

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Lorena Bezerra Marques

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE  
DIFUSO-CONCRETO DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

**(O Papel do Senado Federal diante da teoria  
da transcendência dos motivos  
determinantes)**

**Brasília/DF**

**Dezembro de 2009**

Lorena Bezerra Marques

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO CONCRETO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: O papel do Senado Federal diante da  
teoria da transcendência dos motivos determinantes

Monografia apresentada como  
requisito à obtenção do título de  
Especialista em Direito  
Constitucional, no curso de pós-  
graduação *lato sensu* do Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Professora Inês Porto

Brasília - DF

2009

Lorena Bezerra Marques

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO CONCRETO DE  
CONSTITUCIONALIDADE: O papel do Senado Federal diante da  
teoria da transcendência dos motivos determinantes

Monografia apresentada como  
requisito à obtenção do título de  
Especialista de Direito  
Constitucional, no curso de Pós-  
Graduação *lato sensu* do Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_,  
com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_)

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## RESUMO

A Constituição ocupa o topo do ordenamento jurídico. Responsável pela organização do Estado e de seus Poderes. Assegura direitos e garantias fundamentais. Supremacia sobre as demais espécies normativas. Relevância do tema em razão da influência exercida na sociedade.. Necessidade de controle de constitucionalidade para manutenção de sua força normativa. Controle de constitucionalidade no direito comparado. Definição e análise dos modelos de controle. Evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. Exame dos efeitos aplicados. Confronto entre os modelos adotados no Brasil. Inovações no recurso extraordinário e no mandado de injunção. Tendência de aproximação entre o sistema difuso e o concentrado. Teoria da transcendência dos motivos determinantes para garantir a unidade da Constituição. Pesquisa sobre seus fundamentos e finalidades. Hermenêutica do art. 52, X, da Constituição da República. Atribuição do Senado Federal no modelo difuso de controle de constitucionalidade. Questionamento acerca da possibilidade de mutação constitucional. Análise de argumentos. Estudo de precedentes jurisprudenciais.

## **ABSTRACT**

The Constitution is in the top of the legal system. She is responsible for the organization of the State and its attributes. Establish fundamental rights and guarantees. Supremacy over all legal species. Relevant theme because of the enormous influence over the society. Need to control the constitutionality of legal acts in order to support its power. Constitutionality's control in comparative Law. Definition and analysis of the models to exercise control. Evolution of the constitutionality's control in Brazil. Study about the effects. Comparison between the models adopted in Brazil. Inovations in the extraordinary appeal and writ of injunction. Tendency of approach the systems. Transcendency of the fundamental motives in the decision theory to assure the unity of the Constitution. Research about the fundaments and purposes. Interpretation of the art. 52, X, of the Federal Constitution. Role of Federal Senate in the concrete control of constitutionality. Inquiry about the possibility to do informal interpretation of the Constitution. Arguments's analysis. Study of the judicial precedents.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADC – Ação direta de constitucionalidade.

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade.

ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental.

ART. – Artigo.

CF – Constituição Federal.

CPC – Código de Processo Civil.

EC – Emenda Constitucional.

MI – Mandado de Injunção.

RE – Recurso extraordinário.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral.

# SUMÁRIO

## Introdução

### **1. Noções sobre Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**

#### 1.1. Evolução histórica

#### 1.2. Sistemas de Controle

##### 1.2.1. Controle de Constitucionalidade no direito comparado

##### 1.2.2. Controle de Constitucionalidade Difuso

###### 1.2.2.1. Efeitos da Decisão

- a) Regra Geral;
- b) Art. 52, X, CF;

###### 1.2.2.2. Recurso Extraordinário

- a) Hipóteses de cabimento;
- b) Requisito da repercussão geral;
- c) Dispensa de pré-questionamento;

###### 1.2.2.3. Mandado de Injunção

- a) Efeito clássico;
- b) Tendência atual;

##### 1.2.3. Controle de Constitucionalidade Concentrado

##### 1.2.4. Comparativo entre os Sistemas

###### 1.2.4.1. Distinção;

###### 1.2.4.2. Pontos de aproximação;

#### 1.3. Fenômeno da Mutação Constitucional

### **2. Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes no controle difuso**

#### 2.1. Conceito

##### 2.1.1. Origem;

##### 2.1.2. Fundamentos;

2.1.3. Diferença entre a transcendência dos motivos determinantes e a inconstitucionalidade por arrastamento;

#### 2.2. Jurisprudência

### **3. O Papel do Senado**

3.1. Art. 52, X, CF x Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes

3.2. Análise Crítica da Teoria

3.2.1. Argumentos a favor

3.2.2. Argumentos contra

3.2.3. Discussão do tema

### **Conclusão**

### **Referências Bibliográficas**

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal completou, em 05 de outubro de 2008, 20 (vinte) anos de existência. Essa data marcou a redemocratização do país, com uma maior preocupação em relação aos direitos fundamentais.

Ao Supremo Tribunal Federal coube a guarda da Constituição. A jurisdição constitucional tem por dever assegurar a força normativa da norma fundamental, bem como, através de suas decisões, garantir-lhe a máxima efetividade.

Em busca desse mister é que a Corte Constitucional tem inovado na jurisprudência. Há uma tentativa de conferir maiores poderes ao órgão máximo do Judiciário Nacional.

O controle de constitucionalidade, como instrumento primordial de garantia da supremacia da Constituição, tem uma sistemática complexa, ora discutindo a lei em tese, ora como fundamento de um caso concreto. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado uma tendência de aproximação entre essas duas metodologias; visa justamente aplicar efeitos genéricos à decisão de uma demanda subjetiva.

Esse novo raciocínio hermenêutico quanto ao controle de constitucionalidade recebeu a denominação de Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes.

A relevância do tema deve-se ao fato de que a aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade, proposta pela jurisdição constitucional, requer previamente uma reforma da Constituição. Discute-se até que ponto pode o Poder Judiciário interferir na vontade do constituinte originário.

O presente trabalho visa justamente abordar esse questionamento. Tem por objetivo entender a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, desde o seu surgimento até o momento atual de abstrativização do controle difuso.

No capítulo I faz-se uma breve retrospectiva sobre o controle de constitucionalidade, diferenciando os modelos concentrado e difuso, bem como relacionando os aspectos em que se assemelham. Procurou-se também tratar sinteticamente sobre o instituto da mutação constitucional, instrumento utilizado pela jurisprudência para justificar a reforma constitucional que viabilizaria a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Já o capítulo II tem por fim descrever a referida teoria, demonstrando a sua origem e os fundamentos sobre a qual se pauta. A análise dos casos mais relevantes é importante para entender os motivos que levaram o Poder Judiciário a decidir da maneira como decidiu.

Quanto ao capítulo III, buscou-se discutir a possibilidade de aplicação dessa teoria no controle difuso, se é cabível uma nova interpretação do inciso X, do art. 52, da CF/88. Fez-se uma abordagem dos principais argumentos a favor e contra a tese.

Para viabilizar o estudo do tema foi necessário uma leitura da doutrina, bem como da jurisprudência, uma vez que somente com o aprofundamento das opiniões que versam sobre a matéria seria possível a sua compreensão.

Importante ressaltar que o trabalho monográfico não objetiva esgotar o assunto, visto ser extremamente novo e altamente relevante. Ainda há muito o que ser explorado e cientificado sobre o tema; pois é preciso tempo razoável, que seja suficiente para o amadurecimento da teoria.

# 1. NOÇÕES SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

## 1.1 Evolução histórica

O Controle de Constitucionalidade pressupõe a máxima de supremacia constitucional. O ordenamento jurídico tem como ponto de partida e fundamento a Constituição do Estado, que serve de parâmetro a ser observado pelas demais espécies normativas.

A Constituição configura um instrumento de organização do Estado, na medida em que estabelece os poderes conferidos a este, bem como as limitações atinentes ao seu exercício, evitando que haja uma sobreposição do Poder Público sobre o povo, que é o verdadeiro titular do Poder Constituinte Originário.

Konrad Hesse define a Constituição como “ordem jurídica fundamental da coletividade, que estabelece as diretrizes e os limites da legislação vindoura; tem por fim apenas regulamentar o essencial, não se confundindo com codificação.” (*apud* MENDES *et al*, 2007, p. 950).

Conforme Kelsen, em a Teoria Pura do Direito (*apud* MORAES, 2007, p. 675):

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Em face da relevância jurídica e política atribuída a Constituição, é que se faz necessário um controle de constitucionalidade das normas editadas com fundamento nela. A rigidez constitucional é que garante a supremacia da norma fundamental, sendo o controle de constitucionalidade o instrumento para manutenção desse *status*.

Há diversas formas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto. A diferença entre eles corresponde basicamente ao órgão que realizará efetivamente o controle, político ou jurisdicional. O controle misto, como é possível depreender da própria nomenclatura, corresponde à junção das duas outras formas, com atuação política e jurisdicional coexistentes.

Assim, como há diversas formas de controle, o realizado pelo Poder Judiciário também pode se manifestar por meio de sistemas distintos, que são divididos em difuso e concentrado.

No Brasil há aplicação dos dois sistemas de controle de constitucionalidade, na medida em que se confere atribuição ao Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de forma concentrada e objetiva, bem como a todos os demais juízes a possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade das normas na análise do caso concreto. Vale ressaltar que a Suprema Corte também participa do controle difuso quando decide recurso extraordinário.

Em razão da relevância do assunto convém lembrar como se deu a implementação do controle de constitucionalidade no Brasil, a fim de entender a tendência atual do pensamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

#### *Constituição Imperial – 1824*

Esta carta sofreu forte influência do direito francês, quando dividiu os poderes em quatro: Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário. Além, da influência francesa, como bem observou Pedro Lenza, houve também inspiração no direito inglês, na medida em que se conferiu uma Supremacia ao Parlamento, como detentor do verdadeiro sentido da norma (2008, p.124).

Segundo Clèmerson Merlin Clève, “O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação”, o que “impediu a

emergência da fiscalização jurisdicional” (LENZA, 2008, p. 124). Atuava o Imperador como a “chave de toda a organização política”, para “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos”, conforme os dizeres de Dirley da Cunha Jr. (2009, p. 290).

Percebe-se, portanto, que, em face do modelo constitucional adotado, baseado na separação de poderes, bem como a hipertrofia conferida ao Poder Legislativo, não havia espaço para atuação relevante do Poder Judiciário. Era o Poder moderador quem exercia essa função de “fiscalização” sobre os demais poderes.

Dessa forma, a Constituição Imperial foi omissa quanto ao controle de constitucionalidade, pois não estabeleceu regras acerca do assunto.

A característica principal desse momento histórico era, de fato, a inexistência de controle jurisdicional de constitucionalidade.

#### *Constituição de 1891*

A Constituição de 1891 tinha por finalidade inovar o sistema de governo, transformando-o de monárquico para republicano.

Com a instituição da República, era necessária uma nova ordem constitucional que retratasse os ideais republicanos da época. A constituição de 1891, inspirada na carta norte-americana, consagrou pela primeira vez o controle de constitucionalidade jurisdicional no Brasil. Estabeleceu-se o modelo difuso de controle, que permanece até hoje em nosso ordenamento jurídico.

A discussão da constitucionalidade das leis se aproximou do povo, tendo em vista que permitia a análise do caso concreto, sob o enfoque da validade constitucional de uma norma, por qualquer juiz ou tribunal.

#### *Constituição de 1934*

A principal meta da Constituição de 1934 era o bem-estar social. Inspirando-se na Constituição alemã de Weimar (1919), consagrou direitos sociais e econômicos, bem como os relativos à família, à educação e à cultura. Conforme expressão utilizada por Josaphat Marinho o Brasil passou por um “sopro de socialização” (*apud* CUNHA JR., 2009, p. 493).

Além das inovações acerca dos direitos fundamentais, houve também incremento do sistema de controle de constitucionalidade. O controle difuso foi mantido, porém a Constituição de 1934 trouxe como novidades a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a exigência de observância da cláusula da reserva de plenário, e a atribuição ao Senado Federal para suspender norma declarada inconstitucional por decisão definitiva da Suprema Corte.

A ação interventiva mencionada era, na verdade, uma representação do Procurador-Geral da República ao Senado Federal, com vistas a resguardar o pacto federativo; era necessária uma lei interventiva, de iniciativa privativa desta casa legislativa, e a correspondente declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, para conferir eficácia à intervenção federal propugnada. Conforme o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, esta hipótese configurava “talvez a mais fecunda e inovadora alteração” (*apud*, LENZA, 2008, p. 125).

Essa representação interventiva, como bem observa José Afonso da Silva simbolizou a primeira expressão do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, contudo, ainda distante do modelo originário europeu. (*apud*, CUNHA JR., 2009, p. 292).

### *Constituição de 1937*

A Constituição de 1937 rompeu com o regime consagrado em 1934, marcando o início do regime totalitário no Brasil. Por ter sido elaborada com base na constituição polonesa de 1935, foi denominada pela doutrina de “Constituição Polaca”.

Uma das principais características desse texto fundamental refere-se à intervenção do Poder Executivo no controle de constitucionalidade. O constituinte permitiu que o Presidente da República pudesse submeter novamente ao legislativo uma lei declarada inconstitucional de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme aponta a doutrina, houve um retrocesso se comparado com o regime anterior, na medida em que retira das mãos do Judiciário a última palavra sobre a análise da constitucionalidade. No dizer de Celso Bastos, “instituiu-se uma peculiar modalidade de revisão constitucional” (*apud*, MENDES *et al*, 2007, p. 987),. Pedro Lenza afirma que houve um desproporcional fortalecimento do Executivo (2008, p. 126).

Ressalta-se ainda que, a carta de 1937, em seu art. 94, conferiu às questões exclusivamente políticas o mesmo tratamento estabelecido na constituição de 1934, tendo em vista que o Poder Judiciário continuou impedido de apreciar tais aspectos.

### *Constituição de 1946*

Após a queda de Getúlio Vargas e o rompimento com a ditadura por ele imposta, a constituição de 1937 não fazia mais sentido. A redemocratização pela qual passava o país clamava por uma nova ordem constitucional. A Constituição de 1946 visava justamente retratar os ideais democráticos deixados de lado pela constituição anterior.

Dentre as principais características desse período está a retirada de amplos poderes do Poder Executivo. Houve um reequilíbrio entre os Poderes da República.

Houve ainda a manutenção da cláusula de reserva de plenário, bem como a atribuição para o Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional no. 16/1965 criou a ação direta de inconstitucionalidade genérica, de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Foi o verdadeiro estabelecimento do modelo concentrado de constitucionalidade no Brasil, dessa vez se aproximando mais do método proposto por Kelsen.

Outra importante inovação foi o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade no âmbito estadual. A EC no. 16/1965 instituiu o referido mecanismo sob a forma de uma representação, de competência dos Tribunais de Justiça, permitindo assim o controle das normas municipais em face da Constituição Estadual.

Dirley da Cunha Jr. faz uma importante observação (2009, p. 294):

Destarte, já aqui se encontrava perfeitamente definido um modelo misto ou eclético de controle judicial de constitucionalidade, que combinava os sistemas difuso-incidental, (...), e concentrado-principal, (...). O sistema concentrado-principal, no entanto, encontrava-se até então limitado às ações diretas de inconstitucionalidade por ação (representação genérica) e de inconstitucionalidade interventiva (representação interventiva).

#### *Constituição de 1967/1969*

A Constituição de 1967 praticamente manteve os mecanismos de controle de constitucionalidade já consagrados. Tanto o controle difuso, como ação direta de inconstitucionalidade foram mantidas, nos exatos termos fixados no regime constitucional anterior.

Apenas em determinados pontos houve interferência da nova carta, dentre as quais é possível citar a ampliação do conteúdo da ação interventiva, na medida em que, além de assegurar os princípios constitucionais sensíveis, passou também a assegurar a execução de lei federal.

Com o estabelecimento da possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade em âmbito estadual, a atribuição de suspender o ato normativo estadual ficou com o Presidente da República, diferenciando-se

assim do controle em âmbito nacional, que conferia essa tarefa de suspensão ao Senado Federal.

Apesar de mantido o controle de constitucionalidade em âmbito estadual na constituição de 1967, inicialmente o texto não incorporou o controle das leis municipais em face da constituição estadual instituído pela EC no. 16/1965. Somente com a EC no. 1/1969, é que foi expressamente autorizado esse mecanismo de controle abstrato, com o fim de intervenção no município.

Em 1977, com a EC no. 7, mais uma vez ampliou-se o conteúdo da ação interventiva. A partir de então, possibilitou-se o controle para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, com o objetivo de que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse sobre qual a exegese compatível com ordenamento constitucional. Era uma forma de consolidar a interpretação das normas.

Importante aspecto quanto à representação de inconstitucionalidade que deve ser destacado, refere-se ao caráter dúplice apontado pela doutrina. Essa característica de ambivalência do instituto se deve ao fato de que o Procurador Geral da República não estava obrigado a estar convencido sobre a inconstitucionalidade da norma para deflagrar o processo de controle abstrato. Era necessária apenas a existência de controvérsia constitucional, podendo inclusive manifestar-se, ao final, pela improcedência do pedido, o que se equiparava, na verdade, a um requerimento de declaração de constitucionalidade.

Conforme MENDES *et al* (2007, p.999):

A existência de controvérsia constitucional relevante configurava a objetivação da necessidade de o Procurador Geral da República submeter a arguição ao Supremo Tribunal, ainda quando estivesse convencido de sua improcedência. Em outros termos, configurada controvérsia constitucional relevante, não poderia o Procurador Geral da República furtar-se ao dever de submetê-la ao Supremo Tribunal Federal, ainda que se manifestando pela improcedência do requerimento (pedido de declaração de constitucionalidade).

*Constituição de 1988*

A Constituição de 1988 trouxe diversas inovações no que diz respeito à matéria controle de constitucionalidade.

A representação interventiva foi mantida no atual regime constitucional. Constitui pressuposto fático e jurídico necessário para a intervenção federal nos estados, ou destes nos seus municípios.

No campo dos direitos fundamentais houve significativas alterações, com o surgimento de novos direitos e garantias. Dentre elas importante citar o nascimento do mandado de injunção, como um remédio constitucional para coibir uma omissão legislativa que está a impedir o exercício de um direito constitucionalmente garantido.

Em consonância com a linha de pensamento do mandado de injunção, a Constituição de 1988 também criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que tem por objetivo controlar a omissão legislativa de maneira abstrata e concentrada.

Em relação ao controle abstrato das normas merece destaque alteração referente à ampliação do rol de legitimados a deflagrar o processo de controle. Antes o único legitimado era o Procurador Geral da República, e além do mais, ainda se discutia na doutrina sobre a facultatividade ou obrigatoriedade de dar início ao controle. Hoje, o chefe do Ministério Público Federal é apenas um dos legitimados, e não mais o exclusivo.

Essa alteração no rol de legitimados, de acordo o pensamento de MENDES *et al*, acabou por fortalecer e prestigiar o sistema abstrato de controle (2007, p. 1003):

A constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato das normas.

Posteriormente, em 1993, surgiu com a EC no. 3, a chamada Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Essa nova modalidade de ação veio para por fim às controvérsias judiciais acerca da aplicação de determinadas normas. Algumas normas causavam interpretações divergentes, com sentidos normativos incompatíveis entre si, e por conseqüência, implicando em decisões judiciais contrárias sobre fatos semelhantes.

Vale ressaltar que, originariamente, a ADC nasceu distinta da ação direta de inconstitucionalidade genérica, pois além de ter um rol de legitimados reduzido em relação a esta última, ainda tinha como objeto de controle apenas a lei ou ato normativo federal, não se aplicando sobre os atos normativos estaduais.

Contudo, com a EC no. 45/2004, a ADC passou a ter os mesmos legitimados da ADI genérica, bem como os mesmos efeitos, demonstrando assim o caráter dúplice ou ambivalente dessas duas ações. A única diferença que ainda reside se refere ao objeto, pois a ADC continua sendo aplicável somente no âmbito federal.

Além das inovações já apontadas, como o nascimento do mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; a ampliação do rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade genérica; e a positivação da ação declaratória de constitucionalidade; foi ainda incorporada ao regime constitucional brasileiro a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A ADPF veio expressamente prevista no texto de 1988, porém só veio a ser regulamentada em 1998, com a Lei no. 9.882. Essa argüição configura na verdade uma modalidade residual, somente será aplicada quando não houver outro meio de controle abstrato que possa ser utilizado. É excepcional diante dos demais mecanismos.

## **1.2 Sistemas de Controle**

### **1.2.1 Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado**

Como a Constituição consiste num instrumento de organização do Estado é lógico que ocupe o topo do ordenamento jurídico. Essa supremacia atribuída a Carta Magna é que garante unidade ao sistema, tendo em vista que as demais normas devem partir deste documento, bem como devem ser interpretadas de acordo com ele.

Para assegurar a supremacia constitucional é necessária a existência de mecanismos que invalidem e impeçam a vigência de normas incompatíveis com os valores constitucionais. É somente, com o controle efetivo das normas constitucionais que se tem garantida a estabilidade do sistema.

Nesse sentido, Raul Machado Horta (*apud*, SALDANHA, 2005):

O controle de constitucionalidade das leis é o corolário lógico da supremacia constitucional, seu instrumento necessário, o requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito meramente platônico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repositório de bons conselhos, para uso esporádico ou intermitente do legislador, que lhe pode vibrar, impunemente, golpes que a retalham e desfiguram.

Ocorre que, partindo da premissa que a Constituição é o documento mais importante do Estado, tendo como objetivo organizar-lhe e distribuir os poderes, e assegurar direitos e garantias ao seu povo, refletirá os valores desta sociedade no momento histórico de sua edição. Dessa forma, o controle de constitucionalidade não é uma fórmula estanque, e sim dinâmica; além de possuir diversos modelos, também evolui de maneira diferente nos países, a depender do sistema adotado.

De maneira emblemática, mas também antagônicos, há os sistemas norte-americano e austríaco. São emblemáticos porque são as raízes mais importantes do controle de constitucionalidade, decorrendo os demais sistemas das premissas por eles fixadas.

No sistema norte-americano encontra-se o modelo difuso de controle de constitucionalidade, que surgiu em 1803 com o caso emblemático *Marbury x Madison*. A qualquer juiz é permitida a análise da constitucionalidade da norma diante de um caso concreto. Já o sistema austríaco, surgido em 1920, proposto por Kelsen, tem por fim analisar a constitucionalidade da norma em si, desvinculada de uma questão subjetiva, ou seja, de forma objetiva.

Pedro Lenza, em estudo sobre os referidos sistemas, aponta as diferenças entre a teoria da anulabilidade do sistema austríaco e a teoria da nulidade do sistema norte-americano (2008, p.118). Na primeira teoria, defendida por Hans Kelsen a decisão da corte constitucional tem eficácia constitutiva, ou seja, somente a partir desse momento a norma infraconstitucional pode ser considerada inconstitucional. Na teoria da nulidade, como ensina Buzaid, a sentença não qualifica de inconstitucional a norma posta em cheque, mas sim declara que padece desse vício desde a sua edição; trata-se de vício congênito, conforme elucida o autor em sua obra (*apud*, LENZA, 2008, p. 118).

Na Alemanha há, simultaneamente, aspectos do controle difuso e do concentrado. Entretanto, importante ressaltar que não se trata de coexistência propriamente dita, pois se admite que qualquer juiz reconheça no caso concreto a inconstitucionalidade de uma norma, o que demonstra traços do sistema difuso, porém somente a corte constitucional poderá declarar esse vício, o que evidencia o aspecto de controle de constitucionalidade concentrado.

O ordenamento jurídico germânico, de acordo com Gilmar Mendes, incorporou o princípio da nulidade das normas inconstitucionais, mas também adotou outras técnicas de controle para as situações de lacunas ou omissões, como o “apelo ao legislador”, “situação ainda constitucional” e a “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” (*apud*, LENZA, 2008, p. 122).

A França, na contramão do restante da Europa, que seguia os passos de Kelsen, optou pelo sistema político de controle de constitucionalidade.

Entenderam os franceses que o controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos, e por tal razão, um órgão distinto dos demais poderes (executivo, legislativo e judiciário) deve ser o responsável por essa avaliação.

Conforme Pedro Lenza (2008, p. 118):

(...) a maioria da doutrina brasileira acatou, inclusive por influência do direito norte-americano, a caracterização da teoria da nulidade, ao se declarar a de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (afetando o plano da validade).

Trata-se, nesse sentido, de ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, qual seja, o “vício congênito, de “nascimento” do ato normativo.

Todavia, com o avanço do constitucionalismo, e por conseguinte, da jurisprudência pátria, tem ocorrido uma flexibilização da referida teoria, em nome de princípios como segurança jurídica e boa-fé (LENZA, 2008, p. 122).

### **1.2.2 Controle de Constitucionalidade Difuso**

O Controle Difuso de constitucionalidade, conforme apontado no histórico descrito, foi o primeiro modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, tendo surgido inicialmente com a constituição republicana de 1891, e mantido até hoje no ordenamento jurídico pátrio.

Antes de adentrar propriamente no controle difuso convém distinguir as denominações controle difuso e controle concreto. Controle difuso é aquele que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, essa classificação entre controle difuso e concentrado refere-se ao órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade. Já a denominação controle concreto corresponde à finalidade do controle, que no caso visa à proteção de direitos subjetivos, ou melhor, surge a partir do caso concreto levado a apreciação do Poder Judiciário; que se contrapõe ao controle abstrato, que tem por finalidade proteger a ordem constitucional objetiva. No Brasil todo controle difuso é concreto. Quanto ao controle concentrado, em regra será abstrato, mas excepcionalmente será difuso, quando se tratar de ADI interventiva, processo envolvendo União e Estado-membro.

Um aspecto importante sobre esse mecanismo de controle é o fato de a inconstitucionalidade, por ser uma questão de ordem pública, não depender de argüição das partes para ser apreciada pelo magistrado, como é possível extrair da doutrina de Lúcio Bittencourt: “Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes” (*apud*, MENDES *et al*, 2007, p. 1013).

A Constituição de 1988 traz uma exigência para a declaração de inconstitucionalidade incidental. Quando um tribunal estiver diante da alegação de inconstitucionalidade, o processo deverá ser remetido ao pleno ou órgão especial para decidir acerca da controvérsia constitucional. O relator monocraticamente, ou até mesmo o órgão fracionário, não possuem competência, para decidirem sobre a inconstitucionalidade questionada, nos termos do art. 97.

De acordo com Lúcio Bittencourt: a regra do art. 97 configura uma verdadeira “condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público” (*apud*, LENZA, 2008, p. 147).

Entretanto, salienta-se que a observância da cláusula da reserva de plenário não é absoluta, cedendo espaço para a decisão monocrática quando o próprio Supremo Tribunal Federal já tiver se manifestado acerca do assunto. Sobre a matéria, manifestou-se Pedro Lenza (2008, p. 147):

No entanto, enaltecendo o princípio da economia processual, da segurança jurídica e na busca da desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, vem-se percebendo a inclinação para a dispensa do procedimento do art. 97 toda vez que já haja decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria.

O art. 481, do Código de Processo Civil, em conformidade com a exigência constitucional e o raciocínio elucidado no parágrafo anterior, estabeleceu as hipóteses em que poderá ser afastada a cláusula da reserva de

plenário, que são: quando já houver pronunciamento do pleno ou órgão especial do tribunal ou do plenário do STF sobre o assunto.

Essa necessidade de apreciação da inconstitucionalidade pelo órgão máximo do tribunal fundamenta-se na maior discussão acerca da matéria, levando em consideração todas as implicações jurídicas, sem adentrar especificamente no mérito do caso concreto. Após a decisão do pleno ou órgão especial, o processo deverá retornar para o órgão fracionário de origem, para a decisão de mérito.

#### 1.2.2.1 Efeitos da Decisão

##### a) Regra Geral

O Controle difuso, assim denominado pelo fato de poder ser apreciado por qualquer juiz ou tribunal de forma incidental, e preocupado com a constitucionalidade das normas diante do caso concreto, possui *a priori* efeitos apenas *inter partes*. Como essa modalidade de controle é utilizada pelas partes na defesa de um direito no curso de um processo, também recebe a denominação de controle por via de exceção ou defesa. A nomenclatura controle difuso, na verdade, também se deve ao fato de que a norma não é analisada sobre o prisma objetivo, isto é, não é apreciada a norma em si, mas ligada ao direito subjetivo das partes discutido no processo.

No controle incidental, a questão acerca da inconstitucionalidade da norma configura apenas questão prejudicial ao pedido, não se confundindo com o próprio pedido. A inconstitucionalidade é, na verdade, a causa de pedir do processo; a partir do entendimento adotado acerca da controvérsia, o julgador deverá decidir sobre o pedido. Conforme Alfredo Buzaid (*apud*, MENDES *et al*, 2007, p. 1014):

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.

Pois bem, por se tratar de apreciação de um caso concreto, os efeitos da decisão não poderiam ultrapassar as partes envolvidas no litígio, pois, estabelece o Código de Processo Civil que, somente quem participou do processo pode ser atingido pela coisa julgada. Ademais, apenas o dispositivo da sentença vincula as partes, e não os seus motivos.

Além dos efeitos da decisão só valerem para o processo em que foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, é também efeito clássico do controle difuso a retroatividade. A norma será considerada, para o caso em questão, nula desde a sua edição, não produzindo nenhum efeito jurídico para os litigantes.

Todavia, há casos em que o próprio Supremo Tribunal Federal admite efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. O *leading case* foi o recurso extraordinário n°. 197.917, quando a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade de número de vereadores desproporcionais com a quantidade de habitantes do município. Nessa ocasião determinou que a decisão de proporcionalidade fosse aplicada aos demais municípios da federação, bem como que fossem respeitados os mandatos dos que já se encontravam exercendo a vereança. Ou seja, deu-lhes efeitos somente para frente. Registra-se ainda, uma aplicação de efeitos *erga omnes* a essa decisão de controle difuso, tendo em vista, que a determinação de conformação do número de vereadores foi estendida a todos os municípios brasileiros.

b) Art. 52, X, CF/88

De acordo com a regra geral os efeitos da decisão no controle difuso somente se aplicam às partes abrangidas no litígio; dessa forma não atinge terceiros, estranhos à relação processual.

Ocorre que, mais uma vez visando em razão da economia processual, de modo a evitar que várias pessoas ingressem com ações na justiça

pleiteando decisões no mesmo sentido, a própria Constituição estabeleceu uma possibilidade de extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

O art. 52, X, CF/88 permite que o Senado Federal, através de resolução, suspenda a execução de lei declarada inconstitucional, de forma definitiva pelo STF. Cabe ao Senado dar eficácia *erga omnes* a uma decisão, que inicialmente teria eficácia apenas *inter partes*.

A resolução do Senado poderá versar sobre qualquer espécie normativa, seja ela federal, estadual ou até mesmo municipal. A referida casa legislativa não estará nesse caso invadindo a autonomia dos demais entes federados, pois estará atuando como representante dos estados.

O texto constitucional dispõe que o Senado pode suspender no todo ou em parte o ato normativo declarado inconstitucional. Mas é pacífico na doutrina, que esse “no todo ou parte” significa na verdade a parte que foi considerada inconstitucional pelo Supremo, ou seja, se toda a lei é inconstitucional suspende-a por inteiro, mas se somente parte dela foi entendida como incompatível com a constituição, apenas essa parte será suspensa. Na prática, a suspensão tem ocorrido nos exatos termos da declaração do STF.

Quanto aos efeitos da resolução senatorial, é importante diferenciá-los dos efeitos clássicos do controle difuso. Neste há efeitos somente para as partes do processo, e retroatividade da declaração de inconstitucionalidade; já a resolução produz efeitos em relação a todos e somente se aplica para os fatos futuros, ou seja, tem eficácia *ex nunc*. Em outros termos, somente se aplica a terceiros, que não participaram do processo que deu origem a declaração de inconstitucionalidade, a partir da resolução do Senado.

Atenção, apesar do exposto no parágrafo anterior, há uma exceção prevista no art. 1º, § 2º, do Decreto 2.346/97, estabelecendo eficácia *ex tunc* em relação, exclusivamente, a Administração Pública Federal direta e indireta. (LENZA, 2008, p. 152).

Como é sabido e já enunciado no tópico anterior, quando da abordagem da regra geral no controle difuso, mencionou-se que o STF já vem aplicando em alguns casos efeitos *erga omnes* às suas decisões em sede de controle difuso. Portanto, questiona-se atualmente, acerca do verdadeiro papel do Senado nesse mecanismo de controle.

Inicialmente a doutrina proclamava a discricionariedade política do Senado em suspender ou não o ato normativo declarado inconstitucional. Cabia à casa legislativa apreciar a conveniência e oportunidade da suspensão, e não poderia, de forma alguma, ser obrigada a editar resolução suspensiva, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes (LENZA, 2008, p. 152).

No entanto, com a tendência de mudança de pensamento entre os membros da Suprema Corte, que já se reflete em algumas de suas decisões, há controvérsias sobre se realmente ainda há necessidade de suspensão da norma considerada inconstitucional pelo Senado. Suscita-se uma dispensabilidade dessa atuação legislativa, o que constituiria apenas uma formalidade. Os defensores dessa tese afirmam ter havido uma mutação constitucional do art. 52, X, CF/88; assunto este que será tratado com mais detalhes em tópicos posteriores.

#### *1.2.2.2 Recurso Extraordinário*

##### a) Hipóteses de cabimento

As situações que dão ensejo ao recurso extraordinário encontram-se previamente fixadas na Constituição Federal, em seu art. 102. Não é possível levar ao conhecimento da Corte Suprema, através de recurso excepcional toda e qualquer causa; somente as que se enquadrem no rol taxativo constitucional, além da necessidade de se enquadrar em outros requisitos, como o da repercussão geral.

Inicialmente, cumpre destacar que o recurso extraordinário deve ser sobre uma decisão proferida em única ou última instância. Contudo, o dispositivo constitucional não exige que a decisão provenha de um órgão jurisdicional específico, como acontece com o recurso especial, cuja origem deve ser algum tribunal de justiça ou tribunal regional federal. (DIDIER JR.; CUNHA, 2009, volume 3, p. 305).

O inciso III do art. 102, CF, enumerou quais decisões podem ser recorridas através do recurso extraordinário, demonstrando em suas alíneas um núcleo essencial de incompatibilidade com os preceitos constitucionais.

A alínea “a” expressamente estabelece a possibilidade de recurso extraordinário quando houver contrariedade com a Constituição. Importante salientar que não se trata de qualquer violação a um dispositivo constitucional, deve ser uma afronta direta. Conforme doutrina abalizada, não cabe recurso extraordinário por ofensa indireta ou reflexa (DIDIER JR.; CUNHA, 2009, volume 3, p. 327).

Inclusive, corroborando a doutrina exposta no parágrafo anterior, há uma súmula do Supremo Tribunal Federal neste sentido, 636:

Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Quanto à hipótese prevista na alínea “b”, por ter o tratado internacional, em regra, o *status* de lei ordinária é que pode ser objeto de recurso extraordinário, equiparado, portanto, a uma lei federal. No caso em tela, o aspecto importante que merece destaque deve-se ao fato de que, o que dará ensejo ao recurso excepcional é a decisão final da demanda que tem por fundamento a inconstitucionalidade do tratado internacional ou lei federal, e não a própria decisão colegiada que decidiu pela inconstitucionalidade (DIDIER JR.; CUNHA, 2009, volume 3, p. 328).

Partindo dessa linha de pensamento, percebe-se que o recurso extraordinário configura um instrumento de controle de constitucionalidade difuso, semelhante ao que acontece no recurso da decisão de controle abstrato proferida no âmbito estadual, quando se trata de norma constitucional de repetição obrigatória. (DIDIER JR.; CUNHA, 2009, volume 3, p. 328).

As alíneas “c” e “d”, apesar de possuírem objetos distintos, também partem da mesma premissa, que é a incompatibilidade constitucional, e possibilitam a mesma solução, a interposição de recurso extraordinário. Na alínea “c” uma lei ou ato de governo local, quando colocado em contraste com a constituição fora considerada válida; já na alínea “d” há uma contradição entre lei federal e uma lei local, o que configura usurpação de competência legislativa, matéria esta que consta expressamente do texto constitucional, conforme José Afonso da Silva (apud DIDIER JR.; CUNHA, 2009, volume 3, p. 328).

#### c) Requisito da repercussão geral

Após a verificação, em termos gerais, das hipóteses que admitem a interposição de recurso extraordinário, convém ressaltar que, não basta a existência de decisão que se encaixe nessas situações. Há um requisito essencial que deve integrar o recurso extraordinário, sob pena de o recorrente não ter seu apelo conhecido, ainda que se trate de uma das hipóteses constitucionais.

O requisito essencial exigido é a qualificadora da repercussão geral da decisão recorrida. Traduz-se na necessidade de demonstrar a relevância da decisão posta em cheque pelo recorrente, nos diversos campos do conhecimento; explicando melhor, como o conteúdo decisório poderá interferir na sociedade, tanto juridicamente, como economicamente e socialmente.

O recurso extraordinário surgiu como instrumento processual adequado para discutir a constitucionalidade das decisões proferidas pelos magistrados de primeiro e segundo grau. Era um mecanismo acessível em quase todos os

processos que se enquadrasse nas hipóteses fixadas constitucionalmente. Ocorre que, o número crescente de recursos que chegavam a Suprema Corte, impedia a celeridade dos julgamentos, bem como dificultava que os magistrados se dedicassem com maior afinco às suas decisões, justamente pela exigüidade de tempo e inúmeros processos ainda a serem avaliados.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é o fato de que, como o canal que levava ao Supremo Tribunal Federal era praticamente de trânsito livre, algumas decisões destituídas de relevância chegavam ao tribunal, contribuindo para o acúmulo de processos nessa esfera. Os ministros eram obrigados a analisar questões simplórias. Além disso, algumas partes se valiam desse mecanismo apenas para fins protelatórios, com o único intuito de evitar o trânsito em julgado da demanda.

Em face dos inconvenientes mencionados, a comunidade jurídica clamava pela modificação dessa sistemática. A dita reforma do judiciário, implementada pela EC no. 45/2004, trouxe diversos dispositivos que tinham por objetivo proporcionar maior celeridade à prestação jurisdicional.

A referida emenda constitucional criou o requisito da repercussão geral nos recursos extraordinários. O art. 102 da Constituição Federal, agora acrescido de um parágrafo 1º, exige que o recorrente, além de demonstrar que se encaixa nas hipóteses de cabimento, também deverá comprovar a relevância das questões discutidas no processo (DIDIER JR.; CUNHA, 2009, volume 3, p. 331).

O dispositivo constitucional delega à legislação ordinária o encargo de definir em que consiste a repercussão geral. A lei nº. 11.418/2006 valeu-se de conceitos abertos, indeterminados. Dessa forma, a análise desse requisito deve ser feita diante do caso concreto; será, portanto, uma análise casuística, tendo em vista que seria impossível fixar aprioristicamente o que é jurídico, econômico e socialmente relevante, como afirmam Marinoni e Arenhart (*apud*, DIDIER JR.; CUNHA, 2009, volume 3, p. 333). Em alguns casos, porém, há uma presunção absoluta de repercussão geral como, por exemplo, o recurso

que impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal (art. 543-A, § 3º. CPC).

A mecânica processual, introduzida pela lei 11.418/2006, procurou uniformizar o pensamento jurisprudencial no Brasil. Em outras palavras, estabeleceu-se o incidente de análise da repercussão geral *por amostragem*, que consiste na escolha de processos relevantes, dentre os recursos com fundamentação idêntica para fixação de um entendimento que valha para todos.

Quando o tribunal de origem remeter ao STF a causa escolhida como a mais representativa da controvérsia, os demais recursos semelhantes ficarão sobrestados até que se chegue à decisão sobre a existência ou não da repercussão geral.

Conforme Fredie Didier Jr., foi criada uma espécie de “conexão por afinidade” entre os recursos extraordinário em causas repetitivas. Ocorre que esta conexão possui uma peculiaridade, pois não determina a reunião dos processos, mas sim a escolha um(ns) para servirem de modelo aos demais. E o autor vai mais além ao sustentar que tal hipótese caracteriza uma demonstração da força do princípio da adequação processual em nosso sistema jurídico (2009, volume 3, p. 339).

Percebe-se que a exigência constitucional equivale a um filtro a ser ultrapassado pelos processos, pois, é uma maneira de levar ao Supremo Tribunal Federal somente questões de alta relevância. É possível ainda que o tribunal fixe uma jurisprudência para casos semelhantes, evitando processos em massa; ou seja, poderá, desde já, atribuir repercussão geral a determinadas causas, ou mesmo, se posicionar pela inexistência dessa qualificadora, valendo a decisão para as causas futuras idênticas à utilizada como paradigma.

Haja vista o caráter vinculante atribuído a essas decisões que analisam a repercussão geral, impõe-se que a matéria seja amplamente discutida, razão

pela qual a competência é exclusiva do Pleno do STF. Ademais, o art. 543-A, § 6º. CPC autoriza a intervenção do *amicus curiae*, justamente para enriquecer o debate, e proporcionar maiores dados aos magistrados para a decisão.

Diante do exposto nota-se que a repercussão geral partiu da premissa da necessidade de assegurar celeridade processual, servindo como uma seleção de causas relevantes para desafogar o trabalho na Corte Constitucional. A conseqüência dessa sistemática foi uma objetivação do recurso extraordinário, tornando-o um instrumento também de controle de constitucionalidade abstrato.

#### d) Dispensa de pré-questionamento

Sabe-se que a regra geral para os recursos extraordinários é a exigência de prequestionamento da matéria constitucional discutida na decisão impugnada. Deve a parte suscitar, desde o início, a controvérsia constitucional, bem como o magistrado se manifestar sobre tal assunto.

Todavia, em um caso emblemático, a Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do AI no. 375.011, flexibilizou a exigência de prequestionamento. Decidiu a ministra que (apud, DIDIER JR.; CUNHA, 2009, volume 3, p. 263):

(...) nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária da Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questão de direito – proferida pelo STF.

Portanto, o prequestionamento que servia como um indicativo de relevância da matéria, na medida em que demonstra todos os argumentos que envolvem a controvérsia e como se posicionou o tribunal *a quo*, passou a ser presumido neste caso de já haver decisão do pleno do STF sobre o assunto. Nesta hipótese foi dispensado o prequestionamento.

Didier Jr e Cunha afirmam que: “Trata-se de mais um exemplo da transformação do recurso extraordinário em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade” (2009, volume 3, p. 263).

### 1.2.2.3 Mandado de Injunção

#### a) Efeito clássico

O mandado de injunção surgiu para assegurar o exercício de direitos constitucionalmente garantidos e das prerrogativas inerentes aos direitos de nacionalidade, soberania e cidadania. Veio como mecanismo apto a suprir a omissão legislativa, em face da ausência de norma regulamentadora que viabilizasse o exercício dos direitos mencionados.

Cumpra registrar que o mandado de injunção não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Na verdade esses dois institutos convivem simultaneamente no ordenamento jurídico brasileiro; o primeiro configura um mecanismo de controle difuso da omissão legislativa, ao passo que a segunda é espécie de controle abstrato de constitucionalidade, dentre outras distinções.

O *leading case* foi o MI no. 107, da Relatoria do Ministro Moreira Alves, quando o Supremo Tribunal Federal adotou o posicionamento de apenas informar a mora legislativa ao órgão responsável pela edição da norma regulamentadora. Entendia-se na época que o mandado de injunção possuía apenas caráter mandamental, o que impedia o judiciário de atuar normativamente no caso concreto.

Durante muito tempo se rechaçou a idéia de atuação legislativa positiva do judiciário diante da inércia parlamentar. Os defensores dessa doutrina utilizavam como fundamentos: o princípio da divisão de poderes, o princípio da democracia e a inexistência de autorização no ordenamento jurídico, para o judiciário substituir o legislativo na sua função precípua, ainda que de forma excepcional. (MENDES *et al*, 2007, p. 1149).

Dessa forma o mandado de injunção servia apenas como forma de reconhecimento judicial que o legislativo não agiu como deveria, já que se omitiu de seu dever constitucional de regulamentador de direitos, o que caracteriza a inconstitucionalidade por omissão. O Judiciário encontrava-se de mãos atadas, em nada podendo resolver o problema em questão; e ao impetrante cabia apenas se conformar com o reconhecimento da mora e aguardar a atuação legislativa, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência do órgão regulamentador.

Em suma, o dispositivo que consagrava o mandado de injunção configurava na verdade letra morta, de pouca serventia na prática. As pessoas continuavam desamparadas, sem que pudessem acionar o poder público, já que só restava a ADI por omissão, que possui rol de legitimados restritos e objeto diferenciado, além do procedimento mais extenso, incompatível com a celeridade exigida no caso concreto. Sem contar que a referida ação de inconstitucionalidade também tem como efeito apenas informar o legislativo de sua mora.

#### b) Tendência atual

Em face da inaplicabilidade prática do mandado de injunção demonstrada no tópico anterior, a jurisprudência se viu obrigada a flexibilizar o entendimento anteriormente adotado, sob pena de o judiciário deixar de cumprir sua função precípua de composição de conflitos, ou no caso em tela de omissão, de assegurar os direitos constitucionalmente garantidos.

Casos emblemáticos sugiram em que é possível identificar o embrião da mudança de pensamento na Suprema Corte. Nos mandados de injunção no. 232, 283 e 284, percebe-se que o judiciário passou não só a fixar prazo para que o legislativo atuasse, como também determinou que, caso permanecesse inerte o direito pleiteado seria assegurado. Ou seja, “os referidos precedentes sinalizam uma nova compreensão do instituto e

admissão de uma solução 'normativa' para a decisão judicial" (MENDES *et al*, 2007, p. 1153).

Todavia, apesar dos indícios de flexibilização, o Supremo Tribunal Federal continuava adotando uma postura de mero reconhecimento da mora legislativa. Não houve de fato uma ruptura do pensamento inicialmente adotado de não interferência do judiciário, com base no princípio da separação de poderes. Dessa forma, a comunidade jurídica anseava por uma resposta que desse efetividade ao preceito constitucional e que assegurasse o mandado de injunção como mecanismo de suprimento da inércia do legislador. A garantia constitucional tinha que ser implementada, ou seja, não constar simplesmente do texto da norma fundamental e ser passível de aplicação prática.

Somente a partir de 2006, com os Mandados de Injunção no. 712/PA e 670/ES, o Supremo Tribunal Federal tomou uma atitude mais enérgica. A matéria tratava da eterna controvérsia acerca do exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Há duas teorias que buscam dar novo tratamento ao mandado de injunção, são elas: teoria concretista e teoria não concretista. A primeira subdivide-se em concretista geral, concretista individual direta e individual intermediária.

Pela teoria não concretista cabe ao judiciário apenas informar o legislativo de sua mora, e esperar que este poder assuma e atue conforme o seu dever constitucional. Visando justamente romper com esta sistemática é que surgiram as teorias concretistas. Em termos gerais, pregam os defensores desta tese que o Supremo Tribunal atue como legislador positivo não só no caso concreto, mas sim de forma genérica, para todas as situações semelhantes.

A teoria concretista geral é diametralmente oposta a não concretista. Já os concretistas individuais são menos radicais, havendo defensores da via direta e da via intermediária. A individual direta prega que a decisão do

mandado de injunção só produza efeitos no caso concreto, para a parte impetrante; a individual intermediária é mais elaborada, admitindo que primeiro o judiciário fixe um prazo para o legislativo atuar, e somente se permanecer a inércia, o direito sob questão deverá ser implementado.

Nos mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos a Suprema Corte inovou ao adotar a teoria concretista geral. Entendeu o tribunal que os servidores não podiam mais ficar a mercê do legislativo, que há 20 anos ainda não editou a lei regulamentadora do referido direito. Assim, determinou-se que fosse aplicada a lei de greve da iniciativa privada, no que couber.

Dessa forma, percebe-se uma grande mudança no pensamento da jurisprudência nacional. Ainda é cedo para dizer que se deve dar efeitos concretos a todo e qualquer mandado de injunção, mas já é possível traçar uma tendência de flexibilização do efeito clássico anteriormente aplicado. O Supremo Tribunal Federal além de acatar a teoria concretista, optou por sua espécie mais arrojada, quando conferiu efeitos *erga omnes* na aplicação da lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos em geral.

### **1.2.3 Controle de Constitucionalidade Concentrado**

O modelo concentrado de constitucionalidade distingue-se do modelo difuso em vários aspectos: rol de legitimados taxativos, previstos na própria Constituição; competência privativa do Supremo Tribunal Federal e efeitos *erga omnes*.

Nessa forma de verificação de compatibilidade com a Constituição, o ato normativo é apreciado objetivamente, isto é, desvinculado de um caso concreto subjacente. Analisa-se a constitucionalidade da norma em si, sendo esta a questão principal do processo, razão pela qual é também denominado de controle objetivo de constitucionalidade, ou abstrato, ou por via de ação. É de forma concentrada justamente porque a competência é privativa de um

único órgão, que no caso é o Supremo Tribunal Federal, ou os Tribunais de Justiça no âmbito estadual.

Há cinco tipos de ações que servem de instrumento para o controle concentrado de constitucionalidade, que são: ação direta de inconstitucionalidade genérica; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ação direta de inconstitucionalidade interventiva; ação declaratória de constitucionalidade; e argüição de descumprimento de preceito fundamental. O Núcleo principal é praticamente o mesmo, divergindo da ação genérica apenas em alguns pontos.

A ação genérica visa a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em face da Constituição Federal. A ação declaratória de constitucionalidade diverge apenas quanto ao objeto, pois se aplica apenas à lei federal em face da Constituição Federal.

A argüição de descumprimento fundamental inovou o sistema de forma significativa em dois pontos específicos; pois, além de permitir a apreciação da inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal pelo Supremo, ainda alterou o limite temporal imposto pelo próprio texto constitucional. Por meio desse instrumento, está autorizada a análise da constitucionalidade de atos do poder público, inclusive os que não sejam normativos, anteriores a Constituição de 1988, o que provocou fortes críticas doutrinárias. Importante ressaltar, que a própria lei que regulamentou a ADPF está sob análise do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2.231, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil).

Importante ressaltar, no entanto, que embora pendente de julgamento no STF a ADI nº 2.231, o STF já se manifestou na ADPF nº 54, pela constitucionalidade deste instrumento.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por fim verificar a mora legislativa. As normas programáticas de princípio institutivo

carecem de regulamentação, e a omissão legislativa pode dar ensejo ao controle de constitucionalidade.

E por fim, a ação interventiva configura um pressuposto para a intervenção em outro ente federado. Quando houver violação aos princípios constitucionais sensíveis, o Procurador Geral da República proporá a ação no Supremo Tribunal Federal, que processará o feito, autorizando ou não a intervenção.

#### **1.2.4 Comparativo entre os sistemas**

##### *1.2.4.1 Distinção*

O sistema de controle difuso e concentrado distinguem-se nos seguintes aspectos: legitimidade ativa para agir; órgão competente para apreciação da constitucionalidade; conteúdo do objeto; efeitos e limite temporal.

Quanto à legitimidade ativa, o controle difuso autoriza a qualquer das partes envolvidas no processo argüir a inconstitucionalidade. Como vício alegado, é apenas questão prejudicial do processo, não há um legitimado específico para questionar a validade da norma que serve de fundamento para o pedido. Já no controle concentrado de constitucionalidade, devido à relevância da argüição, o constituinte achou por bem atribuir a legitimidade somente para determinadas pessoas, físicas ou jurídicas, nos termos do art. 103, CF/88.

Tendo em vista que o controle concentrado aprecia a norma em si, deixando de lado as questões pessoais e subjetivas, era de fato conveniente que não fosse conferido a qualquer um do povo o poder de ajuizar ações diretas no Supremo Tribunal Federal. É também uma forma de impedir que qualquer um possa agir de acordo com o calor de suas emoções.

Mas, vale registrar que, apesar de a Constituição restringir a legitimidade ativa para as ações de inconstitucionalidade, o controle concentrado não fica absolutamente avesso às questões sociais, já que o próprio ordenamento permite a manifestação do *amicus curiae*.

O controle concentrado não admite intervenção de terceiros, porém permite que, quando se tratar de questões de alta relevância e de órgão de grande representatividade, manifeste-se sobre o assunto, de modo a contribuir com o debate dialético. A finalidade é justamente discutir a matéria exaustivamente, melhorando as informações inclusive, e proporcionar uma decisão mais adequada juridicamente e que atenda a realidade. Essa é a função do *amicus curiae*, que age como um auxiliar do juízo.

Em relação ao órgão competente para solucionar a controvérsia sobre a constitucionalidade da norma, o modelo concentrado, conforme já apontado, é assim denominado justamente porque atribui apenas a um único órgão essa competência. Cabe ao Supremo Tribunal Federal em âmbito nacional, e aos Tribunais de Justiça nos estados.

Já no controle difuso, a competência é ampla. Melhor explicando, não cabe apenas a um determinado órgão, mas sim a todo e qualquer juiz ou tribunal diante da análise do caso concreto. A única exigência que se faz nesse caso é que, quando se tratar de órgão colegiado, a questão seja remetida ao plenário da corte ou órgão especial; e a inconstitucionalidade somente poderá ser declarada se for observado o quórum de maioria absoluta do referido colegiado.

No que se refere ao conteúdo do objeto a distinção também é substancial. Na análise do caso concreto qualquer ato normativo poderá servir como questão prejudicial; verifica-se se há ou não compatibilidade com a Constituição Federal. Contudo, tratando-se de controle abstrato nem todos os atos normativos podem ser submetidos ao controle de constitucionalidade.

Somente atos normativos primários, ou seja, aqueles que decorrem diretamente da constituição podem ser objeto de controle de constitucionalidade concentrado. Importante ressaltar que, como se depreende da própria nomenclatura, os atos devem estar revestidos de normatividade, isto é, regulando situações jurídicas de uma maneira geral. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADI no. 769/MA – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello... “que atos estatais de efeitos concretos não se submetem, em sede de controle concentrado, à jurisdição constitucional abstrata, por ausência de densidade normativa no conteúdo de seu preceito.” (MORAES, 2007, p. 708).

Convém ressaltar, entretanto, que em relação às leis orçamentárias o STF mudou de entendimento. Antes era pacífico na jurisprudência que tais leis eram atos normativos, apenas em sentido formal, tratando-se na verdade de atos de efeitos concretos, e por isso não poderiam ser objeto de controle de constitucionalidade. Mas no final de 2008, com a ADI no. 4048, o Supremo fixou o entendimento no sentido de que, não importa se o ato é geral ou específico, se é abstrato ou concreto, o importante é que a controvérsia constitucional seja suscitada em abstrato.

Ainda quanto ao objeto do controle concentrado, exige-se que sejam posteriores à entrada em vigor da Constituição. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a análise da compatibilidade entre atos anteriores e a Constituição refere-se ao fenômeno da recepção ou não da norma pelo novo regime constitucional. Quando for incompatível, a norma será considerada revogada por falta de recepção, de acordo com a nomenclatura utilizada pela Suprema Corte. Mas a APDF excepcionou esta regra, tendo em vista que autorizou a apreciação de atos anteriores a 1988.

Em linhas gerais as características essenciais para que um ato possa ser objeto de controle concentrado é que ele seja normativo primário, e posterior a 05 (cinco) de outubro de 1988. Dessa forma, a jurisprudência constitucional consolidou o entendimento sobre alguns atos que, com certeza, não podem servir de objeto ao controle abstrato, são eles: divergência entre o

conteúdo da lei e sua ementa, pois esse motivo por si só não ofende qualquer postulado constitucional; as súmulas, por não apresentar caráter normativo suficiente; e as respostas do Tribunal Superior Eleitoral às consultas que lhe forem feitas, pois entende que lhes falta eficácia vinculativa aos demais órgãos do Poder Judiciário. (MORAES, 2007, p. 709).

Atenção, com o surgimento da súmula vinculante, surge a dúvida sobre se a posição jurisprudencial acima adotada é aplicável a essa espécie normativa. Conforme entendimento de Pedro Lenza (2008, p. 159):

(...), tendo em vista o fato de a súmula não ser marcada pela generalidade e abstração, diferentemente do que acontece com as leis, não se pode aceitar a técnica do 'controle de constitucionalidade' de súmula, mesmo no caso da súmula vinculante. O que existe na verdade é um procedimento de revisão pelo qual se poderá cancelar a súmula. O cancelamento desta significará a não mais aplicação do entendimento que vigorava. Neste caso, naturalmente, essa nova posição produzirá as suas conseqüências a partir do novo entendimento, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em relação aos efeitos, são, em parte, diametralmente opostos; enquanto no controle difuso são *inter partes*, no controle concentrado são *erga omnes*. Porém, ambos são *ex tunc*, ou seja, a declaração de nulidade atinge o ato desde a sua edição. No aspecto temporal, apesar de classicamente ser aferido esse efeito retroativo, admite-se, em ambos os casos a modulação dos efeitos temporais; é possível que seja fixado que a declaração só valerá após a decisão, ou até mesmo, em momento futuro, por questão de excepcional interesse social e segurança jurídica (art. 27, Lei no. 9868/99 e a Ação Civil Pública que compatibilizou o número de vereadores com a proporcionalidade exigida constitucionalmente, inclusive reduzindo em alguns municípios o número de cadeiras na Câmara de Vereadores).

#### 1.2.4.2 Pontos de Aproximação

Durante muito tempo o controle difuso e o controle concentrado conviviam no ordenamento jurídico como dois sistemas em separado, com sistemáticas distintas, com objetivos distintos.

O Supremo Tribunal Federal, diante de omissões normativas, apenas se limitava a reconhecer a mora legislativa, sob o argumento de que não poderia agir como legislador positivo, para não violar o princípio da separação dos poderes. Ocorre que, com o passar dos anos, em alguns casos tornou-se imprescindível um Judiciário mais atuante, que resolvesse de fato os conflitos levados a sua apreciação.

Esse movimento que reclama por uma atuação mais enérgica do Judiciário visa a uma reformulação do modelo de controle concreto adotado pela Constituição de 1998. Na verdade, conforme a evolução do STF, já é possível perceber uma tendência de abstrativização do controle concreto, ou ainda, como denominam alguns autores de objetivação do controle concreto.

Dessa tendência de ampliação dos efeitos do controle concreto decorre uma aproximação entre este e o modelo abstrato de controle de constitucionalidade, tendo em vista que os aspectos que antes os distinguiam, hoje são idênticos.

Destaca-se, como exemplo desse fenômeno de abstrativização do controle concreto, as alterações normativas introduzidas no procedimento do recurso extraordinário, bem como a evolução jurisprudencial sobre o referido recurso e os efeitos do mandado de injunção.

O recurso extraordinário serve, em princípio, a processos subjetivos, para rever a constitucionalidade das decisões sobre casos concretos. Todavia, passou a ser utilizado como instrumento de controle de constitucionalidade, quando o Supremo passou a admitir a sua interposição das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça na análise da constitucionalidade de lei estadual, ou municipal, em face da Constituição Estadual; ressalta-se, no entanto, que tal hipótese só será possível quando a lei estadual versar sobre norma de repetição obrigatória da CF/88.

Com essa nova hipótese de cabimento do recurso extraordinário, que antes se aplicava apenas ao controle concreto, concebeu-lhe a jurisprudência um caráter de instrumento de controle abstrato de normas.

O segundo aspecto que demonstra a nova roupagem do recurso extraordinário é em relação à exigência de repercussão geral. Esta configura um funil que seleciona as causas mais relevantes a serem julgadas pela Corte Constitucional, de modo a dar mais celeridade aos trabalhos dos ministros, bem como evitar que questões destituídas de influência na sociedade como um todo, sejam levadas à última instância e aumentem a sobrecarga de trabalho.

A repercussão geral relaciona-se com o movimento de objetivação do controle concreto no sentido de que, o STF ao analisar o incidente fixa entendimentos que se aplicam a casos futuros semelhante, tendo como conseqüência a atribuição de um caráter mais objetivo ao recurso extraordinário. O próprio procedimento de análise deste requisito se coaduna com essa finalidade objetiva, pois o art. 543-B, CPC, permitiu o julgamento por amostragem, consistente na escolha de uns recursos, sobre os quais serão fixadas as premissas se há ou não repercussão geral, aplicando-se aos demais casos futuros.

No julgamento por amostragem, como já foi dito em tópico anterior, tendo em vista que os processos que não foram considerados representativos ficam sobrestados até que o Supremo se manifeste acerca do tema nos recursos selecionados, é um indicativo de que o recurso extraordinário acabará servindo como instrumento objetivo de fixação de jurisprudência, ou seja, formando precedente sobre o posicionamento interpretativo acerca de determinado assunto.

Outra importante mudança implementada no âmbito do controle difuso corresponde à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. O art. 27, da lei 9.868 só era aplicado para as ações do controle de constitucionalidade concentrado; porém, atualmente a jurisprudência do Supremo já vem decidindo também, em sede de controle concreto, neste sentido. Um caso importante

onde o STF adotou essa técnica foi o RE 197.917/SP, quando optou por determinar que a adequação do número de vereadores nas câmaras municipais se desse somente a partir das eleições subseqüentes.

Assim, em mais um momento a Suprema Corte demonstra uma disposição em conferir características do controle concentrado abstrato ao controle difuso concreto.

O mandado de injunção, que também servia ao controle de constitucionalidade sobre o caso concreto, está passando por uma reformulação de interpretação. Importante salientar desde já, que o referido remédio constitucional até hoje carece de regulamentação jurídica, razão pela qual já se pacificou na doutrina o entendimento de que será aplicada, por analogia, a lei que rege o mandado de segurança.

Inicialmente, o STF se posicionou no sentido de que à ele só caberia atuar como legislador negativo, não podendo dar uma solução positiva no mandado de injunção. Não poderia o Supremo imiscuir-se na função atribuída ao Poder Legislativo, e que apenas deveria dar ciência da ausência da norma regulamentadora.

Ocorre que dessa forma os direitos fundamentais que ainda não foram regulamentados pelo legislador ordinário continuavam inviabilizados, e, por conseguinte, o instituto do mandado de injunção configurava letra morta, sem aplicabilidade prática nenhuma.

Em busca de dar maior efetividade ao mandado de injunção o Pretório Excelso flexibilizou o seu entendimento, e passou a atribuir efeitos *erga omnes* às suas decisões. Contudo, ainda é muito cedo para se afirmar que o entendimento clássico encontra-se superado; na verdade, há uma tendência da jurisprudência em direção às teorias concretistas, o que não caracteriza já um pensamento consolidado da corte neste sentido.

Embora ainda não esteja pacificada no Supremo a tese concretista acerca do mandado de injunção, percebe-se novamente o direcionamento de mais um instrumento de controle para o caso concreto em um instrumento de controle de constitucionalidade abstrato, haja vista a aplicação de efeitos *erga omnes*.

Conforme o exposto acerca da análise por amostragem para o cabimento da repercussão geral, modulação de efeitos da decisão em controle difuso, bem como do novo efeito atribuído ao mandado de injunção, tem-se que este modelo de controle concreto vem perdendo espaço diante do controle abstrato. De fato, hoje não há mais uma separação nítida entre esses dois modelos de controle, o que está ocorrendo é uma aproximação entre eles.

### **1.3 Fenômeno da Mutação Constitucional**

Uadi Lammego Bulos define mutação constitucional como (*apud*, LENZA, 2008 p. 68):

(...) o processo informal de mudança da constituição por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais.

Dessa forma, a mutação constitucional consiste em alteração do sentido dado a uma certa norma constitucional em face das novas perspectivas práticas adotadas pela jurisprudência. Explicando melhor, diante das novas realidades sociais e a necessidade de interpretação conforme a Constituição é necessária uma flexibilização das normas constitucionais, permitindo que interpretações antigas e ultrapassadas se adéquem ao momento histórico atual.

A característica mais saliente em relação a este fenômeno deve-se ao fato de que há uma alteração de conteúdo constitucional, porém não há mudança no texto formal da Carta Magna, razão pela qual é denominado pela doutrina de processo informal. A mudança constitucional encontra-se inserida

no ramo da hermenêutica constitucional, como uma conseqüência de nova interpretação a um dado dispositivo normativo, não se confundindo com o processo legislativo que dá ensejo a reformas literais no texto da Constituição.

Como a Constituição tem por escopo organizar o Estado, bem como definir sua estrutura e assegurar direitos fundamentais, reflete os valores da sociedade em determinada época. A mutação constitucional, como processo informal de alteração constitucional, se coaduna com a idéia de dinamismo da Constituição de modo a legitimar os ideais da sociedade do momento.

Para corroborar o entendimento acima exposto, tem-se o pensamento de Canotilho, para quem (*apud*, GALLO, *jus navigandi*):

(...) nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos, nenhuma constituição evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa.

Caso fosse necessária uma proposta de emenda constitucional toda vez que se pretendesse a reforma constitucional seria, além de muito custoso, talvez até ineficiente, razão pela qual a mutação constitucional tem relevância na ciência jurídica.

Diante da tendência de abstrativização do controle difuso, há setores da doutrina e da jurisprudência que defendem que houve uma mutação constitucional da norma inserida no inciso X do art. 52 da CF/88. Sustentam os defensores dessa tese que esta norma sofreu um processo de reforma constitucional informal, dando a interpretação de que não há mais necessidade de resolução do senado para dar efeitos *erga omnes* às decisões definitivas, em sede controle difuso, proferidas pelo Supremo, tema que será desenvolvido melhor adiante.

## **2. TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE DIFUSO**

### **2.1 Conceito**

O controle de constitucionalidade tem por finalidade verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Norma Fundamental. A lei no. 9.868/99, que regula as ações direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, dispõe que as suas decisões têm eficácia contra todos e efeito vinculante; conforme a doutrina clássica processual somente o dispositivo da decisão era vinculante, ou seja, somente o veredicto sobre ser constitucional ou inconstitucional a norma é que prevalece, sendo secundários os fundamentos que levaram ao entendimento final.

Ocorre que, em recentes julgados o Supremo Tribunal Federal tem conferido eficácia vinculante também aos motivos de suas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, com base na jurisprudência alemã, sustentou em seus votos a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão.

Essa teoria atribui maior relevância aos fundamentos da decisão sobre controle de constitucionalidade, retirando-os do plano secundário e conferindo-lhes a mesma importância do dispositivo, ou seja, também com efeito vinculante.

Portanto, pela teoria da transcendência dos motivos determinantes os fundamentos da decisão ultrapassam a demanda do caso concreto; passam a servir como fundamentos genéricos, semelhante ao controle abstrato de constitucionalidade.

Sabe-se que, em regra, o controle difuso de constitucionalidade, por se pautar sobre um caso concreto, sendo a análise da inconstitucionalidade apenas questão prejudicial do processo, os efeitos de um eventual reconhecimento desse vício somente opera perante as partes envolvidas, bem como só fará coisa julgada neste caso. Porém, parte da doutrina, ainda que

ciente desses efeitos processuais, sustentou eficácia *erga omnes* para tais decisões; Lúcio Bittencourt, inspirado pelo modelo de *stare-decisis* norte americano, afirmou que a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto e no controle difuso brasileiro, ao reconhecer a ineficácia da lei, deveria ter eficácia para todos (*apud*, LENZA, 2008, p. 155).

*A priori*, os efeitos da decisão no controle difuso é somente *inter partes*, e somente o dispositivo da decisão sofre a eficácia preclusiva da coisa julgada. A teoria da transcendência dos motivos determinantes interfere nessas duas premissas de forma substancial, pois, tanto procura aferir efeito vinculante aos fundamentos da decisão, indo além do caso concreto, como também quer atribuir que tais efeitos valham para todos, e não só às partes envolvidas no litígio.

Justamente pela transcendência dos motivos que determinaram a decisão final é que esta deverá ter eficácia contra todos, pois se os fundamentos vão além do caso concreto, ultrapassando as barreiras da demanda subjetiva, nada mais coerente que a interpretação fixada seja estendida aos demais casos semelhantes.

O Ministro Gilmar Mendes, um dos maiores defensores dessa tese, sustenta que houve uma mutação constitucional do inciso X, do art. 52, da Constituição Federal. Defende ele que não há mais necessidade da atuação do Senado Federal em suspender a execução de lei declarada inconstitucional definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Para o magistrado, como os motivos do caso concreto transcendem a demanda subjetiva, servindo como uma declaração de inconstitucionalidade objetiva, os efeitos devem ser vinculantes para todos, e por tal razão a resolução senatorial teria atualmente apenas um caráter publicitário da decisão tomada pelo STF.

### **2.1.1 Origem**

Inicialmente a teoria em questão surgiu nas decisões proferidas em sede de controle concentrado. Em algumas ADIs os Ministros da Suprema

Corte se manifestaram no sentido de conferir efeito vinculante aos fundamentos que embasaram a decisão de inconstitucionalidade.

Na reclamação constitucional n. 1987 ajuizada contra decisão de tribunal inferior que contrariara o entendimento fixado pelo STF sobre a inconstitucionalidade de determinada lei, o rel. Min. Maurício Corrêa afirmou expressamente no acórdão que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição na ADI devem ser observados por todos os tribunais e autoridades. Percebe-se a inclinação da jurisprudência em conferir efeitos transcendentais aos motivos que levaram a decisão final.

O modelo difuso de controle de constitucionalidade originariamente inserido no Brasil apenas conferia efeitos *inter-partes* às suas decisões, se restringindo ao caso concreto subjacente. Porém, com o passar dos anos, verificou-se uma necessidade de evolução desse sistema, de modo a compatibilizá-lo com as demandas sociais, bem como evitar decisões contraditórias sobre um mesmo tema. Pois, se cada caso concreto poderia ter uma decisão diferente, ao sabor da interpretação de cada magistrado, poderia ocorrer de o Poder Judiciário, que é uno, assim como o ordenamento constitucional, se pronunciar de um jeito e de outro em casos semelhantes.

O berço do modelo difuso foi no ordenamento jurídico norte-americano, a partir do célebre caso *Marbury x Madison*. Ocorre que lá nos Estados Unidos há uma peculiaridade importante que o distingue do modelo aplicado no Brasil. Os norte-americanos adotaram o sistema do *stare decisis*, que consiste em conferir efeitos genéricos às decisões da Suprema Corte, aplicando-a a todos os casos que se enquadrem nas circunstâncias do caso paradigma; lá vigora o efeito vinculante denominado pela doutrina de *binding effect*.

Inspirando-se no modelo norte-americano de controle de constitucionalidade é que a jurisprudência constitucional brasileira passou a implementar essa características em suas decisões também de controle difuso, e não mais se limitando apenas ao controle concentrado, que já possui desde a sua criação efeitos *erga omnes*.

Convém aproveitar o ensejo para diferenciar efeito vinculante de efeitos *erga omnes*. Atribuir efeitos *erga omnes* significa que o dispositivo da decisão deve ser aplicado a todos genericamente, ou seja, o que foi decidido propriamente pelo STF sobre se constitucional ou inconstitucional o ato normativo impugnado. Já o efeito vinculante tem por objeto os fundamentos da decisão, ou seja, os motivos que levaram ao entendimento final da Corte declarado no dispositivo da decisão.

### **2.1.2 Fundamentos**

Conforme Pedro Lenza, dentre os principais argumentos que sustentam essa teoria estão: a força normativa da Constituição, o princípio da supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários, o STF enquanto guardião da Constituição é seu intérprete máximo, e a dimensão política das decisões do STF (2008, p. 154).

Pelo princípio da força normativa da Constituição entende-se que, diante de um conflito de interpretação das normas, deve-se atribuir o sentido que lhe dê a maior eficiência dos valores constitucionais. A Constituição, como norma fundamental do sistema, deve ser aplicada em um sentido que lhe assegure essa soberania normativa.

De acordo a doutrina de Canotilho (*apud*, LENZA, 2008, p. 74):

na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Tendo em vista que na teoria da transcendência dos motivos determinantes, os motivos da decisão vão além do direito subjetivo discutido, e o princípio da força normativa da Constituição impõe uma interpretação da norma infraconstitucional em consonância com essa supremacia constitucional, é possível perceber a relação que une aquela teoria a este princípio. Se a

constituição goza de soberania no ordenamento jurídico, e se impõe por si só pela sua força normativa, é justo que todas as normas dela decorrente sejam assim compatibilizadas, e os fundamentos que levaram a uma decisão de inconstitucionalidade sirvam para outras decisões, pelo fato de se tratarem da mesma ordem jurídica.

A supremacia da Constituição lhe confere a tarefa de dar início ao ordenamento jurídico, isto é, todas as demais normas decorrem de seus preceitos, devendo-lhe obediência. Assim, como o direito configura um todo, um sistema, as decisões acerca da verificação de constitucionalidade devem ser compatíveis entre si, razão pela qual a transcendência conferida aos motivos determinantes do julgado ser um mecanismo para evitar futuras decisões contraditórias acerca da mesma matéria.

Outro princípio que serve para fundamentar a teoria da transcendência refere-se ao princípio da economia processual. Se os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade são relevantes o suficiente para se sobreporem à demanda do caso concreto, vinculando inclusive as futuras decisões com base na lei inconstitucional, é nítida a influência positiva para a celeridade processual.

Ao se permitir a transcendência dos motivos determinantes da decisão, não há mais necessidade que as partes tenham que recorrer até o Supremo Tribunal Federal para ver reconhecida a inconstitucionalidade da norma; desde já, os juízes de primeiro grau, bem como os demais tribunais, já podem decidir com base na declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Suprema Corte, dando maior rapidez ao processo.

### **2.1.3 Diferença entre a transcendência dos motivos determinantes e a inconstitucionalidade por arrastamento**

De acordo com o exposto nos tópicos anteriores, a teoria sobre o efeito transcendente dos motivos determinantes propugnada por setores da jurisprudência constitucional refere-se aos fundamentos da decisão, visando conferir efeitos abstratos às decisões prolatadas em sede de controle difuso-concreto.

O fenômeno da inconstitucionalidade por arrastamento também tem por finalidade aplicar os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade para além da questão impugnada no processo onde fora proferida a decisão mencionada. Todavia, muito embora pareça semelhante à transcendência dos motivos determinantes, com ela não se confunde.

A inconstitucionalidade por arrastamento consiste em uma conseqüência lógica da decisão de invalidade da norma jurídica questionada. Em outras palavras, quando determinada lei é declarada inconstitucional, automaticamente os atos normativos que dela decorrem, como por exemplo um decreto regulamentar, também serão declarados inconstitucionais. Pois se um decreto retira seu fundamento de validade da lei, a partir do momento que esta perde a sua validade, da mesma forma o decreto também perde a sua, tendo em vista que o fundamento que lhe dava suporte fora declarado inconstitucional.

## **2.2 Jurisprudência**

Conforme já enunciado anteriormente, o presente trabalho não tem por fim esgotar a análise do tema. A seguir foram escolhidos os casos de maior repercussão que trataram do assunto, com o intuito de demonstrar como vem ocorrendo a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes na jurisprudência pátria.

Casos importantes:

a) ADI no. 3345/DF, que declarou constitucional a resolução do Tribunal Superior Eleitoral que reduziu o número de vereadores de todo o país. O STF conferiu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento em plenário do RE no. 197.917.

Na origem, trata-se de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo que tinha por finalidade reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal do Município de Mira Estrela-SP, de modo a compatibilizá-lo com o critério de proporcionalidade exigido no art. 29 da CF/88. Na referida ação, o *parquet* paulista fundamentou o pedido na inconstitucionalidade do art. 6º. da Lei Orgânica do Município.

Na primeira instância o magistrado julgou procedente a ação civil pública e determinou a redução do número de vereadores. Porém, a Câmara Municipal e o Município interpuseram recurso com o objetivo de manter o número de vereadores já existentes na casa, tendo logrado êxito no provimento deste pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Inconformado com a reforma da decisão, o Ministério Público ingressou com recurso extraordinário sob a alegação de que a não redução do número de vereadores contrariava dispositivo constitucional, razão pela qual deveria sim ser diminuído o número de cadeiras dos parlamentares municipais.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do então Subprocurador Geral da República João Batista Almeida, se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido em março de 2004, deu provimento em parte ao recurso extraordinário, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo da lei orgânica municipal que fixou em 11 o número de vereadores do Município de Mira Estrela/SP. Em consequência, determinou-se que fosse adequado o número de vereadores à população do município, obedecendo efetivamente ao critério de proporcionalidade exigido na Constituição, respeitando-se os mandatos dos parlamentares que já se encontravam em exercício à época da decisão.

O Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, tomando por base a decisão prolatada pela Suprema Corte no RE nº 197.917/DF, publicou em abril de 2004, a Resolução nº 21.702, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, fixando o número de vereadores conforme a tabela determinada no recurso extraordinário.

Em face da referida resolução do TSE, foram propostas no Supremo as ADIs nº 3345 e 3365, propostas pelo Partido Progressista (PP) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) respectivamente, ambas da relatoria do Ministro Celso de Melo.

No que se refere ao mérito dessas ações diretas de inconstitucionalidade, o plenário do STF concluiu pela inexistência das

violações apontadas aos princípios da reserva de lei, da separação de poderes, da anterioridade da lei eleitoral e da autonomia municipal.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que deve ser aplicado ao referido recurso extraordinário a teoria da transcendência dos motivos determinantes. A relevância da matéria impede que se restrinja a decisão ao Município de Mira Estrela. A conotação política da decisão demanda uma uniformização das eleições parlamentares. Não seria razoável que este Município fosse obrigado a se compatibilizar ao princípio constitucional da proporcionalidade, e aos demais fosse conferida a possibilidade de eleger quantos parlamentares quisessem, sem observância da norma constitucional.

Em razão disso, as mencionadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade não prosperam. A resolução do TSE foi julgada constitucional, pois à esta Corte Superior realmente cabe a regulamentação do pleito eleitoral.

Ademais, o STF, em sua decisão, teve o cuidado de ressaltar que estavam resguardados os mandatos dos parlamentares que já estavam em exercício. Ou seja, para preservar o direito adquirido dos ocupantes dos cargos, bem como por questões de segurança jurídica, foram modulados os efeitos da decisão.

b) HC no. 82.959/SP e Reclamação 4.335/AC

Trata-se *habeas corpus* com fundamento na inconstitucionalidade do §1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 que vedava a progressão de regime nos crimes hediondos, que estabelecia que a pena deveria ser cumprida em regime totalmente fechado.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos) decidiu, *incider tantom*, pela inconstitucionalidade do dispositivo legal mencionado, e entendeu que a vedação por ele imposta vai de encontro a princípios constitucionais, como por exemplo o da individualização da pena.

A Defensoria Pública da União no Estado do Acre, valendo-se desse julgado em sede de *habeas corpus*, ajuizou Reclamação Constitucional perante

o STF, a fim de ver aplicado o entendimento nele exposto e permitir a progressão de regime em outros casos sob sua curadoria, além do caso concreto que gerou a decisão. O motivo de seu ajuizamento foi a recusa por parte de um juiz de direito acreano em aplicar o entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido no HC nº82.959; baseou-se na doutrina clássica de que o controle difuso não é capaz de produzir efeitos *erga omnes*.

Essa Reclamação, de nº 4335, tem como Relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, hoje o maior expoente da doutrina e jurisprudência em relação à teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento da reclamação. Entendeu que não havia decisão do Supremo Tribunal Federal com autoridade que devesse ser preservada, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade se deu através de controle difuso, que não tem potencialidade para vincular os demais casos.

Em decisão de 21 de agosto de 2006, o Relator Ministro Gilmar Mendes sustentou que o conteúdo da decisão proferida no *habeas corpus* buscou conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas (art. 5º, LXVI, CF) e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). E, partindo dessa premissa, concedeu medida liminar, de ofício, determinando que fosse mantido o regime fechado nos crimes hediondos, porém, que fosse afastada a vedação legal à progressão desse regime, até o julgamento final dessa reclamação.

Na sessão plenária de 1º de fevereiro de 2007, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto julgando procedente a reclamação mencionada. Após o pedido de vista o Ministro Eros Grau também votou pela sua procedência. Já os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, julgaram improcedente a reclamação, contudo se manifestaram pela concessão do *habeas corpus*. Na sessão plenária de 19 de abril de 2007, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos.

Como se pode perceber, o julgamento dessa reclamação está empatado. Há dois votos no sentido de conferir efeitos *erga omnes* a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida no *habeas corpus*, e dois votos se manifestando que a referida decisão produziu efeitos apenas *inter partes*.

A justificativa para conferir efeitos *erga omnes* é que o dispositivo legal da lei de crimes hediondos fora apreciado em tese, e não apenas no caso concreto. Quando uma vedação legal fere direitos individuais, princípios constitucionais há uma transcendência da matéria, pois não haveria como vislumbrar que a vedação estaria viciada num caso e em outro seria válida. Logo, seria mais coerente, desde já, atribuir efeitos genéricos à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Importante destacar, que no presente caso, o Ministro Gilmar explicou que não pretende usurpar a competência do juiz de direito. Continua sendo deste último, a atribuição para valorar no caso concreto quando é cabível ou não a progressão de regime. O que já se decidiu é que a vedação legal é que é inconstitucional, o que não significa uma ordem para progredir o regime de todos que se encontram cumprindo pena por crime hediondo, mas somente daqueles que se não fosse o impedimento viciado teriam direito a esse benefício.

c) Mandados de Injunção nº 708, 712 e 650

Sabe-se que a norma constante do art. 37, inciso VII, da CF/88, assegura aos servidores públicos o direito de greve, a ser exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que esse dispositivo tem natureza de norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, de aplicabilidade indireta, necessitando de uma intervenção do legislador infraconstitucional para que tenha aptidão para produzir todos os seus efeitos.

Ocorre que, até o presente momento o legislativo nacional não editou nenhum ato normativo que regulamentasse a questão; os servidores públicos continuam sem um diploma legal que discipline o seu direito de greve. Em

razão dessa inércia legislativa, foram impetrados três mandados de injunção com o fito de suprir essa lacuna do ordenamento, e possibilitar o exercício desse direito fundamental dos servidores públicos, quais sejam os MIs nº 708, 712 e 670.

Nos mandados de injunção citados, o Supremo Tribunal Federal, inovando na jurisprudência constitucional, decidiu conforme a teoria concretista geral. A Corte Suprema não só reconheceu a mora legislativa, bem como criou norma geral e abstrata para o caso, uma vez que permitiu que fosse aplicada aos servidores públicos a Lei de Greve da iniciativa privada, e mais, com extensão para todos os servidores públicos, e não só para os impetrantes do *writ*. Ou seja, a omissão constitucional decidida incidentalmente passou a produzir efeitos *erga omnes*.

A relevância desses julgamentos se deve ao fato de que o Mandado de Injunção passou por uma grande transformação, pois se limitava a reconhecer a omissão legislativa, e agora passou a ter maior eficácia prática do que a própria Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, que é instrumento de controle abstrato.

De acordo com Pedro Lenza (2008, p. 651), o mandado de injunção surgiu com a finalidade de resolver a síndrome de inefetividade das normas constitucionais. Partindo dessa premissa é que o STF decidiu conforme a teoria concretista geral. Após mais de 20 anos da promulgação da Constituição atual, o Poder Legislativo continua inerte quanto à esse mister; entendeu o Supremo Tribunal, que essa postura legislativa ultrapassa os limites da razoabilidade, tendo em vista que já passou tempo suficiente para elaboração da lei de greve em questão, não podendo mais os servidores públicos ficarem impedidos de exercerem um direito fundamental que lhes foi constitucionalmente assegurado.

De nada valeria a previsão constitucional se não fosse permitido o exercício do direito. A jurisdição constitucional pautou-se na idéia de conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais, que no caso é o direito de greve dos servidores públicos.

A aplicação de efeitos *erga omnes* a esses julgados só foi possível por causa da teoria da transcendência dos motivos determinantes; entenderam os excelentíssimos Ministros do STF que, como a causa era de grande relevância e que há muito tempo se clamava por uma normatização do assunto, a demanda ultrapassava as barreiras dos direitos subjetivos ali discutidos.

Se considerássemos que essas decisões seriam aplicáveis apenas aos impetrantes que ajuizaram o mandado de injunção, haveria o risco de julgamentos contraditórios sobre o mesmo assunto. Em alguns casos os magistrados decidiriam de acordo com o entendimento do STF, e em outros poderia não aplicar a Lei nº 7.783/89, o que com certeza geraria insegurança jurídica.

De fato, seria inconcebível que para um determinado grupo de servidores fosse garantido o exercício do direito de greve, amparado pelo princípio da legalidade, e para os demais servidores fosse considerado ilegal ante a ausência de norma legal.

Essa postura violaria não só o princípio da igualdade, tendo em vista que seria conferido tratamento desigual aos que se encontram em situação de igualdade, mas também os princípios da proporcionalidade e economia processual. Os servidores que não ajuizaram o mandado de injunção teriam que percorrer todo o caminho processual para ver reconhecido um direito sobre o qual já se manifestou a Corte Constitucional.

### **3. O PAPEL DO SENADO DO SENADO FEDERAL**

#### **3.1 Art. 52, X, CF/88 x Teoria da Transcendência dos motivos determinantes**

Conforme já mencionado, o controle de constitucionalidade no modelo difuso restringe-se ao caso concreto. Neste caso o Supremo Tribunal Federal, como guardião da constituição decide de forma definitiva a lide, e eventual declaração incidental de inconstitucionalidade deverá ser comunicada ao Senado Federal para que promova a suspensão do ato normativo impugnado.

Dispõe o art. 52, X, da CF/88:

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

Percebe-se pela literalidade do dispositivo acima que o controle de constitucionalidade difuso somente se aperfeiçoa para a sociedade como um todo após a atuação do Senado Federal. Antes da resolução senatorial a lei impugnada continua a ser aplicada nos demais casos concretos. A suspensão pelo Senado Federal representa uma verdadeira condição de eficácia para extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, há algum tempo se faz necessária uma medida mais efetiva da jurisdição constitucional em face das omissões legislativas, em especial quando se refere à eficácia dos direitos fundamentais.

A própria Constituição, em seu art. 5º, §2º, estabelece que os direitos e garantias, tanto os por ela previstos, como os que decorrem de tratados internacionais e princípios, possuem aplicação imediata.

É em razão dessa regra constitucional, que prioriza a efetivação dos direitos fundamentais, que se busca fundamentar a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Sustenta-se que a Corte Constitucional também não pode se quedar inerte diante da omissão legislativa, sob pena de

comprometer a efetividade dos direitos fundamentais, e por conseqüência, violar a carta magna.

No entanto, insta consignar que a teoria da transcendência não é aplicável somente para preenchimento de lacunas legislativas. Na verdade, a jurisprudência a tem utilizado também em casos concretos, onde não há omissões, como por exemplo: no caso da interpretação conforme a Constituição que determinou a adequação do número de vereadores ao critério de proporcionalidade, e sobre o reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes se coaduna com o conteúdo da decisão. Tem por objetivo analisar os fundamentos que levaram ao entendimento final, ou seja, qual a *ratio decidendi*.

Conferir efeitos transcendentais aos motivos determinantes da decisão significa primordialmente ampliar a eficácia da decisão proclamada pelo Supremo Tribunal Federal em um caso concreto. Esta passaria a se aplicar a todos indistintamente, ultrapassando a demanda subjetiva discutida em juízo.

Em face dessa evolução do pensamento jurisprudencial em começar a implementar regras de controle objetivo no difuso vai de encontro aos preceitos estabelecidos pelo constituinte originário. É importante ressaltar que, diante da nova eficácia que se quer atribuir ao controle difuso, o conteúdo normativo do art. 52, X, CF/88 restaria esvaziado; pois de que valeria a resolução do Senado se a própria decisão do Supremo já seria suficiente para aplicação de efeitos *erga omnes*?

De acordo com a teoria ora analisada a decisão da Suprema Corte seria dotada de capacidade para produzir efeitos *erga omnes* justamente por conta da transcendência dos motivos determinantes. Como a doutrina constitucional deve ser una, de modo a assegurar a força normativa da Constituição, então deve-se evitar decisões contraditórias sobre casos semelhantes. Assim, a razão de decidir deve ser a mesma para todos os casos que tem a lei impugnada como fundamento.

Todavia, embora a teoria da transcendência dos motivos determinantes tenha surgido, como uma construção jurisprudencial, a fim de assegurar unidade de pensamento constitucional, acabou-se por dar ensejo a um conflito hermenêutico. Isto é, estamos diante de uma tese que visar dar nova interpretação ao conteúdo normativo do inciso X, do art. 52, da CF/88, se contrapondo a uma regra expressa da Constituição, a qual se encontra plenamente em vigor.

Questiona-se até que ponto é possível reinterpretar uma norma expressa da constituição; se seria possível, através do fenômeno da mutação constitucional, reformular a metodologia do controle de constitucionalidade originariamente previsto.

### **3.2 Análise crítica da teoria**

Inicialmente, convém destacar os argumentos a favor e contra a teoria sob análise, para compreensão do raciocínio das linhas de pensamento em confronto, de modo a possibilitar uma conclusão esclarecedora do conflito.

#### **3.2.1 Argumentos a favor**

A teoria da transcendência dos motivos determinantes tem por fim evitar decisões contraditórias do poder judiciário sobre casos semelhantes, sob a alegação de que é preciso conferir unidade ao ordenamento jurídico, para assegurar a força normativa da Constituição.

Outro argumento utilizado pelos defensores dessa tese baseia-se no binômio: economia processual e celeridade. Busca-se evitar as chamadas “causas de massa”. Tendo a decisão do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes*, várias demandas seriam, de pronto resolvidas, não havendo mais necessidade de percorrer todo o caminho até a decisão definitiva através de recurso extraordinário.

Sustenta-se que muitas vezes a condução de um processo até o Supremo Tribunal Federal leva tempo demais, podendo inclusive implicar até em perecimento do direito discutido. Ademais, os custos financeiros também

são excessivos. Tudo isso seria suficiente para legitimar a prática jurisprudencial pretendida, pois daria maior celeridade na prestação do direito, que, por si só, já é um direito fundamental, nos termos do 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Os defensores dessa tese alegam também que o momento vivido hoje é o de Constitucionalização do direito, ou seja, toda interpretação deve partir da Constituição, a fim de conferir a máxima efetividade aos seus preceitos. Assim, seria necessária uma interpretação uniforme das normas submetidas ao crivo do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal também em sede de controle difuso.

Os argumentos trazidos pelos que defendem a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes buscam “abstrativizar” o controle difuso. Isto é, dão-lhe contornos abstratos partindo da premissa de que houve uma mutação constitucional do art. 52, X, CF/88.

O art. 52, X, CF/88 não teria mais a atribuição de suspender a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal definitivamente. À resolução do senado caberia tão somente dar publicidade à decisão da Suprema Corte.

O principal defensor dessa teoria é o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes. Sustenta que o STF, como guardião da Constituição, cabe a ele dar a última palavra de como deve ser interpretada a norma fundamental. É nesse sentido que se assegura a força normativa da Constituição, pois interpretações divergentes enfraquecem esse postulado hermenêutico.

Nos Estados Unidos da América, onde se opera o modelo descrito acima, o precedente adotado pela sua Suprema Corte vincula os demais juízos. Lá há o efeito vinculante chamado de *binding effect*. Assim, argumenta-se que o sistema do *civil Law* por adotar o instituto do *stare decisis*, que dá mais peso ao precedente judicial, seria mais adequado a realidade brasileira, uma vez que evitaria decisões contraditórias acerca de um mesmo assunto.

Partindo dessa premissa é que se defende uma ampliação dos efeitos da declaração definitiva de inconstitucionalidade no controle difuso; pois, caso a decisão definitiva só se aplique às partes envolvidas na demanda, não incidindo na esfera jurídica das demais pessoas, haveria violação ao princípio da igualdade.

Na doutrina há alguns entendimentos que apóiam essa evolução jurisprudencial, alegando que as circunstâncias atuais não demandam mais uma intervenção política no controle de constitucionalidade, razão pela qual seria totalmente dispensável resolução do Senado Federal para aplicação de efeitos genéricos às decisões em sede de controle difuso. Dirley da Cunha Jr. (2009, p.321):

Portanto, e concluindo o exame da jurisdição constitucional no controle difuso-incidental à luz do direito constitucional positivo brasileiro, somos de opinião de que se deva eliminar do sistema a intervenção do Senado nas questões constitucionais discutidas incidentalmente, para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América.

### **3.2.2 Argumentos contra**

Em contrapartida, há juristas que rechaçam a idéia de reformulação do controle de constitucionalidade através de um método informal de reforma constitucional.

O principal argumento contra a teoria da transcendência dos motivos determinantes deve-se a não aceitação da nova interpretação que se pretende dar ao inciso X, do art. 52, da CF/88.

Inicialmente sustenta-se a falta de regulamentação normativa que fundamente a tese sobre a transcendência dos motivos determinantes no controle difuso. Não há norma jurídica no ordenamento brasileiro que legitime esse raciocínio hermenêutico sobre a matéria. Neste sentido Pedro Lenza (2008, p. 155-156):

(...) muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em

termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.

Considerando a ausência de normatividade mencionada, extirpar do sistema a participação do Senado Federal do controle de constitucionalidade, significaria uma usurpação de competência por parte do Supremo Tribunal Federal. O Judiciário estaria, ao mesmo tempo, criando uma norma e retirando parcela de poder de um órgão legislativo, que lhe fora atribuída pelo Poder Constituinte Originário, do qual o povo é detentor.

### ***3.2.3 Discussão do tema***

De fato, não há dispositivos na Constituição que possam servir de fundamento legal para a Teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, como quer parte da jurisprudência.

Os argumentos expostos pelos defensores da teoria discutida são bastante fortes, pois tem por finalidade justamente conferir maior eficiência ao sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil. Além dos princípios já enunciados nos tópicos anteriores, tem-se também o fato que o Supremo Tribunal Federal, apesar de ser órgão do Poder Judiciário, também possui uma feição política, pois como guardião da Constituição tem que decidir de acordo os ideais nela previstos.

Tendo em vista que a Constituição é a Norma Fundamental do Estado, nela estando consagrados os seus elementos organizatórios, repartição de poderes e os valores da sociedade, não há como negar-lhe também um caráter político.

Importante frisar que, se as decisões do Supremo Tribunal Federal são também dotadas de dimensão política, não haveria motivos para submeter seus julgados ao Senado Federal a fim de conferir-lhe generalidade. O juízo de valor que seria feito pelo órgão legislativo seria eminentemente político, conforme critérios de conveniência e oportunidade, que não poderia prevalecer

sobre o exame jurídico que serve de fundamento para os entendimentos da Suprema Corte (CUNHA JR., 2009, p. 320).

A Norma Constitucional, por ocupar o topo da pirâmide do ordenamento jurídico deve ser dotada de supremacia, de modo a assegurar-lhe essa imperatividade sobre todo o sistema. Daí a necessidade de ser interpretada conforme o princípio da unidade.

De acordo com Robert Alexy, os princípios são normas de otimização, e como tais possuem uma dimensão de peso ou valor, diferentemente das regras, que transitam no campo da validade. O conflito entre os princípios não implica em exclusão de um por causa de outro, ambos coexistem no sistema, devendo um ceder à aplicação do outro no caso concreto; deve haver uma concordância prática. (*apud*, CUNHA JR., 2008, p. 156-157).

Assim, tentar fundamentar uma nova hermenêutica constitucional apenas com base em princípios é objetivo bastante complexo, que demanda um maior amadurecimento da sociedade, haja vista o impacto sobre o texto constitucional.

Embora haja inúmeros argumentos que explicitamente demonstram a eficácia da teoria da transcendência dos motivos determinantes, dentre eles celeridade e economia processual, não é razoável que tais normas principiológicas possam sobrepor-se a texto expresso da Constituição. Os princípios constitucionais devem conviver dentro do ordenamento jurídico, sendo destituídos de eficácia revogadora de norma constitucional originária.

Dessa forma, defender a mutação constitucional do inciso X, do art. 52, da CF/88, caracterizaria uma translação de competência do Senado Federal para o Supremo Tribunal Federal, através de um processo informal de reforma Constitucional, que vai de encontro ao poder constituinte originário, do qual o povo é detentor.

Interessante destacar que, sendo o povo o verdadeiro detentor do poder constituinte, não há legitimidade para a jurisdição constitucional excluir a participação do Senado Federal do sistema de controle de constitucionalidade, haja vista que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos

democraticamente, ao contrário dos membros do Poder Legislativo, como é o caso do Senado Federal.

Com efeito, embora haja inúmeros argumentos que justifiquem a utilização da teoria da transcendência dos motivos determinantes pelo controle difuso, o argumento contra é forte o suficiente para afastar a tese nestes casos subjetivos, tendo em vista que só ao povo é conferido o poder de reformar uma norma constitucional originária.

## CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade é um tema de grande relevância não só para os aplicadores do direito, mas para a sociedade como um todo, tendo em vista a supremacia normativa conferida à Constituição da República.

Considerando a relevância do assunto, e o dinamismo que vem sendo atribuído à matéria, mostrou-se conveniente relatar uma breve cronologia sobre a evolução dos mecanismos de controle de constitucionalidade. Buscou-se traçar um paralelo entre o Direito Brasileiro e o Direito Comparado, a fim de entender como se deu a aproximação entre os modelos difuso e concentrado, e em quais aspectos ainda se distinguem.

Dentre os aspectos mais importantes, que evidenciam a tendência de abstrativização do modelo difuso de controle de constitucionalidade, tem-se: a) o requisito da repercussão geral em relação ao recurso extraordinário; e b) a acolhida da teoria concretista pela jurisprudência quando da análise de mandado de injunção.

A repercussão geral foi inserida na sistemática processual do recurso extraordinário como um meio de tornar mais eficiente o seu julgamento. O objetivo é justamente garantir que somente questões de grande relevância para a sociedade sejam analisadas pela Corte Suprema.

Pois bem, para tornar possível a tão buscada eficiência processual, foi que se permitiu o julgamento por amostragem. O fato de algumas demandas ficarem sobrestadas, enquanto aguardam o julgamento de outras consideradas semelhantes, evidencia o caráter abstrato que se quer conferir ao controle difuso concreto.

O recurso extraordinário é, originariamente, instrumento de controle difuso concreto de constitucionalidade. Contudo, ele vem se aproximando cada vez mais do modelo abstrato de constitucionalidade, como por exemplo, a possibilidade de controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais perante o STF, quando se tratar de norma de repetição obrigatória pela Constituição dos Estados membros.

O mandado de injunção também é instrumento de controle difuso concreto de constitucionalidade. Todavia, a maneira como a jurisprudência vem examinando o instituto nos dá margem para concluir que, mais uma vez se busca efeitos abstratos. As teorias concretistas, mencionadas no capítulo I, permitiram que a atuação positiva do Judiciário fosse aplicada para além da demanda subjetiva discutida na causa.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes é que torna possível essa aplicação de efeitos abstratos a instrumentos de controle concreto. A fundamentação da decisão ultrapassa as barreiras do caso concreto para fins de valer para outras causas semelhantes.

Com efeito, é cabível o questionamento que se faz sobre o novo papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso concreto. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal seria auto-suficiente para valer contra todos, não seria mais necessária resolução senatorial para atribuição de efeito *erga omnes*.

No entanto, apesar de se mostrar convincente e também bastante eficiente, tanto do ponto de vista da economia processual, como da unidade constitucional, entendo não ser viável a sua aplicação indiscriminada pelo direito brasileiro.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da ordem constitucional. Todavia, a Constituição Federal não lhe conferiu competência para atuar como legislador positivo, sob pena de violar o princípio da separação de poderes.

A Carta Magna é bastante clara ao enunciar a necessidade de resolução do Senado Federal para atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões definitivas, proferidas em sede de controle concreto pelo Supremo. O inciso X, do art. 52 encontra-se em pleno vigor, motivo pelo qual concluo não ser possível a sua exclusão do ordenamento por meio de método interpretativo, como a dita mutação constitucional.

Importante, portanto, ponderar os argumentos a favor e contra a transcendência dos motivos determinantes no controle difuso concreto. De um

lado temos a necessidade de um Poder Judiciário mais atuante, e de outro lado, a necessidade de preservação do texto constitucional.

Extrai-se do histórico descrito no capítulo I, que no Estado Brasileiro já houve a era de supremacia do Poder Legislativo, e posteriormente, uma maior influência do Poder Executivo. Somente com a redemocratização do país é que retornou o equilíbrio entre os poderes de estado.

Assim, na atualidade, em que o Legislativo continua inerte em relação a muitos de seus deveres constitucional de legislar, abre-se espaço para um Poder Judiciário atuante.

O Supremo Tribunal Federal tenta responder aos anseios da sociedade e compor conflitos, mesmo diante de lacunas legislativas. Contudo, sob o argumento de suprir lacunas e operacionalizar o controle de constitucionalidade, a prática de aproximação entre os sistemas, não pode contrariar a própria Constituição Federal, a qual deve proteger.

Por fim, após ponderação de interesses, entendo que o valor constitucional da separação de poderes deve prevalecer na análise do tema abstrativização do controle difuso concreto. Ainda que se considere que princípio é também espécie do gênero norma jurídica, assim como as regras, entendo que deve prevalecer o conteúdo do inciso X, art. 52 da Constituição Federal.

Ressalta-se que o papel do Senado Federal, atribuído pelo referido dispositivo constitucional, é oriundo do Poder Constituinte originário, do qual só o povo é detentor. Assim, uma técnica de hermenêutica não teria poderes suficientes para revogar norma advinda da vontade popular, visto que os magistrados membros do Supremo Tribunal Federal não são detentores de mandato eletivo.

Concluo então, que para viabilizar a teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle de constitucionalidade brasileiro, é necessária uma regulamentação normativa. Somente a partir de proposta de emenda à Constituição é que entendo possível reformular a norma do art. 52, inciso X.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 3.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SALDANHA. Douglas Morgan Fullin. Controle de constitucionalidade no direito comparado. Jus Navigandi. 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: mar. 2009.

GALLO. Ronaldo Guimarães. Mutação Constitucional. Revista virtual da AGU. Ano VI n  51, de abril de 2006. Disponível em: <[www.agu.com.br](http://www.agu.com.br)>. Acesso em: mar. 2009.

BRASIL. Constitui o (1988). *Constitui o da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Vade Mecum. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

