modo que uma lei declarada inconstitucional pela corte num caso específico poderia ser declarada constitucional e aplicada noutra caso da mesma corte. Pelas razões expostas, uma centralização da revisão judicial da legislação era altamente desejável no interesse da autoridade da Constituição. A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim-chamada Corte Constitucional [Verfassungsgerichtshof].

Percebe-se, a partir de tais considerações, que o modelo austríaco notadamente nasceu inspirado no modelo americano, mas com a pretensão de ajustá-lo às peculiaridades do *civil law*, vigente na Áustria. Foi em razão desses cogitados inconvenientes que os formuladores do projeto da Constituição Austríaca de 1920 determinaram a criação de um órgão centralizador, com função de decidir sobre a constitucionalidade das leis com eficácia *erga omnes*¹¹.

Nota-se, por outro lado, que existe um elemento de oposição entre a doutrina subjacente ao controle concentrado e aquela do controle difuso. No primeiro caso, pressupõe-se uma nítida separação de poderes, visto que a inaplicabilidade de uma lei não pode ser declarada por qualquer juiz, incidentalmente. Nesse sistema, os juízes comuns são considerados incompetentes para conhecer da validade das leis, inclusive incidentalmente. No controle difuso, diferentemente, qualquer juiz é considerado competente para afastar a aplicação, ao caso concreto, de uma lei considerada inconstitucional¹².

Em razão dessa peculiaridade, alguns estudiosos afirmam no sistema de controle concentrado vigora uma *presunção de validade das leis*, presunção essa que só não se aplicaria à Corte Constitucional, que detém o poder de negar essa validade. Segundo Cappelletti, tal presunção não existe no sistema difuso, tendo em vista a liberdade que os juízes têm de afastar a aplicação de uma lei inconstitucional em determinado caso concreto.

Embora no sistema difuso vigore a máxima segundo a qual todo o juiz pode realizar o controle de constitucionalidade, a última palavra sobre a constitucionalidade das leis acaba sendo, no entanto, da *Supreme Court*, por meio do sistema de impugnações, cuja decisão vincula os demais juízes em razão da regra do *stare decisis*.

¹¹ Cappelletti registra que esse modelo foi acolhido contemporaneamente pela Tchecoslováquia e, posteriormente, pela Espanha, Itália e Alemanha.

¹² Essa distinção clássica encontra exceções na Itália e na Alemanha, países em que os magistrados têm o poder de suspender o processo em que eventualmente surja questão de inconstitucionalidade, com o fito de suscitá-la perante o Tribunal Especial Constitucional.

Apesar disso, Cappelletti alerta que não se deve concluir que a Suprema Corte americana seja necessariamente equivalente às cortes constitucionais europeias, como a austríaca, italiana ou alemã. A Suprema Corte americana, e, igualmente, os órgãos judiciários supremos com competência para o controle de constitucionalidade em outros países de sistema difuso – a exemplo do Supremo Tribunal Federal no Brasil, com as devidas ressalvas, por existir, aqui, um sistema misto de controle – não são órgãos judiciários com funções *exclusivamente* constitucionais. A Suprema Corte apresenta-se como o mais alto dentre os órgãos judiciários ordinários federais americanos, ao qual se chega não mediante procedimentos especiais, e sim por meio de impugnações e recursos, e nisso reside a grande diferença dela em relação às cortes europeias.

Sendo assim, o chamado sistema americano de controle de constitucionalidade tem, como características fundamentais, a inexistência de procedimento especial para que as questões cheguem à Corte Suprema responsável pelo controle, bem como a inexistência de um órgão especial competente para as questões constitucionais, que são decididas à medida que surgem incidentalmente a partir de casos judiciais em curso nos juízos ordinários.

Observando a experiência norte-americana e o papel exercido pela Suprema Corte, surge o questionamento sobre o porquê, então, a Constituição Austríaca de 1920-1929, e, posteriormente, as constituições da Alemanha e Itália, preferiram optar pela solução onerosa de criar as chamadas Cortes Constitucionais, órgãos judiciários totalmente novos, não optando por conferir a função de controle de constitucionalidade, ainda que de maneira concentrada e com eficácia *erga omnes*, aos órgãos judiciários superiores já existentes.

Segundo Cappelletti, a resposta a essa pergunta reside na peculiar atividade exercida pelo juiz constitucional. Tal peculiaridade decorreria da natureza das normas presentes nas constituições modernas, as quais traduziram (e traduzem) “diretrizes e programas dinâmicos de ação futura” (CAPPELLETTI, 1992), além de indicarem os valores supremos do Estado e da Sociedade.

Por possuir essa natureza, a atividade de interpretação da norma constitucional é sempre uma atividade discricionária. É atividade mais próxima, às vezes, “pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica” (CAPPELLETTI, 1992), da atividade legislativa ou executiva. Compreende-se, então, o porquê de Kelsen ter considerado a atividade do juiz constitucional como de natureza legislativa, ou, pelo menos, como uma atividade negativa de legislação.

Sublinhe-se que o caso da Suprema Corte americana é bastante peculiar. Ali, não se revelou necessária a criação de novo órgão judicial especialmente destinado ao controle de

constitucionalidade. Segundo Cappelletti, na tradição americana considera-se que os juízes estão à altura do encargo de aferir a validade das leis, e isso deve-se aos seguintes fatores: o encargo do “*judicial review of legislation*” surgiu com o próprio surgir da Suprema Corte americana, que, a partir da atuação proativa de alguns de seus juízes constitucionais, teve que se elevar ao nível daquela função; ademais, os juízes da Corte não são magistrados de carreira, como ocorre usualmente nas cortes constitucionais europeias, mas são nomeados *ad hoc* pelo Presidente dos Estados Unidos da América¹³.

A atribuição ao Presidente da República da escolha dos juízes da Suprema Corte demonstra o reconhecimento, na tradição americana, do caráter peculiar e eminentemente político da atuação do juiz constitucional.

Conclui-se, a partir do exposto, que os sistemas de controle judicial de constitucionalidade classificam-se, sob o aspecto subjetivo, ou seja, do órgão responsável pelo controle de constitucionalidade das leis, em controle difuso e controle concentrado.

O controle difuso originou-se na experiência constitucional americana, a partir da credibilidade depositada na atividade judicial e do ativismo da Suprema Corte americana, que atraiu para si a competência para o controle de constitucionalidade. O sistema europeu, diferentemente, foi criado a partir do ajuste da experiência americana aos países europeus, reconhecendo-se a necessidade de criação de um órgão centralizador do controle, como meio uniformizar o entendimento sobre a constitucionalidade das leis, evitando-se decisões contraditórias, e tendo em vista a consciência a respeito da dimensão política da atuação do juiz constitucional.

1.3 Classificação sob o aspecto modal: Controle Incidental (via de exceção) e Controle Direto (via de ação)

¹³ O nosso modelo de controle de constitucionalidade assemelha-se, em muitos aspetos, ao modelo adotado nos EUA. Aqui no Brasil, assim como nos EUA, não foi criado um órgão especial destinado ao controle de constitucionalidade. Essa tarefa foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do sistema recursal brasileiro. A essa Corte cabe a palavra final em matéria de controle de constitucionalidade no Brasil, seja no julgamento de recursos extraordinários, no âmbito do controle difuso, seja no julgamento de ações de controle concentrado. A outra semelhança reside na forma como os juízes constitucionais são escolhidos. Aqui no Brasil os ministros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal. Nos EUA os juízes também são escolhidos pelo Presidente da República, e confirmados pelo voto da maioria do Senado. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Suprema_Corte_dos_Estados_Unidos#Membros_.28em_2010.29>.

A classificação sob o aspecto modal leva em conta o modo como as questões de constitucionalidade das leis são arguidas perante os órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade, bem como a forma como tais questões são decididas.

Aqui, novamente, distingue-se o sistema norte-americano e o sistema austríaco ou europeu de controle. Em suma, sob o aspecto modal, no sistema norte-americano o controle é exercido em via incidental (ou por exceção). No sistema austríaco, diferentemente, o controle é exercido em via principal.

No controle pela via incidental, as questões de constitucionalidade só podem ser arguidas no curso de um processo comum, à vista de determinado caso concreto no âmbito do qual surja um questionamento a respeito da legitimidade constitucional de uma lei relevante para a resolução do caso concreto.

Com efeito, nos Estados Unidos da América a Suprema Corte Americana não emite decisões sobre casos hipotéticos. Ela apenas se pronuncia para decidir controvérsias que chegam a ela por meio de casos concretos (MIRANDA, 2006, p. 14).

Nos países que adotam esse sistema, por não existirem cortes especiais ao estilo europeu, a arguição de inconstitucionalidade não ocorre mediante procedimentos especiais¹⁴. Nesse sistema, as controvérsias constitucionais dão lugar a meros incidentes no curso de processos comuns. Por exemplo, nos Estados Unidos da América, o mais típico entre os sistemas nos quais o controle é feito pela via incidental, a questão de constitucionalidade pode ser arguida incidentalmente no curso de qualquer tipo de procedimento (CAPPELLETTI, 1992, p. 104).

Também sob o aspecto modal, o sistema austríaco está em posição diametralmente oposta ao sistema norte-americano, principalmente na sua formulação originária, na Constituição Austríaca de 1920. De fato, em 1920, além da criação de uma corte especial, determinou-se que o controle deveria ser exercido necessariamente mediante uma *ação especial*, por iniciativa de alguns órgãos políticos. Ou seja, o controle de constitucionalidade seria exercido inteiramente desvinculado de casos concretos, pela via principal ou via de ação.

Portanto, no sistema austríaco, em sua formulação originária, os juízes – com exceção dos juízes da corte constitucional – não só não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não poderiam deixar de aplicar, aos casos concretos sob julgamento, leis que considerassem inconstitucionais. Esses juízes tampouco

¹⁴ Cappelletti leciona que, no entanto, às vezes existe a possibilidade de certas autoridades federais ou estaduais intervirem no processo ou dirigirem ao tribunal manifestação escrita com sua opinião sobre a questão de constitucionalidade surgida no caso concreto.

podiam suscitar a questão de constitucionalidade perante a Corte Constitucional. Somente órgãos políticos¹⁵ detinham legitimidade para arguir alguma questão de constitucionalidade perante a Corte Constitucional.

Registre-se que a lei de reforma constitucional da Áustria de 1929 modificou parcialmente este sistema de controle de constitucionalidade exclusivamente por via de ação. Essa lei alterou o art. 140 da Constituição austríaca de 1920, conferindo a dois órgãos judiciários ordinários – *Oberster Gerichtshof*, Corte Suprema para as causas civis e penais, e *Verwaltungsgerichtshof*, Corte Suprema para as causas administrativas – legitimação para instauração processo de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional.

No entanto, diferentemente do que ocorre com o órgãos políticos, que se provocam a atuação da Corte Constitucional mediante em via principal ou de ação, esses dois órgãos judiciários só podem fazê-lo no curso de um processo ordinário, ou seja, por via incidental ou de exceção.

Sendo assim, sob o aspecto modal o sistema austríaco tem caráter híbrido.

Segundo Cappelletti, esse modelo é mais completo que o norte-americano, por existirem leis que, embora inconstitucionais, fogem à toda possibilidade de controle incidental,

pelo simples fato de que elas não podem, pelo seu particular conteúdo, dar lugar (ou pelo menos, de fato, não dão lugar) a lides concretas ou, em todo caso, a concretos episódios processuais civis, penais ou administrativos, para cuja solução ditas leis possam ser consideradas relevantes (CAPPELLETTI, 1992, p. 112).

Embora mais completo, Cappelletti sublinha que o método “europeu” pode revelar-se, talvez, mais perigoso, visto que pode dar à atividade das Cortes Constitucionais “uma coloração excessivamente política” (1992, p. 113), ao invés de judicial. Poderia significar, assim, uma ameaça de interferência das Cortes na esfera do Poder Legislativo e, indiretamente, também na do Poder Executivo.

Cappelletti esclarece, no entanto, que a confirmação ou não desse receio poderá ser aferido apenas em concreto,

pelo modo mais ou menos sábio ou prudente com que as Cortes Constitucionais europeias souberem exercer a sua delicada função – na qual à coragem inovadora deve, de resto, unir-se também uma dose de calculado *restraint* – e pelo modo, pois, como, através de sua

¹⁵ O Governo Federal, no caso de controle da legitimidade de leis dos Länder; Governos dos Länder, no caso de controle de leis federais (CAPPELLETTI, 1992, p. 105).

atividade, elas souberem impor-se aos outros órgãos do Estado e à opinião pública, como essenciais institutos de garantia e de controle de uma superior legalidade (CAPPELLETTI, 1992, p. 114).

Por outro lado, fato é que o controle judicial de constitucionalidade das leis, até mesmo se realizado por via meramente incidental, parecer ter, por sua própria natureza, uma conotação política, implicando uma intervenção criativa das Cortes na relação entre as forças políticas do Estado.

1.4 Classificação sob o aspecto dos efeitos das decisões

Identifica-se uma radical oposição entre o sistema norte-americano e o austríaco também quanto ao aspecto dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

No sistema norte-americano, segundo a concepção mais tradicional, uma lei inconstitucional, porque diverge de uma norma superior, é nula de pleno direito. Sendo assim, o juiz que exerce o controle, no caso concreto, não anula a lei, e sim declara uma nulidade que é pré-existente.

O primeiro posicionamento é fruto do pensamento constitucional americano, construído a partir de decisões históricas proferidas pelos juízes da Suprema Corte. Como é sabido, esse órgão reivindicou para si, por meio de construção argumentativa, a competência para proferir juízo a respeito da inconstitucionalidade das leis e, nessa esteira, fixou seu posicionamento a respeito do significado da declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo. John Marshall é apontado como mentor dessa concepção no âmbito da Suprema Corte americana, devido ao voto proferido no julgamento do caso *Marbury v. Madison*.

Naquele julgamento – que também é um marco relativamente ao próprio surgimento do controle judicial de constitucionalidade das leis – Marshall realizou argumentação a partir da qual se passou a afirmar, historicamente, a competência da Suprema Corte para negar aplicabilidade às leis contrárias à Constituição.

Como fundamento para isso, o juiz Marshall expos a ideia de que a Constituição americana consubstancia os princípios fundamentais estabelecidos pela vontade originária e soberana do povo americano, organizando o governo e lhe atribuindo poderes. Entretanto, seria necessário limitar os poderes do legislativo, pois para isso teriam sido criadas as Constituições. Partindo desses pressupostos, Marshall concluiu que a superioridade da Constituição torna-a imutável mediante os mecanismos ordinários de alteração das leis. Sendo

assim, uma lei incompatível com a Constituição não seria, sequer, um lei¹⁶. A partir disso, Marshall conclui:

Certamente, todos quantos fabricam constituições escritas consideram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é *nula* toda a resolução negativa com ela incompatível (MARSHALL, 1997, p. 25).

Essa decisão é abordada pela doutrina como um marco histórico, no âmbito da jurisprudência da Suprema Corte, da defesa do postulado da nulidade da lei inconstitucional como regra do sistema. Esse postulado também se fixou como um dos fundamentos do controle judicial de constitucionalidade da leis e atos do governo.

A consequência lógica da adoção da doutrina nulidade da lei inconstitucional é considerar que a decisão de inconstitucionalidade tem natureza declaratória, pois apenas reconhece uma nulidade existente desde o nascimento da lei. Disso também decorre logicamente a atribuição de eficácia retroativa (*ex tunc*) às decisões.

Solução diametralmente oposta é aquela surgida na tradição austríaca, que não reconhece o vício de inconstitucionalidade desde o nascimento da lei. De modo contrário, parte do pressuposto de que todo ato que ingressa no ordenamento jurídico na forma de lei só deixa de sê-la a partir do ato de um órgão especial, que cassa a lei do ordenamento jurídico.

Os traços principais dessa segunda teoria foram cunhados por Kelsen no projeto da Constituição da Áustria de 1920¹⁷. No modelo formulado nessa constituição, a aferição da constitucionalidade das leis foi reservada a um órgão especial, denominada Corte Constitucional. Essa Corte possuía o poder de anular leis consideradas inconstitucionais. A anulação projetava seus efeitos para o futuro, ou seja, possuía eficácia *ex nunc*.

Segundo Kelsen, a decisão da Corte equivaleria, do ponto de vista lógico, a um ato do legislador (KELSEN, 2003, p. 305). Com efeito, entende-se que o legislador, tal como a Corte Constitucional, estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda que, posteriormente, seu ato estivesse sujeito ao controle judicial. Portanto, enquanto não houvesse o pronunciamento

¹⁶ “Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável” (MARSHALL, 1997, p. 25).

¹⁷ A Constituição de 1920 inaugurou o sistema de controle de constitucionalidade vigente no país, o qual, entretanto, sofreu modificações significativas a partir da reforma de 1929, conforme já comentamos em tópicos anteriores desse trabalho.

da Corte a respeito da validade da lei, a opinião do legislador, expressa no ato legislativo, deveria ser respeitada.

Segundo esse entendimento, a decisão da Corte Constitucional no sentido da anulação do ato legislativo teria o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória. Tratar-se-ia de um “ato negativo de legislação” (KELSEN, 2003, p. 306). Portanto, tal decisão tem caráter constitutivo – e não declaratório, como ocorre no sistema norte-americano – pois cassa a lei do ordenamento. Disso decorre a atribuição de eficácia para o futuro (*ex nunc*) à decisão.

O caráter de *legislador negativo*, atribuído à Corte Constitucional, é elemento central da concepção kelseniana de controle de constitucionalidade e, tal como destaca Francisco Segado, dele deriva as diferenças mais significativas entre o sistema austríaco e o sistema americano de controle (SEGADO, 2003, P. 64).

Ainda de acordo com Francisco Segado, o modelo de justiça constitucional formulado por Kelsen foi construído inspirado na desconfiança em relação à atuação dos juízes, podendo ser compreendido como uma reação ao subjetivismo das teorias da “Escola livre do Direito” e da “Comunidade do Povo”. Essas teorias disseminaram-se na doutrina alemã entre o final do século XIX e início do século XX. Implicavam, em suma, na relativização do princípio positivista segundo o qual o Direito é produto próprio e exclusivo do legislador.

Diante desse cenário, Kelsen lançou as bases para um sistema de controle que pudesse afirmar a sujeição dos juízes à lei, concentrando a competência para controlar a constitucionalidade das leis em apenas um órgão, em vez de atribuir essa competência a todos os órgãos judiciários. Além disso, atribuiu a essa corte a competência para cassar leis inconstitucionais, em função complementar à do legislador.

No tradicional sistema americano, por sua vez, imperava uma desconfiança em relação a eventuais arbítrios do legislador, em razão da ideologia liberal vigente no país. Nesse fato reside a justificativa para a concepção de um sistema de fiscalização do tipo difuso, que permite que todos os juízes realizem o controle da constitucionalidade das leis, como reforço à guarda da Constituição (SEGADO, 2003, p. 54).

Kelsen teceu críticas ao controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte americana. Reputou controverso o fato de uma lei declarada inconstitucional por essa Corte ser considerada nula *ab initio* e, conseqüentemente, a decisão ter força retroativa.

Para Kelsen, não é possível haver nulidade absoluta dentro de um sistema jurídico positivo. Não pode existir nulidade *ab initio* relativamente a um ato que se reveste de forma legal. No sistema jurídico pensado por Kelsen, se uma lei pertenceu, durante determinado período, ao ordenamento, foi também reconhecidamente válida, porque, no pensamento

kelseniano, pertinência ao ordenamento jurídico e validade da norma representam o mesmo fenômeno¹⁸.

No que concerne aos efeitos das decisões nos tradicionais sistemas norte-americano e austríaco ou europeu de controle de constitucionalidade, outro aspecto os distingue.

No sistema norte-americano, a declaração de inconstitucionalidade não é dotada de eficácia geral. O juiz limita-se a deixar de aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto, de modo que a decisão produza efeitos apenas *inter partes*.

Esse efeito se justifica por uma característica fundamental desse modelo de controle, que é o fato de ele ser exercido pela via incidental, surgida a partir de um processo comum, envolvendo partes que postulam um direito em juízo. A arguição de constitucionalidade existe apenas como um antecedente necessário ao julgamento de um processo comum.

Nesse quadro, é impreterível que a declaração de inconstitucionalidade da lei repercuta sobre as situações que, no caso concreto, resultaram da aplicação de norma inconstitucional.

Visto isto, nota-se que a mera cassação da lei declarada inconstitucional – fórmula concebida por Kelsen no projeto da Constituição de 1920 – é técnica, a princípio, incompatível com um controle exercido pela via incidental, pois deixar-se-ia de tutelar o direito que deu origem ao incidente de inconstitucionalidade.

Cappelletti sublinha, no entanto, que essa característica foi em parte eliminada nos Estados Unidos da América, especialmente quando se trata de controle exercido pela Suprema Corte, por força do princípio do *stare decisis*, segundo o qual “*a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction*” (CAPPELLETTI, 1992, p. 80). A partir desse princípio, as decisões das Cortes acabam adquirindo eficácia geral, inclusive aquelas proferidas com controle de constitucionalidade¹⁹.

¹⁸ A raiz desse pensamento encontra-se na Teoria Pura do Direito, obra em que Kelsen analisa o fenômeno jurídico utilizando-se de elementos próprios do discurso científico positivista. Em um ordenamento jurídico do tipo descrito por Kelsen – que se apresenta como um conjunto de normas organizadas de forma escalonada, na qual as normas superiores atribuem validade às normas inferiores, sendo a norma fundamental o elemento que constitui a unidade desta interconexão criadora – é logicamente impossível haver uma norma contrária à Constituição. Para Kelsen, uma norma só é qualificada como tal na medida em que é validada por uma norma superior. Tal norma superior, por sua vez, só será válida de houver alguma norma hierarquicamente superior que lhe atribua essa validade, e assim sucessivamente. Essa cadeia se encerra com a norma fundamental, pressuposto lógico-transcendental do sistema. A validade das normas nesse sistema escalonado é o elemento que atribui unidade ao ordenamento. Dessa teoria decorre que toda norma que ingressa no ordenamento, gerando efeitos, é presumivelmente válida, até que ocorra a sua cassação pelo órgão competente.

¹⁹ A respeito do funcionamento do *stare decisis* no sistema norte-americano, cumpre esclarecer que ele pode ser visto em duas dimensões: horizontal e vertical. A dimensão horizontal corresponde à vinculação do Tribunal às decisões que ele mesmo proferiu. Com efeito, ao analisar casos semelhantes, que apresente semelhanças jurídicas e factuais com os seus precedentes, a análise do novo caso deverá ter como ponto de partida a comparação e o exame do precedente. Ressalta-se

No sistema austríaco de controle, diferentemente, as decisões de inconstitucionalidade têm caráter geral, ou seja, dá origem a uma anulação, a qual não só possui eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, mas também eficácia *erga omnes*. Dito de outro modo, a lei tornar-se ineficaz para todos, como se tivesse sido ab-rogada por uma lei posterior.

que a dimensão horizontal não é algo extremamente rígido. A Corte que criou o precedente pode revogá-lo, se tiver motivos para isso, notadamente quando o precedente não condiz mais com o contexto atual. A dimensão vertical diz respeito à vinculação das cortes de hierarquia inferior em relação às cortes de hierarquia superior, desde que estejam localizadas na mesma jurisdição. Nesse sentido, o precedente da Suprema Corte dos EUA tem efeito vinculante sobre todo o território nacional, com apenas uma exceção: se o precedente tiver como causa um assunto que diga respeito a uma lei estadual, ele não será vinculante para a corte de maior hierarquia de tal estado. Por fim, registre-se que juízos monocráticos de primeiro grau não geram decisões que possam ser vistas como precedentes para as outras cortes (MIRANDA, 2006, p. 12-17).

2 A RELAÇÃO ENTRE OS DOIS SISTEMAS DE CONTROLE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 O Controle Judicial de Constitucionalidade no Brasil antes de 1988: a influência predominante da tradição norte-americana

No sistema jurídico brasileiro convivem, atualmente, elementos galgados da tradição americana e da tradição europeia de controle judicial de constitucionalidade das leis.

Consoante afirma Paulo Bonavides, o emprego e a introdução das técnicas inerentes a cada um desses sistemas traduzem uma evolução doutrinária e institucional, que não deve passar despercebida (BONAVIDES, 2011, p. 325).

Quando de sua origem, o controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil foi exclusivamente difuso, concreto e em via incidental, tendo como marco normativo o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que estabeleceu, em seu art. 3º, que, “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie por provação da parte” (MENDES, 2007, p. 983).

Nota-se, a partir do teor do art. 3º do Decreto nº 848/80, a possibilidade da magistratura federal atuar no controle da aplicação da Constituição, daí se falar na existência de um modelo difuso de controle. Por outro lado, o dispositivo deixa claro que a magistratura só poderia intervir nesse controle tendo em vista dado processo judicial e por provação da parte, daí se falar na existência de um controle em via incidental. Afirma-se, por fim, que esse controle é concreto por ter como base uma lide judicial.

A Constituição de 1981²⁰ incorporou esse modelo, prevendo, em seu art. 59, § 1º, *a* e *b*²¹, a competência do Supremo Tribunal Federal para revisar, em grau de recurso, sentenças proferidas pelas Justiças dos Estados, sempre que essas sentenças contestassem a validade de lei ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.

²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm

²¹ O teor do dispositivo é o seguinte:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) *quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas (grifo nosso).* Fonte:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm Acesso em: 13 jul. 20112.

Note-se, portanto, que a Constituição de 1981 atrelou o controle de constitucionalidade das leis ao exame de casos concretos pelas Justiças dos Estados, o que revela que, no aspecto modal, tratava-se de controle em via incidental.

A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, em seu art. 13, § 10, explicitou, em nosso sistema, o modelo difuso, desenhado pelo Decreto n. 848/80 e reproduzido na Constituinte de 1891, ao estabelecer que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Considerando o que vimos no Capítulo I, nota-se que o modelo desenhado nos primeiros anos da nossa república tem inspiração tipicamente norte-americana, ou seja, de nítido caráter difuso, concreto e exceção.

No processo de importação desse modelo, foi determinante a influência de Rui Barbosa. Esse jurista estudou a experiência constitucional americana, e, nela inspirado, defendeu a adoção, no Brasil, de um controle difuso, concreto e incidental de constitucionalidade, conforme se observa no seguinte trecho de um dos seus escritos: “a inaplicabilidade do ato inconstitucional do Poder Executivo, ou Legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes” (BARBOSA, 2003, p. 102).

Paulo Bonavides que esse modelo de controle de constitucionalidade exclusivamente pela via incidental – consagrado pela Constituição de 1981 e mantido por ainda mais alguns anos – está fundado numa concepção liberal haurida do direito norte-americano, que enfatiza a defesa e a salvaguarda dos direitos individuais.

Quanto a esse aspecto, leciona Paulo Bonavides (2011, p. 325):

Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. Ficamos, portanto, de início, mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho, que do padrão francês, inclinado, pelo seu teor político, a resguardar a inviolabilidade da soberania legislativa, e a desconhecer limitações à legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação dos poderes.

A Constituição de 1934²² manteve as disposições contidas na Constituição de 1981 no que tange ao controle de constitucionalidade, mas trouxe importantes inovações.

²² Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm

Além de trazer pela primeira vez a expressão “recurso extraordinário”, inovou ao determinar, no art. 179, que a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais devesse ocorrer por decisão da maioria da totalidade dos seus membros. O dispositivo buscava evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas alterações de entendimento nos tribunais.

Outra inovação trazida pelo Constituinte de 1934 foi a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV, e art. 96). Essa providência do Senado Federal tem o objetivo de atribuir efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Consoante afirma Gilmar Mendes (2007, p. 985), a fórmula buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade.

De fato, como não contamos com um instrumento análogo ao *stare decisis* vigente no direito americano, e possuindo o nosso controle, à época, um caráter exclusivamente difuso, não visualizava-se nenhuma forma de atribuir eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Em razão disso, o Constituinte de 1934 criou uma fórmula original, caracterizada pela distribuição de funções entre a Suprema Corte e o Senado Federal.

Trata-se, literalmente, de uma cisão de competência entre STF e Senado Federal, visto que, enquanto o tribunal profere juízo de inconstitucionalidade de uma lei, o Senado decide, discricionariamente, se deve ser atribuída eficácia geral ou não a essa decisão, ou seja, se suspenda ou não a aplicação da lei declarada inconstitucional.

A Constituição de 1934 trouxe, ainda, a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação a um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros – os denominados princípios constitucionais sensíveis, previstos no art. 7º da Constituição de 1934²³ – precisava ser previamente submetida ao Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador-Geral da República,

²³ Art 7º - Compete privativamente aos Estados:

I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

a) forma republicana representativa;
 b) independência e coordenação de poderes;
 c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;
 d) autonomia dos Municípios;
 e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
 f) prestação de contas da Administração;
 g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
 h) representação das profissões;

para que fosse declarada sua constitucionalidade, conforme art. 12, § 2º, da Carta²⁴ (BARROSO, 2009, p. 63).

Tratava-se de caso específico de controle por via de ação e concentrado, da competência do Supremo Tribunal Federal.

Os historiadores constitucionais quase todos coincidem em assinalar a importância da Constituição de 1934 como um expressivo marco na progressão do País rumo a um controle direto de constitucionalidade. A representação interventiva, prevista pela primeira vez em 1934, representava a “semente” de um controle por via de ação (BONAVIDES, 2011, p. 329).

A Constituição de 1937 não trouxe qualquer modificação no modelo difuso instituído desde 1891, presente no art. 101, III, b e c, bem como manteve a necessidade de quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais, no art. 96.

Pode-se afirmar, no entanto, que a Constituição de 1937 representou um retrocesso em nosso sistema de controle de constitucionalidade (MENDES, 2007, p. 987). O art. 96, parágrafo único²⁵, trazia a possibilidade de reexame, pelo Parlamento, de uma lei já declarada inconstitucional por um Tribunal, se considerada, pelo Presidente da República, “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta”. Caso o parlamento reconhecesse a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, a decisão do Tribunal poderia ficar sem efeito.

Compreende-se o porquê de tal disposição normativa quando se tem em conta o contexto histórico em que inserida a Constituição de 1937, qual seja, o Estado Novo, regime que durou de 1937 a 1945, tendo se caracterizado pela centralização do poder e pelo autoritarismo²⁶.

A Constituição de 1946²⁷ suprimiu a possibilidade de reexame, pelo Parlamento, das leis declaradas inconstitucionais. A nova constituição restaurou o sistema anterior, prevendo o recurso extraordinário e suas hipóteses de cabimento (art. 101, inc. II, a, b e c), previu a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200) e manteve a atribuição do Senado Federal para

²⁴ § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

²⁵ Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.

²⁶ Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_\(Brasil\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_(Brasil))

²⁷ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm

suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

O regime de 1946 também manteve a representação interventiva, no art. 8º, parágrafo único. No entanto, houve uma alteração em relação ao regime de 1934, visto que, segundo o texto da nova constituição, só se decretava a intervenção após o Supremo haver examinado o ato arguido de inconstitucionalidade (BONAVIDES, 2011, p. 327).

Durante a vigência de Constituição de 1946, foi a Lei nº 2.271, de 22 de julho 1954²⁸, que dispunha a respeito dessa arguição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo o art. 1º da lei, cabia ao Procurador-Geral da República, sempre que tomasse conhecimento da existência de ato que infringisse algum dos preceitos assegurados no artigo 7º, inciso VII, da Constituição Federal, submeter o este ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Tratava-se, conforme afirma BONAVIDES (2011, p. 329), da criação de um novo instrumento processual, a saber, a chamada ação direta de declaração de inconstitucionalidade, verdadeiro ponto de partida para a nova forma de controle – o controle pela via de ação, que se vinha acrescentar à já existente via incidental ou de exceção.

No entanto, o recém criado controle pela via de ação era extremamente restrito, visto que só abrangia atos vinculados à hipóteses de intervenção federal. Além do mais, apenas o Procurador-Geral da República detinha legitimidade para suscitar esse tipo de controle.

A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, alargou o âmbito material do controle pela via de ação. O art. 2º da emenda deu nova redação ao art. 101, inc. I, alínea K, da Constituição de 1946, dispositivo que se refere à competência originária do Supremo Tribunal Federal. A nova disposição atribuiu à Corte competência originária para processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”²⁹.

Tal como afirma Paulo Bonavides (2011, p. 330), após a EC nº 16/65, o controle de constitucionalidade pela via de ação tomou um perfil definitivo

toda lei de nosso ordenamento jurídico, a partir da aplicação do novo dispositivo constitucional, poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso. A lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental, era passível, portanto,

²⁸ Fonte: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-2271-22-julho-1954-361468-publicacaooriginal-1-pl.html>

²⁹ Fonte: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>

de verificação de constitucionalidade, sendo competente para o exercício dessa ação o Procurador-Geral da República.

Conforme se extrai do trecho transcrito acima, a criação de um instrumento de controle concentrado constitucionalidade, a ser exercitado pela via de ação, tornou o nosso sistema mais sofisticado e também mais completo – tal como observou Cappelletti ao tratar do sistema híbrido austríaco.

Para arguir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato de natureza normativo, federal ou estadual, perante o STF, não seria mais necessário aguardar a eventualidade de, no curso de um processo judicial em rito ordinário, tal questão ser suscitada. Conforme vimos no primeiro capítulo deste trabalho, nos sistemas de controle pela via de ação, oriundos da tradição constitucional europeia, a questão pode ser suscitada diretamente perante o tribunal, diferentemente do que ocorre nos sistemas de controle pela via incidental, oriundos da tradição americana, em que o controle de constitucionalidade só se justifica na medida em que o ato impugnado é necessário à resolução do caso concreto.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. O controle difuso manteve-se intocado e a ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946 após a EC nº 16/65.

Nota-se que, tendo passado por alterações de pequena monta, a fórmula consagrada na Constituição de 1981 permaneceu substancialmente a mesma ao longo de toda a República, chegando à Constituição de 1988 (BARROSO, 2009, p. 63).

2.2 O Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988: um Sistema Misto ou Híbrido

A constituição de 1988 manteve um sistema “ecletico, híbrido ou misto” (BARROSO, 2009, p. 64), tal como já vinha sendo desenhado desde a Constituição de 1946, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC nº 16/65 (sistema europeu).

A nova ordem constitucional trouxe, no entanto, uma série de inovações, as quais, em certa medida, já configuravam um prenúncio a respeito da tendência assumida pelo controle de constitucionalidade nos anos seguintes, qual seja, a tendência de paulatina incorporação de elementos da tradição europeia.

Há de se destacar a limitação do objeto do recurso extraordinário às questões constitucionais. Antes, o Supremo Tribunal Federal (STF) apresentava-se, essencialmente, como última instância recursal, concentrando matéria federal e constitucional. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, muitas das antigas competências do STF foram atribuídas ao recém criado tribunal, dentre elas competência para julgar recursos de natureza extraordinária em matéria de direito federal, o que deu origem ao Recurso Especial.

A partir dessa cisão de competências entre STF e STJ, sagrou-se a pretensão de reconhecer no STF o caráter de tribunal constitucional, e não mero tribunal recursal.

A par de tudo isso, o controle difuso de constitucionalidade foi mantido intocado, com amplas hipóteses de cabimento, previstas no art. 102, inc. III, da Constituição. Por outro lado, manteve-se, no que tange aos efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controle difuso, o instituto da suspensão da lei pelo Senado Federal, no 52, inc. X, da Constituição.

O constituinte também dedicou particular atenção ao controle da omissão do legislador, com a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º), instrumento de controle abstrato de normas, e o mandado de injunção (art. 5, inc. LXXI), instrumento de controle concreto.

Modificação também significativa foi a previsão da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 102, I, a, c/c o art. 103). Trata-se de sucedâneo da representação de inconstitucionalidade criada pela EC 16/65, tendo o mesmo objeto desta.

A grande novidade foi o fim da legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República para a propositura da ação. Agora, além do PGR, diversos outros atores sociais estão legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

A ampliação do rol de legitimados para a ação direta representou ampliação das possibilidades de controle direto de constitucionalidades das leis, sendo essa inovação um dos marcados da progressiva ampliação dos instrumentos da tradição europeia em nosso sistema normativo.

2.3 As Emendas à Constituição de 1988: a ampliação dos instrumentos de Controle Concentrado (via de ação) e a previsão da eficácia *Erga Omnes* e Efeito Vinculante das Decisões em Controle Concentrado

A Emenda Constitucional nº 3³⁰, de 17 de março de 1993, disciplinou a ação declaratória de inconstitucionalidade (ADC). Trata-se de ação com objeto restrito, consistente exclusivamente em lei ou ato normativo federal, não englobando lei ou ato normativo estadual, objeto da ADI e da ADC.

No seu formato originário, a ADC contatava com um número reduzido de legitimados, a saber, apenas o Presidente da República, Mesa da Câmara, Mesa do Senado Federal e Procurador-Geral da República, rol ampliado com a Emenda Constitucional 45, conforme veremos.

A EC nº 3/1993 também previu que a decisão definitiva de mérito na ADC possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário.

A justificativa para a criação de uma ação de tal natureza, que coloca em dúvida a própria noção de presunção de constitucionalidade das leis, parece ter sido extraída da prática do controle de constitucionalidade, em que as ações de controle direto acabaram sendo utilizados como mecanismo de solver dúvida a respeito da constitucionalidade da norma.

Com efeito, Gilmar Mendes – um dos autores de estudo com base no qual o Deputado Roberto Campos apresentou proposta que instituía a ação declaratória de constitucionalidade – registra que “muitas vezes a representação interventiva e sobretudo a representação de inconstitucionalidade foram utilizadas para afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma” (MENDES, 2007, p. 1003).

Ademais, a EC nº 3/1993 inseriu o § 1º do art. 102 da Constituição de 1988, que confere ao Supremo Tribunal Federal competência para apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição. No entanto, o aprofundamento e o desenvolvimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental ocorreu apenas em 1999, com Lei nº 9.882/1999³¹, da qual trataremos a seguir.

³⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm

³¹ Nota-se que o constituinte derivado abordou de forma bastante singela do novo instituto, de modo que é até questionável a constitucionalidade da sua disciplina legal, que representou ampliação significativa da competência do Supremo Tribunal Federal no controle direto de constitucionalidade. Cumpre registrar que o Projeto de Lei n. 2.872/1997, da Deputada Federal Sandra Starling, que deu origem à ADPF, regulamentava o art. 102, 1º §º, da Constituição de maneira muito mais tímida, atribuindo ao instituto o nome “reclamação”. Com efeito, a proposta trazia, em apenas um artigo, a previsão da hipótese de cabimento daquela reclamação, qual seja, quando ocorresse “descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 5º da Constituição”. O parágrafo único do dispositivo determinava a aplicação à “reclamação”, no que coubesse, das disposições dos artigos 13 e 18 da Lei n. 8.038/90. O relator da proposta, Deputado Prisco Viana, emitiu parecer pela aprovação do projeto de lei na forma de substitutivo por ele apresentado, cuja redação corresponde ao texto hoje

Por fim, a EC nº 45, que responsável pela chamada “reforma do judiciário”, estendeu também para as decisões em ação direta de inconstitucionalidade a eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário, antes prevista apenas para a ação declaratória de inconstitucionalidade.

Essa novidade parece ter imprimido mais racionalidade ao sistema. No que tange aos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, possuíamos apenas a fórmula da suspensão da lei pelo Senado, fórmula essa destinada apenas a suprir a falta de eficácia geral das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Faltava em nosso sistema uma definição a respeito da amplitude que se deveria atribuir às decisões no controle concentrado, que, conforme vimos no capítulo anterior, tem natureza distinta das decisões no controle difuso, pelas razões ali expostos.

A EC nº 45 trouxe racionalidade para o sistema na medida em que estabeleceu uma regra relativamente aos efeitos das decisões em controle concentrado a par da regra inserta no art. 52, inc. X, aplicável às decisões no controle difuso de constitucionalidade.

Restava consagrado, a partir de então, um sistema verdadeiramente híbrido, ondem convivem um sofisticado sistema de controle difuso, com todas as características próprias dos sistemas de tradição norte-americana (impugnação pela via incidental e decisão inter partes, com a possibilidade de atribuir efeitos gerais por meio de fórmula artificial, a saber, a suspensão da lei pelo Senado, a exemplo do efeito causado pelo *stare decidis* do direito norte americano), e um também sofisticado sistema de controle concentrado, com características próprias dos sistemas de tradição europeia (impugnação pela via de ação e decisão com eficácia contra todos).

3 ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO Nº 4.335-5/AC: AS INCONSISTÊNCIAS DA TESE DA “ABSTRATIVIZAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO E SUAS IMPLICAÇÕES

3.1 O objeto da Reclamação nº 4.335-5/AC

A Reclamação nº 4.335-5 foi ajuizada em 19/04/2006 perante o Supremo Tribunal Federal pelo defensor público do Estado do Acre Valdir Perazzo Leite contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco nas quais este magistrado negara a concessão de progressão do regime fechado para o semiaberto a condenados por crimes hediondos.

Na origem da controvérsia, os pedidos de progressão de regime foram formulados perante o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco com fundamento na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 23/02/2002, no Habeas Corpus nº 82959, ocasião em que o tribunal considerou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, para admitir a progressão de regime para condenados por crime hediondo.

O mencionado magistrado do Acre, ao menos até a época do ajuizamento da reclamação, vinha negando os pedidos de progressão de regime, ao fundamento de que a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal de Federal nos autos do HC nº 82959 somente teria eficácia *erga omnes* – ou seja, a favor de todos os condenados por crimes hediondos que estejam cumprindo pena – a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF, nos termos do art. 52, inc. X, da Constituição Federal.

Vale registrar que, no dia 02/03/2006, o mesmo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco fez afixar em vários pontos do Fórum comunicado contendo a ressalva indicada no parágrafo anterior.

O fundamento da Reclamação nº 4.335-5 é a tese de que a doutrina tem reconhecido às decisões do Supremo Tribunal Federal, de maneira geral, eficácia *erga omnes*. Sendo assim, a aplicação do entendimento fixado no julgamento do HC nº 82959 a outros condenados por crimes hediondos não dependeria de resolução do Senado Federal, “porque [o STF] examinou a lei *in abstracto*”³², nas palavras do autor da petição.

Na exordial da reclamação também se argumenta que seria imprudente, em ano de eleições³³, aguardar a edição de resolução pelo Senado Federal relativamente à eficácia da

³² Página 8 dos autos da Reclamação nº 4.335-5.

³³ Em 2006 ocorreram eleições nas esferas estadual e federal.

decisão proferida no HC nº 82959. O autor da ação manifestou receio de que, nesse contexto, o Senado não tomasse qualquer decisão, por não haver prazo para tanto e por inexistir previsão de penalidades em caso de omissão por parte da mencionada casa legislativa.

Ainda na fundamentação da reclamação, menciona-se o posicionamento do jurista Luiz Flavio Gomes, segundo o qual eventual recusa do juiz em aplicar a decisão do STF no HC nº 82959 “se constitui em convicção ideológica conflitiva com o estado constitucional e democrático de direito”³⁴.

Segundo Luiz Flavio Gomes, a referida conduta por parte do magistrado daria ensejo às seguintes consequências, aduzidas nos fundamentos da reclamação: a) contra a decisão do juiz que se recusar a aplicar o entendimento firmado pelo STF no HC nº 82959 caberia reclamação perante o tribunal, para que a Corte reconheça o direito do condenado de ter seu pedido de progressão examinado no judiciário; b) possibilidade de ação indenizatória contra o Estado, pois o juiz que indefere o pleito de progressão de regime de condenados por crimes hediondos estaria afetando direitos fundamentais do condenado “na medida em que se recusa a acolher declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF ao mesmo tempo em que continua aplicando texto legal reconhecido como inválido”³⁵.

A análise dessa argumentação, trazida de Luiz Flavio Gomes e veiculada da petição inicial da reclamação, revela uma concepção que não mais distingue os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade dos efeitos das decisões do controle concentrado de constitucionalidade, embora, conforme vimos no primeiro capítulo desta monografia, os efeitos que se atribui às decisões de inconstitucionalidade é um dos aspectos que tradicionalmente distinguem os dois modelos.

Percebe-se que a argumentação trazida na inicial da Reclamação nº 4.335-5 sugere que a decisão proferida no julgamento do HC nº 82959 – ou seja, proferida no âmbito de uma ação destinada à tutela de direitos individuais – seria dotada de efeitos *erga omnes*, eficácia atribuída, em regra, às decisões de controle concentrado.

Essa concepção é exposta pelo autor da ação em tom de obviedade, mesmo existindo o art. 52, inc. X, da CR/88, que traz fórmula específica quanto aos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade.

Em contrapartida, a consciência a respeito da distinção entre os dois modelos esteve presente na argumentação do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, na

³⁴ Página 8 dos autos da Reclamação nº 4.335-5.

³⁵ Páginas 8-9 dos autos da Reclamação nº 4.335-5.

decisão em que negou o pedido de progressão de regime formulado por condenados por crimes hediondos.

Com efeito, na decisão proferida pelo juiz singular – transcrita, integralmente, no corpo das informações prestadas pelo magistrado nos autos da Reclamação nº 4.335-5, nas páginas 23 a 25 – esse magistrado afirma filiar-se à doutrina segundo a qual no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos *inter partes*. Ressaltou-se que, para que a decisão no HC nº 82959 produzisse efeitos *erga omnes*, ela deveria ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editaria resolução suspendendo o dispositivo declarado inconstitucional pelo STF.

O magistrado aduziu, ainda, que a decisão no HC nº 82959 solucionou determinado caso concreto, no controle difuso de constitucionalidade, sem análise de lei em tese, razão pela qual os efeitos daquela decisão só deveriam ser estendidos às partes daquele processo. Acrescentou que, nesse modelo de controle, mesmo se o Senado Federal decidir pela suspensão da lei considerada inconstitucional, essa decisão terá eficácia temporal *ex nunc*, ou seja, não atinge fatos passados.

Em seguida, o juiz afirmou que esse modelo difere do chamado controle abstrato, no qual “analisa-se a lei e a Constituição sem qualquer referência a um caso concreto e seus efeitos atingem a todos, vinculando juízes e tribunais”³⁶. Nesses casos, o STF decide se a decisão terá eficácia *ex tunc*, ou seja, se atingirá efeitos passados. Nesse trecho da decisão, o magistrado estava se referindo à previsão do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que permite ao STF a manipulação das decisões proferidas em controle concentrado.

O mencionado juiz conclui o argumento afirmando que entender de outra forma seria negar vigência ao disposto no art. 52, inc. X, da CR/88, “contrariando o sistema constitucional adotado, ou seja, o *check and balances*, ou freios e contrapesos, inspirado no modelo moderno americano, onde um Poder é controlado pelo outro”³⁷. E conclui, em seguida, que “o que continua líquido e certo até o momento, ante a inércia dos Poderes em fazer valer o disposto no art. 52, inc. X, da CF/88, é a eficácia do dispositivo (...) que veda a progressão de regime aos crimes hediondos”.

Este é, pois, o debate contido no objeto da Reclamação nº 4.335-5. Esse debate envolve, essencialmente, uma discussão a respeito de qual seria o entendimento correto no que tange à extensão dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em

³⁶ Página 24 dos autos da Reclamação nº 4.335-5.

³⁷ Idem

controle difuso de constitucionalidade frente às mudanças ocorridas nas últimas décadas na relação entre controle difuso e controle concentrado no Brasil.

Visto isto, passaremos a expor a forma como os Ministros que já proferiram voto no julgamento da Reclamação nº 4.335-5 interpretaram o problema trazido nessa ação.

Antes, porém, cumpre registrar o conteúdo da manifestação proferida pelo Ministério Público Federal nos autos da reclamação em comento. Este órgão entendeu ser incabível a reclamação no caso, por “não [existir] decisão proferida por essa Corte [STF] cuja autoridade deva ser preservada”.

Com efeito, a Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques afirmou ter sido realizada pesquisa no site do STF, não tendo sido localizado registro de habeas corpus impetrado pelo Reclamante em favor das pessoas relacionadas na petição inicial da reclamação. Consignou, ademais, que o Reclamante não havia instruído o pedido com qualquer documento que comprovasse a sua afirmação de que o Juiz de Direito da Vara de Execução Penais de Rio Branco estaria se negando a cumprir decisão proferida em favor de presos condenados por crimes hediondos.

Percebe-se que o MPF não adentrou a questão relativa aos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, a qual está no cerne do debate trazido pela Reclamação nº 4.335-5.

Essa abordagem do problema sugere o entendimento, por parte do *parquet*, de que somente seria cabível a reclamação, no caso presente, se os condenados por crimes hediondos mencionados na petição inicial tivessem sido os beneficiados diretos do HC nº 82959, ou seja, se tivessem sido eles os pacientes desse remédio constitucional. Dito de outro modo, somente o condenado por crime hediondo que tenha figurado como paciente no HC nº 82959 poderia alegar, como fundamento de eventual reclamação, ofensa à decisão proferida naquela ação.

Esse entendimento decorre da concepção de que o habeas corpus é uma ação destinada à tutela de direito individual, de modo que a decisão proferida nesse tipo de ação produz efeitos apenas em relação à parte em favor de quem a demanda foi oferecida em juízo. Nesse ponto, observa-se que o entendimento segundo o qual a decisão proferida no HC nº 82959 poderia ter, de plano, eficácia *erga omnes*, abstrai a questão relativa à própria natureza desse remédio constitucional, destinado essencialmente à garantia de direitos individuais.

Compreendido o objeto da Reclamação nº 4.335-5, e tendo em conta os argumentos de alguns dos atores sociais envolvidos no debate processual (o autor da reclamação, a autoridade judicial reclamada e o Ministério Público Federal), passaremos à exposição da

síntese dos argumentos proferidos pelos Ministros no sentido da mutação constitucional do art. 52, inc. X, da CR/88.

Esclarece-se que o julgamento ainda não foi concluído, tendo proferido voto, apenas os Ministro Relator Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau, que pedira vista dos autos, e os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Os dois primeiros votarem pelo conhecimento e provimento da reclamação, fundados na tese da mutação constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição, enquanto os dois últimos não conheceram da reclamação³⁸.

3.2 Síntese dos argumentos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau: a tese da Mutação Constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição da República de 1988

A sessão plenária que deu início ao julgamento da Reclamação n  4.335-5 ocorreu em 01/02/2007, quando o relator da a o, Ministro Gilmar Mendes, proferiu seu voto.

Preliminarmente, o relator afirmou que, contrariamente ao que aduziu o Ministério Público Federal em seu parecer, na hipótese a reclamação era cabível, tendo em vista a “grande evolução”³⁹ da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

O ministro mencionou, nesse sentido, o julgamento da Questão de Ordem no Agravo Regimental na Reclamação n  1.880, em 23/05/2002, em que o tribunal teria concluído pelo cabimento de reclamação para todos aqueles que comprovassem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento da eficácia vinculante *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle de concentrado.

Superada essa etapa preliminar, o relator passou a analisar a afirmação do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-Acre de que a decisão no HC n  82.959/SP somente teria eficácia em favor de todos os condenados por crimes hediondos a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inc. X, da Constituição da República. A essa questão se circunscreve o voto relator.

³⁸ A autora dessa monografia dirigiu-se até o Supremo Tribunal Federal para tentar obter o inteiro teor de todos os votos já proferidos no julgamento inconcluso da Reclamação n  4335-5/AC. No entanto, logrou obter apenas os votos dos Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau, que, felizmente, são os mais relevantes no que tange ao objeto desse trabalho, que é testar a adequa o da tese da “abstrativização” do controle difuso, articulada no voto do Ministro Gilmar Mendes e acolhida, com algumas considerações sobre o conceito de mutação constitucional, no voto do Ministro Eros Grau.

³⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação n  4335, p. 3.

O ministro começa tecendo alguns comentários a respeito do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Ele esclarece que a suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF foi a forma definida pelo constituinte para atribuir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.

O relator sugere que essa ferramenta, adotada desde 1934, teria sido criada como forma de atribuir densidade ao postulado da “inexistência jurídica ou da ampla ineficácia”⁴⁰ da lei declarada inconstitucional, extraído da jurisprudência norte-americana e defendido pela doutrina pátria. Segundo o ministro Gilmar Mendes, o mencionado postulado é dotado de sentido no âmbito do direito norte-americano em razão do *stare decisis*, que atribui efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores, promovendo, assim, a ampla ineficácia da lei declarada inconstitucional. No Brasil, na falta de fenômeno semelhante, confere-se ao Senado Federal a competência para, por resolução, atribuir eficácia geral às decisões.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o caráter original dessa fórmula teria dificultado o seu enquadramento dogmático. Assim, questões tais como os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que suspende a execução da lei ou ato normativo foram objeto de discussão na doutrina. Discutiu-se, ainda, sobre o caráter vinculante ou discricionário do ato emitido pelo Senado.

Assim, o relator expôs em que termos tais questões foram debatidas na doutrina e na jurisprudência anteriormente à Constituição de 1988. Quanto a essa etapa do voto do Ministro, cumpre destacar apenas alguns aspectos, mais relevantes para o debate em torno do problema de pesquisa proposto nesse trabalho.

Segundo o ministro, na discussão doutrinária relativa aos efeitos da resolução do Senado Federal, de um lado havia a afirmação, vinda de Lúcio Bittencourt, de que a resolução do Senado apenas torna pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos; de outro, a afirmação de que a resolução do Senado Federal constitui ato político, que generaliza os efeitos dessa decisão, tendo esse posicionamento, adotado por Paulo Brossard, Alfredo Buzaid, Celso Aranha Ribeiro Bastos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Josaphat Marinho, prevalecido na doutrina.

O relator também narra que o projeto que resultou na Emenda à Constituição nº 16/1965 pretendeu conferir nova disciplina ao instituto da suspensão da lei pelo Senado. A proposta consistia em reconhecer àquela Casa Legislativa a competência apenas para “fazer

⁴⁰ Idem, p. 6.

publicar no Diário Oficial e na Colação das leis a conclusão do julgado que lhe for comunicado”⁴¹. Essa proposta, no entanto, foi rejeitada.

O ministro relator prossegue seu voto afirmando que, ainda antes da Constituição de 1998, e após discussão jurisprudencial, o STF concluiu pela dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade, primeira manifestação do controle abstrato no Brasil. Segundo o ministro, esse entendimento teria implicado “redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69”⁴², dispositivo que previa a suspensão da lei pelo Senado Federal naquela constituição.

Em seguida, o relator passa a tratar do instituto da suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal à luz da ordem constitucional instaurada em 1988.

O ministro afirma que a ampliação do controle abstrato de normas e a possibilidade de suspensão liminar da eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, trazidas pela Constituição de 1988, sinalizariam para um enfraquecimento da concepção de separação dos poderes, que é o que fundamenta o instituto da suspensão da lei pelo Senado.

Nesse ponto, o Ministro indaga: se é possível ao STF, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, e até mesmo de uma emenda constitucional, por que a declaração de inconstitucionalidade proferida em controle incidental haveria de valer tão-somente para as partes?

O relator conclui que “a única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”⁴³.

O relator da reclamação prossegue seu voto argumentando que o instituto da suspensão da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar a eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do STF que não declarem a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada e correta.

O ministro menciona, nesse sentido, as técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, rejeição de arguição de constitucionalidade, declaração de não-recepção da lei pré-constitucional e os casos em que o tribunal modula os efeitos das decisões em controle difuso de constitucionalidade.

⁴¹ Proposta de alteração do art. 64 da Constituição de 1946.

⁴² Idem, p. 20.

⁴³ Voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4335, p. 21.

Essa constatação estaria a sinalizar para “o novo significado do instituto da suspensão da execução pelo Senado no contexto normativo da Constituição de 1988”⁴⁴.

Após tais considerações, o relator conclui que “todas essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade”.

O relator afirma que, atualmente, vigora concepção de divisão dos poderes diferente daquela existente no Brasil de 1934, quando o instituto foi concebido. Essa mudança de concepção teria sido fortemente influenciada pela introdução do controle abstrato de normas no Brasil.

Nesse ponto do voto, o ministro expõe os fatos que foram determinantes para a expansão desse sistema de controle no Brasil. Menciona o aumento do número de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade como um indicativo de que “pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente”⁴⁵. Isso porque, segundo o ministro, essa ampliação teria possibilitado que todas as controvérsias constitucionais relevantes pudessem ser submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de normas.

O Ministro conclui seu raciocínio afirmando que, “se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado”⁴⁶. Isso estaria evidenciado na “ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual”, caracterizado pela possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, características que fariam com que a maioria das grandes questões constitucionais pudessem ser resolvidas mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

O ministro conclui que “a ampliação do controle abstrato de normas, incidentalmente realizada nos termos do art. 103 e, posteriormente, com o advento da ADC, alterou significativamente a relação entre o modelo difuso e o modelo concentrado. Assim, passou a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato (ADI e ADC)”⁴⁷.

⁴⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4335, p. 23.

⁴⁵ Idem, p. 29

⁴⁶ Idem p. 31.

⁴⁷ Idem, p. 38.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, todo esse quadro de eventos legislativos e jurisprudenciais marcariam um processo de mutação constitucional do art. 52, inc. X, da CR/88.

O voto do Ministro Eros Graus, por sua vez, circunscreveu-se à indagação sobre se no caso há realmente uma mutação constitucional, conforme sugeriu o ministro relator. Ele esclarece o conceito de mutação constitucional, concluindo que “na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”.⁴⁸.

Quanto a isso, o Ministro Eros Grau assinalou que o relator da reclamação estava, sim, a propor uma mutação constitucional, visto que não se está conferindo determinada interpretação ao texto do art. 52, inc. X, da Constituição de 1988, e sim atribuindo outro texto ao dispositivo.

O Ministro Eros Grau aduziu que, em tal caso, caberia indagar se, ultrapassadas as lindes do texto, o texto resultante é coerente com o todo em que inserido, pois “o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico”⁴⁹. Ou seja, se deve indagar se “o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento”⁵⁰.

O ministro conclui afirmando que o entendimento do relator não é inusitado, tendo em vista as circunstâncias esmiuçadas no voto deste. Considerando todo o exposto, o art. 52, inc. X, estaria obsoleto.

Por fim, o ministro consignou que não visualiza oposição entre esse novo texto e qualquer dos princípios constitucionais, razão pela qual conclui que “o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional”⁵¹.

3.3 As inconsistências da tese da Mutação Constitucional do art. 52, inc. X, da Constituição: uma análise à luz do Sistema de Controle de Constitucionalidade desenhado no texto constitucional e da História Constitucional Brasileira

⁴⁸ Voto do Ministro Eros Grau na Reclamação nº 4335, p. 9.

⁴⁹ Voto do Ministro Eros Grau na Reclamação nº 4335, p. 12.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem, p. 14.

Conforme já assinalamos, o relator da Reclamação nº 4335-5 inicia seu voto expondo em que termos se deram os debates relativos à natureza do instituto da suspensão da lei pelo Senado Federal no contexto anterior à Constituição de 1988.

Observa-se que, ao menos nos primeiros anos de existência do instituto, a tese da competência do Senado Federal para somente fazer publicar a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não foi acolhida pela doutrina e pelo legislador constituinte. Tratava-se, pois, de posição isolada de Lúcio Bittencourt.

Quanto a isso cumpre registrar o posicionamento de Prado Kelly, mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes, no que tange à discussão travada no Plenário da Constituinte de 1934. Naquela ocasião, o referido parlamentar mencionara o fato de que, enquanto certas constituições modernas criaram cortes jurisdicionais para defesa da Constituição, nós atribuímos ao STF a palavra definitiva na defesa e guarda da constituição; no entanto, a função desempenhada pelo STF é fracionada a um órgão de natureza política, qual seja, ao Senado Federal, no que tange à atribuição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

A observação do parlamentar revela a originalidade da fórmula adotada no Brasil. A mesma consideração estava presente no discurso do Senador Accioly Filho, para quem “Supremo e Senado realizam, na federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes europeias”⁵².

Por outro lado, também não parece exata a tese de que a não aplicação do instituto da suspensão da lei pelo Senado ao “controle abstrato” teria operado uma “redução teleológica” do instituto. Esse argumento traz condigo uma imprecisão doutrinária, decorrente de uma interpretação equivocada da história do nosso controle de constitucionalidade à luz da doutrina dominante relativa aos sistemas de controle de constitucionalidade.

Primeiramente, a não aplicação do instituto ao chamado “controle abstrato” de constitucionalidade justifica-se pelo reconhecimento, por parte da doutrina e da jurisprudência, da distinção entre os efeitos das decisões proferidas em controle difuso e aquelas proferidas em controle concentrado ou abstrato.

O instituto da suspensão da lei pelo Senado foi cunhado para as hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal realiza o controle difuso de constitucionalidade, tanto é assim que o instituto surgiu em um momento em que o Supremo Tribunal Federal realizava o controle de constitucionalidade exclusivamente por meio de instrumentos desse modelo de controle. À época, o tribunal não dispunha, ainda, de qualquer instrumento de controle concentrado, o que

⁵² Voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4335, p. 13.

ocorreu apenas em 1934, com a denominada representação interventiva (BONAVIDES, 2011, p. 329).

Sendo assim, vigorava a concepção de um controle de constitucionalidade cuja decisão tinha eficácia apenas em relação às partes do litígio, o que é próprio do controle difuso de constitucionalidade. No entanto, os constituintes desde 1934 até 1988 visualizaram no instituto da suspensão da lei declarada inconstitucional uma ferramenta apta a possibilitar que a decisão proferida com efeitos *inter partes* pelo STF adquira eficácia geral.

A previsão desse instituto em todas as constituições desde 1934 demonstra a percepção, pelo legislador constituinte, de que às decisões de controle difuso, pela natureza mesma desse tipo de controle, deve-se atribuir efeitos *inter partes*. A eficácia *erga omnes*, nesse caso, é excepcional, dependendo, para tanto, da participação do Senado Federal, que delibera sobre a suspensão da lei. O entendimento, dominante na doutrina, de que essa Casa Legislativa tem discricionariedade para decidir ou não pela suspensão da lei declarada inconstitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007) evidencia a excepcionalidade da eficácia geral em decisões de controle difuso.

Conforme assinalado corretamente pelo relator, o instituto da suspensão da lei pelo Senado foi criado tendo em vista a prática constitucional americana, em que vigora um sistema difuso de constitucionalidade, de modo que as decisões são dotadas de eficácia apenas entre as partes do litígio. No entanto, em razão do *stare decisis* – instituto próprio do *common law*, conforme vimos no primeiro capítulo – tais decisões acabam assumindo eficácia geral.

A circunstância da regra da suspensão da lei pelo Senado ter sido criada a partir do exemplo norte-americano é apenas um dos elementos que evidencia o fato de que esse instituto circunscreve-se ao controle difuso de constitucionalidade, e é nas peculiaridades inerentes a esse tipo de controle que o instituto em referência se justifica.

A partir do exposto, compreende-se o porquê de a jurisprudência ter entendido que o mencionado instituto não se aplica ao controle concentrado, o qual é filiado a uma tradição completamente distinta àquela do controle difuso, o que traz consequências distintas ao sistema, notadamente quanto ao aspecto dos efeitos da decisão.

É da tradição do controle concentrado que a decisão tenha eficácia geral automática – ela não surge artificialmente. Existe toda uma teoria que fundamenta esse tipo de controle, que vimos no capítulo 1, da qual decorre, naturalmente, o reconhecimento da eficácia geral às decisões. Rememore-se que o controle concentrado ou abstrato e por via de ação foi concebido sob a concepção de ser um ato negativo de legislação, um ato de “correção” do ordenamento, tendo em vista a necessidade de conformação das leis ao texto constitucional.

Sendo assim, o ato da Corte Constitucional que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem o caráter de uma lei ab-rogatória, dotada, portanto, de eficácia geral.

A doutrina que fundamenta um controle difuso de constitucionalidade é diametralmente oposta, como vimos no capítulo 1. Nesse modelo, a arguição de inconstitucionalidade ocorre apenas na medida em que a lei impugnada é relevante para a solução de um caso concreto posto em juízo, e a decisão proferida tem efeito apenas *inter partes*, a não ser que haja algum elemento artificial – tal como o *stare decisis*, nos EUA, e a suspensão da lei pelo Senado, no Brasil – que venha a atribuir eficácia geral à decisão.

Nota-se, portanto, que, diferentemente do que sugere o relator, a não aplicação do instituto da suspensão da lei pelo Senado ao controle concentrado não operou uma “redução teleológica” do instituto. Muito pelo contrário. Apenas confirmou a necessidade de tratamento diferenciado às ferramentas dos diferentes modelos de controle.

O relator, ao sugerir a obsolescência do art. 52, inc. X, da CR/88, vale-se da afirmação de que o instituto da suspensão da lei pelo Senado mostrar-se inadequado para assegurar a eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do STF que não declarem a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada e correta. Menciona, nesse sentido, as técnicas de rejeição da arguição de constitucionalidade e a declaração de não-recepção da lei pré-constitucional.

Esse argumento do relator é bastante questionável. Primeiramente, em sede de controle de recepção do direito pré-constitucional não caberia qualquer discussão sobre a aplicação do art. 52, inc. X, que, segundo se extrai do próprio texto constitucional, é destinado aos casos de efetiva declaração de inconstitucionalidade, ato que não se confunde com a decisão de não-recepção. Até porque não faria sentido cogitar da suspensão, pelo Senado, de uma lei que reconhecidamente sequer foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

Também é uma impropriedade técnica trazer para o debate sobre a aplicação do art. 52, inc. X, os casos de rejeição da arguição de inconstitucionalidade. Tradicionalmente, não se atribui qualquer efeito à decisão que rejeita a arguição de inconstitucionalidade, visto que, em razão da ideia de presunção de constitucionalidade das leis, tal decisão não altera ao *status quo ante* do ordenamento jurídico.

A exceção a isso é a decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade, instituto que flexibiliza a ideia de presunção de constitucionalidade, que é quebrada em razão do surgimento de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição que é objeto da ADC (art. 14, inc. III, da Lei n. 9.868/1999). No entanto, a legislação e a Constituição trazem tratamento específico no que tange aos efeitos das decisões proferidas em ADC, qual

seja, a previsão da eficácia contra todos e efeitos vinculante (art. 28 da Lei nº 9.868/1999 e art. 102, § 2º, da Constituição de 1988), efeitos próprios dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade.

Nenhum outro instrumento, sobretudo em sede de controle difuso de constitucionalidade, é meio adequado para uma decisão de declaração de *constitucionalidade*. Sendo assim, não se cogita de decisão dessa natureza em sede controle difuso, razão pela qual o argumento do relator é infundado.

Note-se, outrossim, que o ministro tenta estabelecer uma relação de implicação entre o aumento do espaço destinado pela Constituição de 1988 ao controle concentrado, com destaque ao aumento do rol de legitimados para a ação direta, e a restrição da amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Ocorre que essa relação de implicação não existe.

A ampliação dos legitimados parece ter conferido um incremento de legitimidade ao STF nas decisões proferidas em controle concentrado, visto que, agora, a Corte pode ser provocada por diversos órgãos representativos da sociedade civil. Essa inovação sem dúvida aumentou a complexidade do sistema, que agora possui a via do controle concentrado mais alargada. No entanto, a alteração não implicou a redução do sistema difuso.

O sistema difuso restou intacto no texto de 1988. As diversas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário continuam ali, bem como a previsão de outras ações constitucionais destinadas à tutela de direitos individuais. Além disso, o constituinte manteve no texto o art. 52, inc. X, tratando especificamente da eficácia das decisões em controle difuso.

É certo que emendas à Constituição e atos legislativos alteraram nosso sistema, tornando-o muito mais complexo. Sem dúvida houve um alargamento dos instrumentos de controle concentrado. No entanto, esse processo não implica uma pretensão de nulificação do controle difuso, como quer sugerir o relator. O que torna nosso sistema peculiar e sofisticado é justamente a convivência entre os dois modelos, que permite que extraíamos as virtudes de ambos.

Passaremos, agora, à análise das implicações dessa nova interpretação, tendo em vista as teorias de Peter Häberle e de Klaus Günther.

3.4 A tese da “abstrativização” e fechamento discursivo: na contramão da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

Nesse tópico, tomamos como ponto de partida da reflexão uma pergunta lançada pelo relator, que pode ser assim sintetizada: se é possível ao STF, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, e até mesmo de uma emenda constitucional, por que a declaração de inconstitucionalidade proferida em controle incidental haveria de valer tão-somente para as partes? Em resposta, o relator afirmou: “a única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”⁵³.

Entendemos que a pergunta lançada pelo relator poderia ser respondida de outro modo. A preservação dos efeitos apenas *inter partes* nas decisões em controle difuso parece um imperativo de coerência com a nossa tradição em controle de constitucionalidade, que nasceu como um sistema de controle difuso, o qual tem sido mantido em nossas constituições, mesmo diante da ampliação dos instrumentos de controle concentrado.

Por outro lado, a ampliação do controle abstrato e a possibilidade de suspensão liminar, com eficácia geral, de leis e atos normativos, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, são circunstâncias que compõem uma série de eventos legislativos e práticas jurisprudenciais que tem determinado uma paulatina concentração da competência para a interpretação constitucional no âmbito do STF.

Nesse cenário, o reconhecimento das virtudes do controle difuso, com as características que lhe são peculiares e que o distingue essencialmente do controle concentrado, apresenta-se imperativa, para evitar a excessiva concentração da interpretação constitucional no STF, o que não se coaduna com uma concepção de interpretação adequada no marco do Estado Democrático de Direito, à qual pressupõe, sobretudo, uma abertura interpretativa (CARVALHO NETO, 2004).

Ressalta-se que o controle difuso de constitucionalidade tem, como traço característico, que é também sua maior virtude, a possibilidade conferida a cada órgão jurisdicional de afastar a aplicação, ao caso concreto em julgamento, de uma lei considerada inconstitucional. Essa possibilidade implica uma abertura interpretativa, pois permite que a questão constitucional seja intensamente debatida pelos diversos atores sociais envolvidos no processo – compreendem-se aqui o magistrado, os litigantes, os órgãos do Ministério Público, o juiz singular, os membros do órgão recursal colegiado e membros das cortes superiores.

Imagine-se a hipótese de que, em diferentes circunscrições ou seções judiciárias, de diferentes Estados do país, instauram-se controvérsias a respeito da constitucionalidade do

⁵³ Voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 4335, p. 21.

mesmo dispositivo de lei federal, ou de leis estaduais com conteúdo semelhante. Nessa hipótese, a questão será analisada de diferentes perspectivas, oriundas de pessoas situadas em diferentes posições processuais e inseridas em dimensões espaço-temporais distintas. Ter-se-á, portanto, um debate consistente a respeito da constitucionalidade da lei.

O que foi dito aqui poderia ser questionado alegando-se que o cenário descrito no parágrafo anterior corresponderia, talvez, a um cenário de “insegurança jurídica”, argumento invocado pelos juristas que defendem decisões com efeitos gerais – dentre eles, notadamente, Hans Kelsen, ao formular o projeto da Constituição austríaca de 1920, como vimos no capítulo 1.

No entanto, o próprio conceito de “segurança jurídica”, quando empregado pela jurisprudência atual, revela um equívoco por parte de nossos tribunais, consistente em pretender controlar o *risco de dissenso* (BAHIA, 2005, p. 5), inerente às complexas sociedades atuais, e que deve ser encarado como algo saudável à democracia.

Com efeito, desde a Teoria dos Sistemas de Luhmann, o risco é visto como condição estrutural da evolução dos sistemas. Dentre eles, notadamente o sistema da Política, em que

o risco da democracia consiste hoje em permanecer permanentemente aberta à tematização pública, aos influxos comunicativos do ambiente, sob pena de que um fechamento cognitivo, dadas as atuais circunstâncias de acelerada evolução social, torne suas estruturas obsoletas e o próprio sistema seja incapaz de promover suas operações, sua autopoiese (BAHIA, 2005, p. 7).

No entanto, conforme atesta Alexandre Gustavo (2005, p. 8), a condição de risco inerente não é bem aceita. De fato, aparentemente a Política tenta criar, a todo tempo, e geralmente por meio do Direito, mecanismos para contornar esse risco. Dentre eles estão conceitos tais como “segurança jurídica” e “interesse social”. É o que se observa, por exemplo, no art. 27 da Lei nº 9.868/99⁵⁴.

Nota-se que os tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, reproduzem esses conceitos, numa tentativa também de controlar o risco inerente aos fenômenos sociais. Nesse contexto, e sob tais argumentos, acabam por barrar eventual discussão em massa a respeito da constitucionalidade de determinada lei no âmbito de outros tribunais.

⁵⁴ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Frente a tais constatações, Alexandre Gustavo assim sintetiza a atuação do Supremo Tribunal Federal:

(...) opera o Supremo Tribunal Federal como se pudesse, através de sua decisão, regular o futuro e até mesmo o passado, quando, como vimos, isso é altamente improvável, por desconhecer – por ser, aliás, impossível conhecer – entre outras coisas, que o futuro é incerto, que sua decisão provoca um sem número de outras decisões e eventos, ao invés de deixar a cada juiz a possibilidade de, aí sim, diante das consequências da decisão, poder operar para solucionar os problemas dela decorrentes (lidando com o risco no nível particular do caso concreto) (2005, p. 14).

Situação idêntica ocorre quando se pretende atribuir eficácia geral a todas as decisões no controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, como pretende a tese esposada pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 3445. Ou seja, num afã de estabilização e de “segurança jurídica”, suprime-se o ambiente de debate a respeito das questões constitucionais, visto que todos os demais casos idênticos deverão ser resolvidos com base no entendimento fixado pelo tribunal.

Esse cenário parece ir de encontro à concepção de Peter Häberle a respeito da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, conceito frequentemente invocado pela doutrina para, ironicamente, fundamentar institutos do controle concentrado de constitucionalidade (que, como o próprio nome sugere, representa inevitavelmente uma concentração da interpretação constitucional)⁵⁵.

Com efeito, Peter Häberle propõe uma transição “de uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição para uma interpretação constitucional *pela e para uma sociedade aberta*” (1997, p. 13 – grifo nosso). Tendo isso em vista, ele formulou a tese segundo a qual

no processo de interpretação de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-

⁵⁵ A respeito disso, recomenda-se a leitura do texto “Peter Häberle e a Lei 9.868/99 — abertura ou fechamento? Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Controle Concentrado de Constitucionalidade”, de Alexandre Gustavo, obtido no endereço <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/120407.pdf>. O autor demonstra que, não obstante Inocêncio Mártires Coelho afirmar (no texto “As ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 211, p. 125-134, jan/mar. 1998a.) que a Lei nº 9.868/99 inaugura a proposta de Peter Häberle no Brasil, essa legislação, na verdade, contraria a proposta de abertura defendida pelo autor alemão, pois aumenta a concentração do controle de constitucionalidade, centralizando a interpretação constitucional no Supremo Tribunal Federal.

se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (1997, p. 13).

Tendo em vista a concepção de sociedade aberta, nos termos acima expostos, “os critérios de interpretação constitucional hão de ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Não há dúvida de que vivemos numa sociedade extremamente complexa, em um país com dimensões territoriais continentais, com sensíveis disparidades regionais em termos de desenvolvimento econômico e social e um rico caldo cultural. Tendo por base a teoria de Peter Häberle, nota-se que um cenário de paulatina concentração da interpretação constitucional não se coaduna com a realidade social em que vivemos hoje.

Percebe-se que a interpretação constitucional responde aos anseios de uma concepção democrática de controle de constitucionalidade apenas quando possibilita ao maior número possível de agentes a participação na discussão, em um processo de abertura interpretativa que, inevitavelmente, aproxima o intérprete dos diferentes aspectos fáticos e normativos do caso concreto, possibilitando que se realize a justiça em sua melhor dimensão.

O reconhecimento de uma eficácia geral automática às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade parece ir de encontro a essas concepções. Caso vingue essa tese, suprimida estará a distinção, já tradicional na doutrina, entre os efeitos das decisões no controle difuso e as decisões no controle concentrado. Qualquer decisão de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal terá, obrigatoriamente, eficácia contra todos, independentemente do grau de amadurecimento do debate da questão constitucional nas vias ordinárias e na sociedade em geral. O que é mais grave: esse debate restará obstruído, frente ao dever, pelos magistrados, de respeitarem as decisões proferidas pelo STF com eficácia *erga omnes*.

Sublinhe-se, por fim, que a ausência de suspensão da lei pelo Senado não inviabiliza que o magistrado das instâncias ordinárias acolha, em suas decisões, entendimentos do STF consolidados em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ao seguir o posicionamento da Corte, o juiz estará fazendo nada menos do que, no exercício de um controle difuso de constitucionalidade, avaliar a legitimidade constitucional da lei ou ato normativo à luz do caso concreto, num exercício de autonomia interpretativa, no âmbito da qual está ele livre para acolher ou não a interpretação formulada pela Suprema Corte.

Disso distingue, essencialmente, o ato de reconhecer às decisões do STF em controle difuso uma eficácia *erga omnes* automática e com todos os efeitos disso decorrentes (por

exemplo, o cabimento de reclamação ao STF) o que, como visto, bloqueia a possibilidade de discussão da questão constitucional nos juízos ordinários, promovendo um fechamento da interpretação constitucional no âmbito do STF.

3.5 A tese da “abstrativização” à luz da Teoria da Argumentação de Klaus Günther

Por outro lado, caso vingue a tese defendida pelo relator e pelo Ministro Eros Grau, o STF estará reivindicando para si o papel de, ao lado das casas do Congresso Nacional, proferir preponderantemente discursos de justificação, incorrendo em equívoco tal que desvela um quadro de déficit democrático na atuação do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, se extrai da Teoria do Discurso de Klaus Günther que os processos de justificação e de aplicação normativas são processos essencialmente distintos, relativos, respectivamente, à atuação do legislador e do magistrado.

Por discursos da justificação normativa entende-se a fundamentação discursiva da validade das normas, a qual, segundo Klaus Günther, deve assegurar que a norma expresse um interesse geral em seu seguimento, ou seja, o qual é obtido pela consideração recíproca dos interesses de cada um (GÜNTHER, 1995, p. 278). Sendo assim, uma norma estaria fundamentada apenas se cada indivíduo fosse capaz de, por convicção, aprová-la.

Para que isso realmente ocorresse, deveriam ser cumpridas determinadas condições idealizadas de argumentação. Uma dessas condições ideais é os participantes possuírem um saber ilimitado e de um tempo infinito, de modo que poderiam prever todas as situações de aplicação da norma, com todas as suas consequências (GÜNTHER, 1995, p. 278).

No entanto, reconhece-se o caráter ideal e irrealizável desse critério de validade normativa, razão pela qual a validade da norma é apenas pressuposta, a partir de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Sendo assim, a etapa de justificação normativa acaba, inevitavelmente, por abstrair as possíveis incompatibilidades da norma com outras proposições do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a coerência normativa apenas realiza-se a partir de discursos de aplicação das normas ao caso concreto, quando o aplicador se confronta com as peculiaridades fáticas do caso e suas diversas dimensões normativas, a revelar, eventualmente, colisões entre normas aplicáveis apenas *prima facie* ao caso.

Nas palavras de Klaus Günther, “los participantes sólo saben con que normas puede colisionar una norma aplicable prima facie en una situación de aplicación si han señalado en

las normas aplicables todos los rasgos relevantes de una descripción de la situación” (GÜNTHER, 1995, p. 278).

Desse raciocínio sobressai a relevância dos discursos de aplicação, por meio dos quais busca-se a solução mais adequada ao caso concreto, tendo em vista suas peculiaridades. Conclui-se, portanto, que somente em nível de adequação atinge-se o ideal da norma perfeita ou a exigência de imparcialidade, impossível de ser obtida ao nível de justificação.

Esse aspecto da teoria de Klaus Günther se sofisticava quando compreendido à luz da teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin⁵⁶. Essa teoria sugere que cada decisão judicial proferida é uma decisão singular, com circunstâncias fático-normativas-temporais distintas, de modo que, para cada caso concreto, só pode haver uma decisão correta, oriunda de uma interpretação adequada às peculiaridades do caso concreto.

O direito como integridade cobra, ademais, um exercício da coerência com a história institucional. Desse modo, as decisões devem ser dotadas de singularidade, tendo em vista as peculiaridades da controvérsia que deu origem à intervenção judicial. No entanto, a decisão deve apresentar-se coerente com toda a prática judicial, tal como um novo capítulo de um romance em cadeia, ou seja, um romance em que cada novo capítulo é escrito por um novo autor.

Retomando o pensamento de Klaus Günther, vê-se, pois, que há uma clara distinção entre justificação e aplicação. Nos discursos de justificação, “o legislador político avalia um espectro ilimitado de razões normativas e pragmáticas, traduzidas à luz do código do direito” (PEDRON, 2008, p. 63). Nos discursos de aplicação, diferentemente, o aplicador dispõe de uma variedade mais limitada de normas, quais sejam, aquelas já escolhidas pelo legislador.

Portanto, está claro que nos discursos de justificação há um déficit de parcialidade, a qual só é garantida em sua inteireza quando dos discursos de aplicação normativa. Por outro lado, parece haver maior discricionariedade no ato do legislador, que substitui os agentes que apenas num contexto ideal e irrealizável teriam condições de reciprocamente reconhecer a validade da norma.

Nota-se, nessa medida, que os discursos de justificação exigem legitimação democrática, possuindo caráter essencialmente político.

A tese segundo a qual a generalidade das decisões proferidas pelo STF – no controle difuso e no controle concentrado – são dotadas de eficácia *erga omnes* subverte o papel da Corte, conferindo a ela a função de, preponderantemente, emitir discursos de justificação, vez

⁵⁶ Sobre o assunto, vide o capítulo 7 do livro *O Império do Direito* (2007).

que suas teses tornam-se aplicáveis *prima facie* aos demais casos concretos que tratem da mesma matéria, valendo, pois, como verdadeiras normas.

Por outro lado, observa-se que o STF é composto por 11 (onze) ministros, todos nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal⁵⁷. Essas pessoas em nenhum momento passam pelo crivo popular e não estão submetidas a nenhum tipo de controle externo. Além disso, por serem indicados pelo Presidente da República, sempre há o risco de, eventualmente, tais ministros decidirem monocraticamente ou votarem nas decisões colegiadas em orientação que melhor atenda os interesses do governo.

Nesse quadro, indaga-se a respeito de onde provém a legitimidade para que essas pessoas exerçam tamanho poder.

Poder-se-ia dizer que eles são legitimados pela própria Carta de 1988, que confere ao STF a guarda da Constituição. Mas será que essa competência ampla, de atribuir eficácia *erga omnes* à quase totalidade de suas decisões, encontra respaldo no texto constitucional? Aparentemente não. O que há na Constituição da República de 1988 é a previsão do art. 52, inc. X, fórmula colhida pelo constituinte desde 1934, devendo-se registrar que norma em sentido diverso chegou a ser sugerida na proposta de Emenda nº 16 à Constituição de 1967/69, tendo sido, no entanto, rejeitada.

A eficácia geral está prevista na Constituição somente para as ações de controle concentrado, o que decorre da feição que tradicionalmente se atribui a esse sistema. A nova interpretação que se pretende atribuir ao art. 52, X, diferentemente, parte de uma subversão da lógica do sistema difuso, bem como da subversão do sistema de controle de constitucionalidade desenhado pelo constituinte de 1988.

A “legitimação” para tamanho poder parece vir da própria atuação judicial do STF, que paulatinamente invoca para si novas competências, fundadas sempre no argumento de que aquilo tem sido feito na “prática”. Percebe-se, assim, que o STF incorre numa argumentação circular, que só amplia o poder de decisão da Corte, à margem da própria Constituição.

Portanto, a resposta à indagação proposta pelo relator da ação parece não ser tão simples quanto aquela fornecida por ele em seu voto, segundo a qual a única justificativa seria histórica.

A manutenção do controle difuso com sua feição original justifica-se pela importância desse sistema à promoção de um ambiente de abertura interpretativa, adequado à concepção

⁵⁷ Registra-se aqui que a opinião pública tende a reconhecer na participação do Senado Federal no processo de escolha dos ministros um caráter meramente protocolar, visto que os candidatos a ministro não são, de fato, “sabatizados” e nem avaliados a respeito de suas concepções sobre os temas constitucionais polêmicos da atualidade.

de Estado Democrático de Direito, além do fato de ser esse o modelo esculpido na Constituição de 1988, embora o relator da ação e o Ministro Eros Grau pretendam nos convencer do contrário.

Diferentemente do que argumentam os ministros, a “nova interpretação” sugerida para o art. 52, inc. X, não encontra apoio no texto constitucional e a prática constitucional que supostamente a confirma (tese da mutação constitucional) trata-se, na realidade, de uma prática caracterizada pela sistemática violação da Constituição da República de 1988, algo que deve ser combatido e que subverte a própria ideia de força normativa da Constituição, haurida dos ensinamentos de Konrad Hesse (2009), e na qual o STF e a doutrina constitucional constantemente se apoiam.

Vejamos o que ocorreu no caso concreto que originou a Reclamação nº 4.335/AC. Essa reclamação foi ajuizada com fundamento na ofensa à autoridade da decisão proferida no HC nº 82.959, pois o autor da ação pressupôs que essa decisão seria dotada de eficácia geral automática. Ou seja, pretende-se o reconhecimento de eficácia geral a uma decisão proferida em uma ação que tem, como função típica, a tutela de direito individual – liberdade de locomoção.

Analisemos as eventuais consequências disso, compreendendo o que ocorreu no caso concreto do HC nº 82.959.

Houve a impetração de um HC perante o STJ, que foi denegado com base na jurisprudência, então tradicional no STF, de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão de regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime integralmente fechado para os crimes hediondos. Em seguida, foi impetrado novo HC, desta vez no STF, onde, num julgamento apertado, de 6 votos a 5, prevaleceu a tese da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com fundamento no princípio da individualização da pena, tese que representa uma virada na jurisprudência do STF.

Cumprir registrar que os ministros que divergiram – Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e o então Ministro Presidente, Nelson Jobim – apresentaram em seus votos argumentos consistentes e até então dominantes na jurisprudência no sentido da constitucionalidade do pedido⁵⁸.

⁵⁸ Quanto a isso, registre-se que os Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie entenderam que o dispositivo impugnado na verdade não violaria o princípio da individualização da pena. Cada um deles demonstrou uma interpretação peculiar desse princípio e não menos relevante do que aquela em que se embasou o entendimento predominante ao final do julgamento. Eis trechos significativos dos votos de cada um dos mencionados ministros: “É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande

Observa-se, portanto, a incipiência do debate travado em torno da alegação de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. O STF possuía uma jurisprudência consolidada (HC 69.657/SP e HC 69.603/SP), com base na qual inúmeros habeas corpus foram denegados, em inúmeras instâncias. A partir de um habeas corpus impetrado em favor de um único condenado, a discussão foi reaberta e o tribunal, em quórum apertado, promoveu alteração na jurisprudência.

A essa decisão, caracterizada por um fechamento discursivo, pretende-se atribuir uma eficácia geral automática, sem que haja qualquer previsão constitucional nesse sentido.

Perceba-se, ademais, que, sendo vitoriosa a tese do relator e do Ministro Eros Grau, o Tribunal estará reconhecendo a sua atuação como legislador negativo no âmbito de uma ação individual, o habeas corpus; estará admitindo que, no âmbito de uma ação individual, o Tribunal casse do ordenamento jurídico uma norma posta pelo legislador, sem sequer ter legitimidade constitucional para isso; tudo isso em processo no qual o discussão sobre o tema foi bastante incipiente.

Se vingar o entendimento defendido pelo relator no julgamento da Reclamação nº 4335, o tribunal estará afirmando que, no julgamento do HC nº 82959, nada mais fez do que “corrigir” uma opção do legislador (a opção de, por questão de política criminal, fixar o cumprimento de pena dos condenados por crimes hediondos em regime integralmente fechado). Não que essa “correção” não seja possível ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, o meio adotado para isso parece bastante inadequado, pelas razões expostas nesse trabalho.

complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal, possa afetar todo o instituto. E mais, que possa essa restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição” (Voto da Ministra Ellen Gracie no HC nº 82.959, p. 160); “Na realidade, o postulado da individualização penal, presente o contexto em exame, tem por destinatário o próprio legislador, a quem compete, em função da natureza do delito e de todos os elementos que lhes são circunstanciais – e a partir de uma opção político-jurídica que se submete à sua inteira discricção – cominar, em momento de pura abstração, as penas respectivas e definir os correspondentes regimes de execução”. (Voto do Ministro Celso de Mello no HC nº 82.959, p. 179).

CONCLUSÃO

O trabalho é conclusivo no sentido de que muitos dos argumentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto para fundamentar uma suposta abstrativização do controle difuso são questionáveis, visto que partem de uma leitura equivocada e tendenciosa da relação entre sistemas de controle difuso e concentrado no Brasil.

Nesse aspecto, sobressai o argumento que observa uma relação de implicação entre ampliação de instrumentos de controle concentrado e enfraquecimento do controle difuso, como se houvesse uma hierarquia entre eles no que tange às virtudes de cada um na garantia da guarda da Constituição.

É certo que emendas à Constituição e atos legislativos alteraram nosso sistema, tornando-o muito mais complexo. Sem dúvida houve uma alargamento dos instrumentos de controle concentrado. No entanto, esse processo não implica uma pretensão de nulificação do controle difuso, como quer sugerir o relator da Reclamação nº 4335-5/AC. O que torna nosso sistema peculiar e sofisticado é justamente a convivência entre os dois modelos, que permite que extraiamos as virtudes de ambos.

Concluiu-se, ademais, que o reconhecimento de uma eficácia geral automática às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, sem a atuação do Senado Federal, parece ir de encontro à concepção de sociedade aberta dos interpretes da constituição, oriundo da Peter Häberle, segundo a qual quanto mais plural uma sociedade mais abertos serão seus mecanismos de interpretação.

Com efeito, caso vingue essa tese esposada pelos Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 4335-5/AC, suprimida estará a distinção, já tradicional na doutrina, entre os efeitos das decisões no controle difuso e as decisões no controle concentrado. Qualquer decisão de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal terá, obrigatoriamente, eficácia contra todos, independentemente do grau de amadurecimento do debate da questão constitucional nas vias ordinárias e na sociedade em geral. O que é mais grave: esse debate restará obstruído, frente ao dever, pelos magistrados, de respeitarem as decisões proferidas pelo STF com eficácia *erga omnes*.

A par dessa conclusão, cumpre ressaltar que a ausência de suspensão da lei pelo Senado não inviabiliza que os magistrados das instâncias ordinárias acolham, em suas decisões, o entendimento do STF consolidado em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ao seguir o posicionamento da Corte, o juiz estará fazendo nada menos

do que, no exercício de um controle difuso de constitucionalidade, avaliar a legitimidade constitucional da lei ou ato normativo à luz do caso concreto, num exercício de autonomia interpretativa, no âmbito da qual está ele livre para acolher ou não a interpretação formulada pela Suprema Corte.

Disso distingue, essencialmente, o ato de reconhecer às decisões do STF em controle difuso uma eficácia *erga omnes* automática, com todos os efeitos disso decorrentes (por exemplo, o cabimento de reclamação ao STF), o que, como visto, bloqueia a possibilidade de discussão da questão constitucional nos juízos ordinários, promovendo maior concentração da interpretação constitucional no âmbito do STF.

Por fim, concluiu-se, à luz da Teoria da Argumentação de Klaus Günther, que a tese segundo a qual a generalidade das decisões proferidas pelo STF – no controle difuso e no controle concentrado – são dotadas de eficácia *erga omnes* subverte o papel da Corte, conferindo a ela a função de, preponderantemente, emitir discursos de justificação, próprios do legislador, vez que suas teses tornar-se-iam aplicáveis *prima facie* aos demais casos concretos também no controle difuso.

Esse cenário desvela um quadro de déficit democrático na atuação do Supremo Tribunal Federal, composto por pessoas que em nenhum momento passam pelo crivo popular e não estão submetidas a nenhum tipo de controle externo. Por outro lado, não há que se falar que tal legitimação é atribuída pela própria Constituição de 1988, visto que esse poder amplo, de proferir decisões com eficácia *erga omnes* também no exercício do controle difuso, não está previsto no texto constitucional.

A eficácia geral está prevista na Constituição Federal somente para as ações de controle concentrado, o que decorre da feição que tradicionalmente se atribui a esse sistema. A nova interpretação que se pretende atribuir ao art. 52, inc. X, da Constituição, parte de uma subversão da lógica do sistema difuso, bem como de uma subversão do sistema de controle de constitucionalidade desenhado pelo constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

Livros

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Atualização: Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russell, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de inconstitucionalidade das leis no direito brasileiro**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreiras Mendes. Fabris Editor: Porto Alegre, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O Controle Judicial de Constitucionalidade** (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Tradução: Américo Lobo. Brasília: Série Arquivos do Ministério da Justiça, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS; Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO; Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Tássia Baia. **Stare decisis e a aplicação do precedente no sistema norte-americano**. Trabalho de conclusão de curso apresentado para a obtenção de grau de Bacharel em Direito. Belém-PA, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional**. In: *Direito Público*, n. 02 (out-nov-dez/2003). Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público.

Artigos

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Constituição, política e judiciário em uma sociedade de risco permanente: um ensaio a partir da teoria dos sistemas**. *Revista Eletrônica Metacritica*, Lisboa, v. 6, p. 1-16, 2005.

_____. **Peter Häberle e a Lei 9.868/99 — abertura ou fechamento? Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Controle Concentrado de Constitucionalidade**”. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/120407.pdf>> Acesso em: ago 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista Consultor Jurídico*. 22/dez/2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em out 2009.

CANCELLA, Carina Bellini. **Da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://magnacarta.dominiotemporario.com/doc/12-Da_Abstrativizacao_do_Control_Difuso_de_Constitucionalidade.pdf>. Acesso em ago 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos: 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em ago 2012.

GÜNTHER, K. **Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentaci n Jurídica**. DOXA [Publicaciones Periódicas]. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo, Alicante, ESPANHA, n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf>. Acesso em out 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A distinção entre jurisdição e legislação no pensamento jurídico de Klaus Günther**. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008.

LIRA, Daniel Ferreira de; MACEDO, Jackeline Queldma de Oliveira. **Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. In:  mbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11562>. Acesso em ago 2012.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3718.pdf>>. Acesso em ago 2012.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82959, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959.NUME.+OU+82959.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em jul 2012.