



Pós Graduação em Direito Constitucional

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A PERSPECTIVA DA
ABSTRATIVIZAÇÃO

GABRIELA MIRANDA NAVES

BRASILIA - DF
2013

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Pós Graduação em Direito Constitucional

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A PERSPECTIVA DA
ABSTRATIVIZAÇÃO

GABRIELA MIRANDA NAVES

Monografia apresentada ao programa de pós
graduação do Instituto Brasiliense de Direito
Público - IDP como parte da obtenção do título
de especialista

BRASILIA - DF
2013

GABRIELA MIRANDA NAVES

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: A PERSPECTIVA DA
ABSTRATIVIZAÇÃO

Monografia apresentada ao programa de pós
graduação do Instituto Brasiliense de Direito
Público - IDP como parte da obtenção do título
de especialista

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADOR

MEMBRO DA MESA

MEMBRO DA MESA

BRASILIA - DF
2013

Dedico este trabalho primeiramente à minha família e, sobretudo, à Deus, fonte de inspiração.

RESUMO

O presente trabalho expõe algumas considerações acerca de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, referente à novidade do instituto da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade ocorre de forma incidental e, em regra, produz efeitos *inter partes*. Vale destacar que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o misto. Note que algumas decisões consagraram uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. É o caso do *habeas corpus* nº 82.959/SP, que deu ensejo à Reclamação nº 4335/AC, além de outras decisões que têm estabelecido efeitos vinculantes em determinados casos no controle de constitucionalidade. A doutrina também tem conferido novo entendimento ao art. 52, X, CF. As modificações que objetivaram o recurso extraordinário é outro fator que merece destaque.

Palavras-chave: Constitucional. Controle de constitucionalidade. Sistema difuso. Abstrativização. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Recurso Extraordinário.

ABSTRACT

This academic work exposes information about High Court position regarding a new institute of constitutionality of abstractiveness state action. In the Diffused Control, the motion for unconstitutionality happens of incidental way and, as a rule, produces effect "*inter partes*". It is important to say that the system of control of constitutionality adopted in Brazil is called mixed. Some of decisions created a new interpretation of the effects of unconstitutionality declaration in the Diffused Control. Is the case of "*habeas corpus*" number 82.959/SP, which created the Reclamation number 4335/AC, beyond another decisions witch has established impose binding precedent in certain cases of control of constitutionality. The doctrine has conferred a new understanding of article 55, X, CF. The modifications that aimed the ensure the constitutionality is another factor that deserves featured.

Keyword: Constitution. Control of Constitutionality. System Diffused. Abstractiveness. High Courte. Reclamation. Ensure the constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ALEMANHA, NOS ESTADOS UNIDOS E NA FRANÇA	10
1.1 O Controle de constitucionalidade alemão	10
1.2 O controle de constitucionalidade americano	15
1.3 O controle de constitucionalidade francês	23
2. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	28
2.1 Breve análise histórica do controle de constitucionalidade no Brasil.....	28
2.2 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis segundo a Constituição Federal de 1988.....	33
2.2.1 O controle por via de exceção ou defesa.....	33
2.2.2 O controle por via de ação.....	36
3. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE .	40
3.1 A obsolência da bipolaridade dos sistemas de justiça constitucional (modelo americano <i>versus</i> modelo europeu – kelseniano) segundo Francisco Fernández Segado.....	40
3.2 A perspectiva da abstrativização do controle de constitucionalidade no Brasil	46
3.2.1 A finalidade do recurso extraordinário.....	47
3.2.2 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade e a Reclamação n. 4335/AC	51
CONCLUSÃO.....	56

INTRODUÇÃO

O trabalho em questão pretende expor algumas observações sobre o controle de constitucionalidade, particularmente no que se refere à possibilidade da aplicação de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso. Note que a doutrina e jurisprudência atual abordam o assunto da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e, em especial, a abstrativização do recurso extraordinário, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Assim, as decisões em recurso extraordinário, quando apreciadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, passariam a ter efeito *erga omnes* e vinculante, assim como no controle concentrado, desobrigando a participação do Senado Federal na suspensão da execução da norma declarada inconstitucional. Considerando a referida situação, verifica-se a possibilidade de ocorrer uma mutação constitucional na interpretação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Há uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial, inclusive por parte do legislador, que se reflete na adoção pelo Supremo Tribunal Federal da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, contrariando, assim, doutrinas e jurisprudências mais conservadoras e tradicionais.

O primeiro capítulo deste trabalho tem o intuito de examinar os principais sistemas de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, serão realizadas considerações em relação ao controle de constitucionalidade alemão, francês e americano, demonstrando, ao fazer a análise do direito comparado, as principais peculiaridades, características e como esses institutos influenciaram no processo histórico do controle de constitucionalidade do Brasil, desde a Constituição de 1824 até os dias atuais. Cabe salientar que o Brasil adotou um pouco de cada sistema de controle, estabelecendo um sistema único, que vem passando por modificações ao longo do tempo, para se adaptar ao melhor interesse social, e, assim, submeter a sociedade apenas àquelas leis em concordância com a Constituição.

O segundo capítulo abordará uma perspectiva histórica do controle de constitucionalidade no Brasil. Deste modo, serão observados os essenciais e mais importantes aspectos do controle de constitucionalidade das normas em todas as Constituições brasileiras, principalmente, a Constituição Federal de 1988.

O terceiro e último capítulo expõe algumas características, considerando o afastamento da bipolaridade existente entre o sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, baseando-se em argumentações do jurista Francisco Fernández Segado, o qual faz uma análise de como o controle difuso, adotado nos Estados Unidos, tem se utilizado de alguns institutos do controle europeu-kelseniano e como alguns países da Europa, adeptos do sistema defendido por Hans Kelsen, vêm utilizando-se de institutos criados pelo sistema norte-americano. Assim, de acordo com o referido jurista, não se pode mais ter o entendimento que há uma divisão entre os dois sistemas. Com isso, subentende-se que os sistemas têm se aperfeiçoado, criando assim, um modelo único de controle das normas infraconstitucionais.

Além disso, será feito um esclarecimento de como os dois sistemas, difuso e concentrado, têm se aproximado também no Brasil. Nesse sentido, serão analisadas algumas discussões que vêm ocorrendo no Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emitidas em sede de controle difuso. Também será argumentado sobre o debate do Supremo Tribunal Federal em relação à Reclamação nº 4335/AC, cujo julgamento ainda está pendente. Por fim, será abordado o dispositivo da Constituição Federal, acerca da competência privativa do Senado Federal para suspender a execução, em todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, art. 52, inciso X, e como o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina tem caminhado para uma nova interpretação desse dispositivo em razão dos efeitos produzidos pelas decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso.

Portanto, serão observados os principais aspectos do controle de constitucionalidade no Brasil que têm alterado a forma de como os sistemas de controle de constitucionalidade das normas vêm sendo aplicados pelo poder judiciário, revelando a ocorrência de uma convergência entre esses sistemas e, por sua vez, ensejando a formação de um sistema que afasta a dicotomia difuso *x* concentrado.

1. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ALEMANHA, NOS ESTADOS UNIDOS E NA FRANÇA

1.1 O Controle de constitucionalidade alemão

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha encontra suas raízes históricas nos antigos tribunais imperiais do Sacro Império Greco-Germânico. A Constituição de 1849 estabeleceu uma perspectiva do exercício do controle de constitucionalidade por meio do Tribunal Imperial. Além disso, também consagrou um instrumento destinado à proteção dos direitos fundamentais. O instrumento em questão assemelha-se ao recurso constitucional, originado pela lei Fundamental Alemã. Apesar de prever a existência de um controle de normas, a Constituição imperial de 1849 não entrou em vigor ¹.

A Constituição de Bismark, de 1871, não previa a existência de um Tribunal Constitucional. Já a Constituição de Weimar, de 1919, foi responsável pela criação do Tribunal do Estado. No entanto, não fez nenhuma disposição expressa de um controle de constitucionalidade das leis. Nesse sentido,

O Tribunal do Estado passou a consagrar a revisão jurisdicional das leis federais, no que é considerado pela doutrina alemã como uma preparação para a criação do controle jurisdicional de constitucionalidade, uma vez que se admitia a análise judicial da compatibilidade do direito estadual com o direito federal (Constituição de Weimar, art. 13, II), o exame da constitucionalidade do direito pré-constitucional, bem como a análise da legitimidade dos regulamentos. A doutrina alemã foi evoluindo nessa interpretação, até que o Tribunal do Estado passou a admitir, jurisprudencialmente, o controle jurisdicional de constitucionalidade em acórdão do Tribunal do Estado em 4-11-1925 ².

Porém, o período nazista distanciou qualquer alternativa de controle jurisdicional de constitucionalidade. A lei alemã vinculava todos os órgãos do poder judiciário, pois era consequência de uma Constituição parlamentarista. Assim, as desagradáveis experiências vividas pelo povo alemão, em parte, são resultados da falta de um controle jurisdicional das leis. Com isso, foi essencial a adoção do *judicial review*. Após diversos debates, o Parlamento determinou a criação de Tribunal autônomo, distanciando, dessa maneira, a criação de um tribunal de instância superior, responsável pelo controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais ³.

¹ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 152.

² MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de direito constitucional**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006. p. 153.

³ *Ibidem*. p. 154.

Atualmente, o Tribunal Constitucional Alemão constitui-se em um órgão autônomo e independente. Nesse sentido, esse Tribunal não se subordina a nenhum órgão estatal e relaciona-se diretamente com os demais Poderes do Estado, possuindo autonomia orçamentária, organizacional e administrativa ⁴.

Confirmando o entendimento acima, afirmou Otto Bachof que:

A competência judicial do controle não foi criada pelo legislador da Lei Fundamental, mas por ele encontrada como um instituto jurídico já conhecido da ordem jurídica alemã, reconhecido pela grande maioria da doutrina e aplicado de maneira constante pelos tribunais, sobretudo desde a decisão fundamental de Reich, de 4-1-1925: em consequência disso, nos debates do Conselho Parlamentar sobre o complexo de questões mais tardes reguladas no art. 93, n° I, alínea 2, e no art. 100, ‘a competência judicial do controle’ foi o ponto de partida das discussões. O Conselho Parlamentar quis centralizar e monopolizar nos tribunais constitucionais esta competência inicial de controle – mais exactamente – não toda a competência de controle, mas apenas a competência para a negação definitiva da validade da norma sob controle ⁵.

Apesar de a Lei Alemã estabelecer o tempo de sua vigência em seu art. 46, as bases jurídicas da unificação alemã transformaram-na na Constituição da Alemanha. Dessa forma, em uma sequência de Tratados entre as antigas Repúblicas Federal e Democrática da Alemanha, tornou-se factível a reunificação da Alemanha, disponibilizando validade ilimitada à Lei Fundamental e, consequentemente, a sua regulamentação sobre jurisdição constitucional⁶.

O ordenamento jurídico alemão acolheu tanto o controle abstrato quanto o controle difuso de constitucionalidade. Porém, ao contrário do que ocorre no controle difuso adotado no Brasil, onde qualquer juiz ou tribunal pode pronunciar a inconstitucionalidade incidental de uma norma, na Alemanha há um monopólio decisório por parte do Tribunal Constitucional Federal ⁷.

Ao tratar do controle alemão de constitucionalidade, Gilmar Mendes destaca que as “Constituições italiana e alemã não contêm o grave defeito contemplado, inicialmente, no sistema austríaco, que era omissivo quanto ao controle judicial concreto” ⁸.

Assim, a Lei Alemã firmou os dois modelos de controle de constitucionalidade mais importantes, os quais serão abordados a seguir.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de direito constitucional**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006. p.. 153.

⁵ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 74.

⁶ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 154.

⁷ Ibidem. p. 154.

⁸ MENDES, op. cit. p. 36.

O controle concentrado foi inspirado no modelo austríaco preconizado por Hans Kelsen, o qual será posteriormente demonstrado. Note que é competência do Tribunal Constitucional Federal o julgamento de assuntos quando houver receio a respeito da compatibilidade de uma lei federal ou estadual com a Lei Fundamental, ou ainda da compatibilidade de uma lei estadual com outras leis federais. Ressalta-se que, neste último caso, o Brasil adotou o recurso extraordinário quando a decisão de tribunal inferior julgar válida lei local contestada em face de lei federal, conforme prevê o art. 102, III, “d”.

Importante destacar também que a lei estadual somente será objeto de discussão pelo Tribunal Constitucional Federal quando sua constitucionalidade não puder ser discutida perante o Tribunal Constitucional respectivo ⁹.

Gilmar Mendes traz interessante argumentação em relação ao exercício do controle concentrado pelo Tribunal Constitucional Federal, expondo que:

Desde o início, o controle abstrato de normas desfrutou de posição firme na práxis do *Bundesverfassungsgericht*, senão por outras razões, graças à relevância política das questões jurídicas submetidas à apreciação do Tribunal. Do prisma estritamente estatístico, o controle abstrato de normas não tem maior significado, tendo sido proferidas apenas 56 decisões de mérito desse tipo de processo no período de 1951-1989 ¹⁰.

Gilmar Mendes destaca ainda que o *Bundesverfassungsgericht*, já no começo da sua magistratura, reconheceu a dupla função do controle abstrato de normas. E conclui que:

De um lado revela-se esse processo um instrumento adequado de defesa da Constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (função de defesa). De outro, contribui o controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espancando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica (segurança jurídica) ¹¹.

Note que inexistente controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, podendo os legitimados provocar o Tribunal Constitucional Federal somente após a publicação da norma no repertório oficial. Assim, deverá o legitimado enviar o pedido escrito e devidamente fundamentado, requerendo para a instauração desse controle a existência de

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 56.

¹⁰ *Ibidem* p. 56.

¹¹ *Ibidem* p. 56.

dúvida ou controvérsias sobre a compatibilidade da lei federal com a Lei Fundamental ou da lei estadual com a Constituição ou o direito federal ¹².

Há possibilidade de controle concentrado de leis federais, inclusive aquelas que validam tratados internacionais, leis orçamentárias, estaduais, regulamentos jurídicos do direito federal e do direito estadual.

Importante destacar o ensinamento de Konrad Hesse que:

Segundo a concepção do Tribunal Constitucional Federal, cada tribunal tem de decidir a questão autonomamente a questão jurídica, se as leis promulgadas antes da entrada em vigor da Lei Fundamental são compatíveis com a lei Fundamental ou não; porque a decisão sobre a incompatibilidade de direito pré-constitucional com a Lei Fundamental deixa a autoridade do poder legislativo inata ¹³.

Há ainda a possibilidade, assim como no Brasil, do controle da constitucionalidade de emendas constitucionais, desde que a emenda seja contrária às normas formais e materiais que definem a possibilidade de alteração da Constituição.

Nesse sentido, Otto Bachof dispõe que:

Isto resulta já do facto de a Lei Fundamental, no artigo 79, nº 3, declarar inalteráveis alguns dos seus preceitos. Se porventura, apesar disso, uma semelhante alteração – conscientemente ou mesmo não intencionalmente, em consequência de uma errada avaliação do alcance da norma modificadora ou da declarada como imodificável – fosse aprovada e publicada na forma de uma lei de revisão da Constituição, a norma modificadora reivindicaria para si própria a qualidade de norma constitucional eficaz, e no entanto, simultaneamente, medida pela norma da Constituição até aí ‘inalterável’, seria inconstitucional. Não vejo nenhuma razão pela qual não devesse poder recorrer-se ao Tribunal Constitucional Federal também num tal caso: de contrário, deixara de exercer-se uma das suas mais essenciais funções como guarda da Constituição, além disso, a letra do artigo 93, nº I, alínea 2, e do artigo 100, nº I, não vai contra essa solução, pois ‘direito federal’ ou ‘lei’ também o é uma lei de alteração da Lei Fundamental ¹⁴.

Por oportuno, ressalta-se que, se a parte legitimada a provocar o Tribunal Constitucional Federal desistir da ação, poderá o mesmo, caso entenda necessário, dar prosseguimento ao controle abstrato. Isso acontece pelo fato de existir a garantia do interesse público e em decorrência da supremacia das normas constitucionais.

¹² MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 156.

¹³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 85.

¹⁴ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 13.

Com isso, entende-se que o Tribunal, apesar de se vincular ao pedido da ação, não está vinculado à causa de pedir. Nesse caso, poderá verificar todos os aspectos constitucionais, mesmo que não se refiram à causa de pedir.

O controle difuso, também denominado de “questão de inconstitucionalidade”, está previsto no art. 100 da Lei Fundamental, o qual estabelece que quando um Tribunal entender que uma lei inconstitucional e a decisão a ser emitida dependerá da validade dessa lei, terá o magistrado que suspender o processo e remeter a questão ao Tribunal Constitucional Federal. Note que, quando a norma de uma Constituição estadual for desrespeitada, a questão será suscitada perante o tribunal estadual competente em assuntos inconstitucionais¹⁵.

De acordo com Gilmar Mendes, “o dissídio jurisprudencial entre Tribunais Constitucionais estaduais ou entre estes e o *Bundesverfassungsgericht* a propósito da interpretação da Lei Fundamental insere-se entre as hipóteses de controle normativo”¹⁶.

Assim, diferencia-se o controle difuso alemão do brasileiro, diante da falta de um verdadeiro monopólio decisório para a declaração de inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional Federal. Nesse sentido, é vedado aos juízes e demais tribunais a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Ressalta-se que

a ausência de inconstitucionalidade no caso concreto não afasta os demais órgãos do Poder Judiciário do exercício do controle difuso de constitucionalidade, transformando os tribunais e juízes alemães em meros espectadores no controle de constitucionalidade, com a obrigação automática de aplicação de normas que entenderem inconstitucionais, pois esses magistrados poderão, no exercício de sua tarefa constitucional de impedir a violação de direitos pelo poder público – inclusive pela aplicação de normas inconstitucionais – ao considerar uma lei inconstitucional suspender o processo e submeter a questão ao Tribunal Constitucional Federal¹⁷.

Apesar de não declararem a inconstitucionalidade de uma norma, os juízes e tribunais participam ativamente do controle difuso de constitucionalidade, pois conseguem evitar a aplicação, pelo Poder Judiciário, de leis inconstitucionais, tendo em vista que todos os juízes são legitimados a requerer a atuação do Tribunal Constitucional.

Cappelletti, ao tratar do assunto, ensina que:

¹⁵ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 157.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de direito constitucional**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006. p. 38.

¹⁷ MORAES. op. cit. p. 153.

Todos os juízes, e não apenas os juízes superiores, são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será suspenso enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade¹⁸.

Assim, ocorrendo uma controvérsia sobre a constitucionalidade de uma lei, que dependa da solução de um processo e, caso os juízes e tribunais ordinários e superiores entendam que a mesma é constitucional, poderão decidir o caso concreto. Contudo, se a lei, objeto de controvérsia for considerada inconstitucional, o juiz ou tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade da norma incidentalmente decidindo o caso concreto. Deverá, ao invés, suspender o processo submetendo a questão constitucional ao Tribunal Constitucional Federal. Assim, tem-se que apesar de a análise da constitucionalidade da lei poder ser realizada por qualquer órgão do judiciário, a declaração da inconstitucionalidade da lei é primazia do Tribunal Constitucional Federal, conforme adverte Alexandre de Moraes¹⁹.

1.2 O controle de constitucionalidade americano

O item em epígrafe tem como finalidade expor a maneira de como se deu o controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos da América, após sua independência e transformação na Federação Americana.

Note que “a constituição escrita é um feito revolucionário na história do constitucionalismo; e na América foi sentida por todos como algo natural e necessário”²⁰.

Ressalta-se que é de extrema relevância conhecer a história e o funcionamento do controle de constitucionalidade americano, já que tal modelo inspirou diversas constituições, inclusive a brasileira. Antes de entrar no assunto sobre o controle das normas americanas, deve-se observar como foi o processo de amadurecimento para que se chegasse ao entendimento que hoje é estabelecido em sua Constituição. Cabe destacar que os Estados Unidos foi primordial para a expansão do Constitucionalismo moderno em diversos países. Assim, passaremos, primeiramente, a analisar o modelo de Justiça Constitucional adotado por esse país. José Alfredo de Oliveira Baracho declara que “a noção de Justiça Constitucional é

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 109.

¹⁹ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 158.

²⁰ Tradução livre do trecho: “*La constitución escrita es un hecho revolucionario en La historia del constitucionalismo; y en America fue sentida por todos como algo natural y necesario*” referente MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 161.

expressão que designa o conjunto de instituições e técnicas por meio das quais é assegurada a supremacia da Constituição”²¹.

A noção de Justiça Constitucional mencionada acima foi estabelecida com Hans Kelsen e Charles Eisenmann. Kelsen acreditava que a Justiça Constitucional seria uma maneira de garantir a jurisdição da Constituição. Em contrapartida, Eisenmann faz uma diferenciação entre “Justiça Constitucional” e “Jurisdição Constitucional”. De acordo com ele, a Justiça Constitucional seria uma espécie de justiça ou meio de jurisdição pela qual se analisa aspectos das leis constitucionais, enquanto que a Jurisdição Constitucional é o órgão pelo qual se cumpre a justiça constitucional, proporcionando, em seguida a compreensão do sentido jurídico da Justiça Constitucional²².

Assim, pode-se entender que o controle de constitucionalidade exercido pelos Estados não é senão uma das técnicas de que dispõe a Justiça Constitucional.

Apesar de o modelo de controle de constitucionalidade americano ter sido utilizado em diversos países, principalmente nos latino-americanos e alguns da Europa, como por exemplo, Grécia e Noruega, pode-se afirmar que grande parte desses países ultrapassaram esse modelo com algumas peculiaridades a fim de adequá-lo às suas particularidades.

Nesse sentido, Baracho expõe que:

O modelo americano dificilmente é transponível para outros países a não ser os Estados Unidos, tendo em vista suas particularidades e em decorrência de que os países europeus adotaram um sistema que não repousa no exercício da Justiça Constitucional pelos juízes ordinários, mas confia aos mesmos uma jurisdição constituída em decorrência das particularidades desses sistemas²³.

Considerando essa característica da impossibilidade de transposição perfeita de um modelo de Justiça Constitucional de um país para outro, em consequência da experiência histórica de cada país, Matteucci afirma que:

As constituições, quando superam a prova do tempo, não podem ser consideradas construções abstratas influenciadas por outros países. Devem responder a uma experiência histórica e coletiva, quase a um inveterado hábito de governo: na realidade, a explosão de 1776 não foi um ato

²¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Basto: Teoria Geral da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 445.

²² *Ibidem* p. 446.

²³ *Ibidem*. p. 447.

revolucionário, mas sim a consolidação de um processo secular e autônomo²⁴.

O controle de constitucionalidade das leis é uma decorrência lógica das constituições rígidas e, portanto, escritas. Tal controle se dá por um processo de revisão especial, o qual institui à Constituição uma estabilidade superior àquela desfrutada pelas leis infraconstitucionais.

Dessa maneira, reconhece-se a supremacia do texto constitucional sobre as demais regras de direito vigentes no ordenamento jurídico de um determinado país. Paulo Bonavides, ao abordar a questão da supremacia das normas constitucionais, destaca que “a conseqüência dessa hierarquia é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”²⁵.

Por isso, o Parlamento não pode inserir no ordenamento jurídico leis contrárias às disposições expressas na Constituição. Caso contrário, essas leis serão consideradas nulas e sem aplicação no ordenamento jurídico. Contudo, há uma dificuldade em determinar qual será o órgão responsável pela declaração de inconstitucionalidade de determinada lei. Nos Estados Unidos, o controle das normas é exercido fundamentalmente pelos órgãos judiciais.

Nesse contexto, Nicola Matteucchi expõe que:

Contra a onipotência do Parlamento, exaltou-se a função dos tribunais judiciais de não aplicar as leis inconstitucionais, da mesma maneira, contra o perigo de um abuso por parte das diversas assembléias existentes sobre um mesmo território, atribuía-se ao poder judiciário o dever de garantir tanto aos estados como ao Estado Federal o exercício dos direitos que lhes assinava a Constituição. Essas duas linhas se encontram e confluem em um mesmo resultado: o reforço do poder judiciário, como custodiante e intérprete da constituição. O absolutismo europeu que havia visto o soberano desvinculado das leis, resulta desta maneira derrotado²⁶.

²⁴ Tradução livre do trecho: “*Las constituciones, cuando superan la prueba del tiempo, no pueden ser construcciones abstractas a la moda e influidas culturalmente por otros países. Deben responder a una experiencia histórica colectiva, casi un inveterado hábito de gobierno: en realidad, la explosión de 1776 no fue un acto revolucionario, sino la consolidación de un proceso secular y autónomo*” referente MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 170.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 267.

²⁶ Tradução livre do trecho: “*Contra la omnipotencia del Parlamento, se exaltó la función de los tribunales judiciales de no aplicar las leyes anticonstitucionales, de la misma manera, contra el peligro de un abuso de poder por parte de las diversas asambleas coexistentes sobre un mismo territorio, se atribuía al poder judicial el cometido de garantizar tanto a los estados concretos como al Estados federal el ejercicio de los derechos que les asignaba la constitución. Las dos líneas se encuentran y confluyen en el mismo resultado: el reforzamiento del poder judicial, como custodio e interprete de la constitución. El absolutismo europeo, que había visto al*

Acerca do tema, Francisco Fernández Segado dispõe que:

O sistema norte-americano encontra sua razão de ser na vontade de estabelecer a supremacia do Poder Judicial (o denominado “governo dos juízes”) sobre os poderes restantes, particularmente sobre o poder legislativo. Tal constitui um ato de confiança nos Juízes, os quais não se acham enquadrados numa carreira burocrática e, pelo menos, a nível estadual, escolhidos, em sua grande maioria, via eleição popular; ao mesmo tempo que uma demonstração de desconfiança no legislador²⁷.

Diferente do sistema americano, Francisco Segado destaca que na Europa há uma supremacia do Parlamento em detrimento do poder judicial: “a *Verfassungsgerichtbarkeit* kelsiana representa, na contramão, um ato de desconfiança nos juízes, cuja finalidade é salvaguardar o princípio da segurança jurídica e restabelecer a supremacia do Parlamento”²⁸.

A partir dessa questão, cabe destacar o disposto no art. III da Constituição Americana, em sua Seção 1, o qual estabelece que o Poder Judiciário será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente instituídos por determinação do Congresso americano. Além disso, o art. III, Seção 2, §1º determina que o poder judiciário se estenda a todas as causas, de direito ou de equidade, as quais terão sua fonte na Constituição americana, ou nas leis dos Estados Unidos e nos tratados que se concluírem sob sua autoridade²⁹. Com isso, é fixado o entendimento de que o judiciário americano pode interpretar a Constituição Federal, mediante casos concretos, a fim de que se compatibilizem as normas editadas pelo Parlamento com a Carta Magna³⁰. Bernard Schwartz, em livro que trata do direito constitucional americano, comenta sobre a importância do Judiciário na garantia da supremacia da constituição.

Por oportuno, cabe destacar o entendimento do referido autor:

soberano desvinculado de las leyes, resulta de esta manera derrotado” referente MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998. p. 168.

²⁷ Tradução livre do trecho: “*El sistema norteamericano halla su razón de ser em la voluntad de establecer la supremacia del poder judicial (el nominado “gobierno de los jueces”) sobre los restantes poderes, particularmente sobre el poder legislativo, lo que constituye un acto de confianza en los Jueces, no encuadrados en una carrera burocratica y, almenos a nivel de los Estados, de elección popular en su mayor parte, a la par que de desconfianza en el legislador”* referente SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelsiano) de los Sistemas de Justicia. Revista de Direito Público, n. 02, out./nov./dez. 2003.

²⁸ Tradução livre do trecho: “*La Verfassungsgerichtbarkeit kelsiana representa, por el contrario, un acto de desconfianza en los Jueces, encaminado a salvaguardar el principio de seguridad jurídica y a restablecer la supremacia del Parlamento”* referente Ibidem.

²⁹ EMBAIXADA DOS ESTADOS UNIDOS. **Constituição Americana**. Disponível em: http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml. Acesso em 20 fev. 2013.

³⁰ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 85.

A posição do Judiciário nos Estados Unidos foi que permitiu que a Constituição americana fosse consagrada como verdadeira lei suprema do país. Tal separação entre o judiciário e os outros ramos do Governo constituiu a base da independência dos tribunais no mundo anglo-americano. E, como qualquer advogado sabe muito bem, é a independência de seu Judiciário, acima de tudo, que dá um sentido prático à soberania da lei que ele afirma com orgulho ser a característica fundamental do seu sistema constitucional ³¹.

Diante disso, é importante mencionar a histórica decisão proferida pelo Juiz Marshall no caso *Marbury versus Madison*, que foi considerado a base jurisprudencial do controle de constitucionalidade concreto.

Na época do julgamento, Marshall levantou a tese da supremacia da constituição sobre as demais leis e atos normativos editados pelos demais poderes. Assim, estabeleceu-se um sistema americano de controle o qual confirmava a via de exceção como forma de declarar a inconstitucionalidade das leis, de modo que todo tribunal poderia exercer esse controle.

Marbury havia sido nomeado pelo então Presidente da República, John Adams, para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. Considerando que o Presidente Adams estava em seus últimos dias de governo, ele não teve tempo hábil para dar posse ao já nomeado Marbury. Nesse sentido, a presidência do país foi assumida pelo republicano, Thomas Jefferson, o qual determinou que seu secretário de governo, Madison, negasse a posse a Marbury. Após tal fato, Marbury, que não se contentou com tal ilegalidade, requereu à Suprema Corte americana que Madison fosse obrigado a dar-lhe posse.

É importante destacar que essa discussão envolvia questões jurídicas, mas, acima de tudo, questões políticas, tendo em vista que a Suprema Corte era composta, em sua maioria, por federalistas, enquanto que o Parlamento e o Executivo eram essencialmente republicanos. Dessa maneira, seria extremamente complicado que o Executivo aceitasse tamanha intervenção do poder judiciário em seus negócios políticos.

Marshall defendeu a questão exposta por meio da competência constitucional da Suprema Corte, observando a incompatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para remediar atos ilegais do Executivo, e a própria Constituição, que em seu art. III, seção 2, disciplinava que a competência era originária da Corte.

³¹ SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 40.

Apesar do entendimento da Suprema Corte de ser ilegal a conduta praticada por Madison, acabou entendendo que não possuía competência para emitir o mandado requerido por Marbury, uma vez que as competências da Suprema Corte estavam taxativamente previstas, não podendo a Lei Judiciária de 1789 ampliá-las. Com isso, ao expor tal entendimento, ficou garantida a supremacia da constituição americana e sua hierarquia perante as demais leis e atos dos Estados Unidos.

Uma constituição escrita pressupõe sua aplicação suprema e incontestável. Assim, se há uma lei que estabelece um mesmo assunto disposto na Constituição e essas disposições são diversas, deverá o aplicador da lei optar pela norma constitucional e não pela lei. Caso isso não ocorresse, uma constituição escrita não teria valia e seria somente uma folha de papel, sem supremacia e sem significado algum. A lei constitucional deverá ser sempre superior a qualquer outra lei editada pelo Poder Legislativo. É nesse sentido que se encontra a limitação de atuação desse poder, o qual não pode agir sem observar qualquer disposição superior.

A partir dessa decisão, o controle de constitucionalidade das normas no direito americano foi firmado, assegurando ao Judiciário seu lugar entre os Poderes do Estado. Destarte, consagrou-se o controle incidental das normas jurídicas no sistema americano, permitindo-se a todo tribunal, seja ele federal ou estadual, a análise da constitucionalidade das leis.

Ressalta-se que a Suprema Corte americana pratica uma função unificadora da jurisprudência. Dessa maneira, “essa Corte põe termo a vacilações interpretativas no mesmo passo que remove o estado de incerteza e apreensão acerca da validade da lei, oriunda das decisões contraditórias dos órgãos de jurisdição inferior”³².

Assim, referindo-se ao controle concentrado de constitucionalidade, Bernard Schwartz afirma que o Poder Judiciário “é o direito de decidir controvérsias reais surgidas entre litigantes adversos, devidamente atribuído aos tribunais de jurisdição apropriada”³³. Ainda, compartilhando do mesmo entendimento, Cooley estabelece que “os tribunais não têm

³² MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 281.

³³ SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 189.

autoridade para julgar de questões abstratas, ou de questões que lhes não tenham sido presentes em juízo”³⁴.

Portanto, fica claro que o controle abstrato de normas não foi e ainda não é aplicado nos Estados Unidos. Contudo, algumas alterações fizeram com que o controle difuso se aproximasse um pouco do controle concentrado. Trata-se do instituto do *stare decisis*, que é bastante utilizado pela Corte Suprema e que tem características bem próximas do controle abstrato.

Segundo Marcelo Lamy, a doutrina em questão “ancorou-se na acepção jusnaturalista de Locke, nas contendas de independência da Inglaterra que primavam pela lei local, na obra ‘O Federalista’ e consolidou-se na decisão do juiz Marshall no caso Marbury x Madison”³⁵.

Dessa forma, o julgamento realizado pela Suprema Corte Americana poderá produzir efeitos *erga omnes* e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Porém, apesar de produzir os mesmos efeitos concernentes ao controle concentrado, a Suprema Corte não se vincula às suas próprias decisões, podendo modificá-las caso entenda necessário.

Fazendo uma análise a respeito dos aspectos básicos do controle difuso nos Estados Unidos, o Alexandre de Moraes, elenca que:

O dever de exercer o controle de constitucionalidade é comum aos tribunais de todos os graus, em relação às leis federais, estaduais e municipais; os tribunais devem abster-se de analisar uma questão constitucional sem a presença de todos os juízes, em virtude de suas importantes consequências; a regra é o princípio da constitucionalidade das leis, e, portanto, nenhum tribunal deverá pronunciar a invalidade de uma lei. Excepcionalmente, porém, em casos de absoluta necessidade para a decisão de um caso concreto que lhe foi apresentado, deverá o tribunal garantir a supremacia da Constituição; os tribunais somente tomarão conhecimento das arguições de inconstitucionalidade de uma lei, quando provenientes de pessoas cujos direitos tenham sido por ela afetados; os tribunais não podem ingressar na análise interpretativa da conveniência e oportunidade da edição de uma determinada lei, mas tão somente compará-la com a Constituição; as leis não podem ser declaradas inconstitucionais porque violam princípios republicanos que não constem expressamente na Constituição; na interpretação da constitucionalidade ou não de uma lei, deve ter-se em conta o fim a que a Constituição visa; uma lei pode ser parcialmente constitucional; na dúvida,

³⁴ COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América*. São Paulo: Russel, 2002. p. 139.

³⁵ LAMY, Marcelo. *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 550.

deve prevalecer o princípio da presunção de constitucionalidade, pois a discordância (opposition) entre a Constituição e a lei deve ser absolutamente clara; a validade de um ato legislativo não pode depender dos motivos que o fizeram adotar; declarado inconstitucional um ato legislativo, o mesmo é nulo para todos os fins legais, sendo como se nunca tivesse existido e, por conseguinte, não pode servir de fundamento para criar direitos e obrigações

³⁶

Ressalta-se, dessa forma, que o Poder Judiciário ganhou, nos Estados Unidos da América, um papel importante entre os três poderes. Tal fato, segundo Bonavides,

contrasta com a tradição representativa cultivada na Inglaterra e países continentais onde os dois ramos do Parlamento – a Câmara Alta e Câmara Baixa – pela tradição e pela doutrina, se mostram invariavelmente propensos a nunca abdicar, como órgãos mais altos da vontade popular, a autoridade legislativa soberana de que se julgam depositários ³⁷.

Destaca-se a importância dos efeitos das decisões produzidas pela Suprema Corte americana, já que é esta Corte que dá a última palavra com relação à aplicação ou não de uma lei. Note que os efeitos das decisões são duplos, tendo em vista que influenciam tanto em relação às partes de um determinado processo como também em relação aos casos semelhantes, considerando, assim, a doutrina do *stare decisis*.

Tão logo o ato normativo seja declarado inconstitucional, ele se torna nulo e não pode servir de fundamento para a criação de direitos e obrigações. Com isso, esse ato é tratado no ordenamento jurídico como se nunca tivesse existido. O caso pode chegar à Suprema Corte de duas maneiras: por meio da competência originária da Corte para se manifestar sobre determinado fato, ou via recursal. No primeiro caso, a decisão proferida vincula as partes envolvidas no processo. No segundo caso, negado provimento ao recurso, as partes deverão cumprir a decisão proferida pelo tribunal inferior, isto é, a decisão objeto de recurso torna-se definitiva, não podendo mais ser discutida. Caso a Corte dê provimento ao recurso, poderá alterar ou até mesmo anular a decisão proferida pelo tribunal inferior. Assim, ocorrendo reforma da decisão, a nova decisão torna-se obrigatória às partes, uma vez que emitida em última instância. Contudo, se Corte optar pela anulação da decisão, a questão será novamente remetida ao tribunal inferior, que deverá analisar novamente a decisão emitida. Nessa situação, o juiz do tribunal está obrigado a cumprir a decisão proferida pela Suprema Corte. Cabe destacar que, havendo descumprimento das decisões estabelecidas pela Suprema Corte, duas são as possibilidades: o processo poderá ser solicitado pela Corte e ela mesma proferirá a decisão ou poderá a Suprema Corte estabelecer que outro tribunal inferior o faça.

³⁶ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 102.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 270.

Além disso, os juízes que se recusaram a cumprir a decisão poderão ser responsabilizados por desacato ³⁸.

Mesmo que o direito americano seja baseado na doutrina do *stare decisis*, dificilmente um precedente conseguirá satisfazer todas as necessidades interpretativas dos demais casos. Isso ocorre porque a Suprema Corte não observa a lei em tese, mas sim casos concretos, o que pode fazer com que um tribunal não aceite a aplicação da decisão da Suprema Corte por achar que o caso possuiu certas particularidades que se diferenciam daquele que deu origem a decisão da Corte. Desse modo, a Corte se pronuncia sobre o novo caso concreto vinculando as partes à sua decisão ³⁹.

Assim, após a análise de como se deu o controle de constitucionalidade americano e dos efeitos das decisões proferidas pela Suprema Corte, já foi argumentado o sistema de controle na Alemanha e será, a seguir, abordado o sistema da França. Salienta-se que esses dois tipos de controle são diferentes do controle americano, porém, como tem se verificado atualmente, o contraste entre os modelos, americano e europeu tem se relativizado, caminhando assim para um controle único e novo de constitucionalidade.

1.3 O controle de constitucionalidade francês

A França, por muito tempo, evitou a criação de um sistema de controle da constitucionalidade das leis, apresentando extrema descrença em relação à supremacia constitucional. Isso ficou muito claro na época da Revolução Francesa de 1789, em que, de acordo com Alexandre de Moraes,

Os revolucionários franceses, apesar de entenderem absolutamente necessária a promulgação de uma Constituição para garantir os direitos dos cidadãos contra a arbitrariedade do monarca, não chegaram a cogitar a criação de um mecanismo destinado a garantir a constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, a necessidade de um órgão que realizasse esse controle ⁴⁰.

Assim, qualquer forma de estabelecimento de controle de constitucionalidade não seria proveitoso para o direito francês, tendo em vista que a lei, consequência de um Parlamento, o qual representa a vontade soberana do povo, jamais seria injusta ou em desacordo com a constituição vigente. Além disso, a magistratura era muito mal vista pelos revolucionários, já que sempre se posicionava contrariamente às reformas realizadas pela monarquia francesa. Com isso, era defendido o antigo regime.

³⁸ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 110.

³⁹ BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 302.

⁴⁰ MORAES. op.cit. p. 136.

Dessa forma, afirma Cappelletti que:

Razões de vária natureza estão na base desta solução tradicionalmente adotada na França, solução que, embora admita às vezes um controle político, sempre exclui, porém, um verdadeiro controle jurisdicional de constitucionalidade. Razões históricas sobretudo, ou seja, a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que, se, às vezes, podiam, também, representar um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia, mais amiudamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso ⁴¹.

Todavia, a partir do século XX, discussões sobre a necessidade de um controle de constitucionalidade das leis começaram a surgir na França. Vários partidos políticos eram favoráveis à criação de uma Corte Suprema, assim como a população, que acreditava ser essencial a consagração de um controle de constitucionalidade mais amplo, isto é, que facilitasse a todos os tribunais o exercício do controle de constitucionalidade, escolhendo, assim, a via difusa de controle de constitucionalidade das leis francesas ⁴².

Interessante frisar ensinamento de Mauro Cappelletti de que:

Todas as vezes em que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária. Assim aconteceu nas Constituições dos dois Napoleões, isto é, a de 22 frimário do ano VII (13 de dezembro de 1799), a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao Sénat Conservateur, e a de 14 de janeiro de 1852, a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao Sénat; e igualmente, aconteceu na Constituição IV República, de 27 de outubro de 1946, que confiava ao Comité Constitutionnel um muito limitado poder de controle preventivo – isto é, exercitável apenas antes da promulgação – da legitimidade constitucional das leis. Nem muitíssimo diversa pode, enfim, ser considerada a solução adotada na Constituição da V República, de 4 de outubro de 1958, e até agora em vigor, que confia o controle de constitucionalidade, sempre apenas em via preventiva, ao Conseil Constitutionnel, muito embora não se deva deixar de observar que em seus primeiros anos de vida, este órgão revelou-se, notadamente, mais dinâmico e eficaz que seu imediato predecessor ⁴³.

É importante destacar que a ideia de criação de um controle difuso na França teve forte influência da Suprema Corte Americana. Assim, em 1946, conforme demonstrado por Cappelletti, instaurou-se na França o Comitê Constitucional, imbuído de jurisdição constitucional. Dessa maneira, quando houvesse o caso de incompatibilidade de uma lei com

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 96.

⁴² MORAES. op. cit. p. 137.

⁴³ CAPPELLETTI. op.cit., p. 95.

a Constituição, essa lei deveria ser reenviada à Assembléia Nacional para que fosse realizada uma nova deliberação. Caso o Parlamento mantivesse a aprovação não poderia haver a promulgação da lei enquanto não fosse realizada a alteração constitucional necessária.

Assim, a Constituição da 5ª República, promulgada em 1958, foi que estabeleceu o controle de constitucionalidade na França. Essa constituição criou o Conselho Constitucional, o qual era dotado de jurisdição constitucional, realizando, assim, o controle de constitucionalidade das leis francesas ⁴⁴.

Alexandre de Moraes ressalta o importante papel das competências do Conselho Constitucional francês no controle de constitucionalidade e, menciona ainda que a jurisdição constitucional francesa ganhou amplitude após a extensão de competências do Conselho Constitucional.

Com isso, afirma o autor, que:

A maior aceitação da jurisdição constitucional na França e consequentemente, do poder do Conselho Constitucional, iniciou-se sem qualquer dúvida pela ampliação de suas competências. Assim, se em seu nascedouro, na Constituição de 1958, o Conselho Constitucional foi concebido como um órgão controlador do Parlamento, durante sua evolução passou a exercer mais efetivamente um controle preventivo geral da constitucionalidade das leis, e, basicamente, a proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, a partir da decisão 71-44 DC, de 16-7-1971, onde o Conselho reconheceu pleno valor constitucional ao preâmbulo da Constituição, para, consequentemente, possibilitar o pleno controle preventivo de constitucionalidade das leis que desrespeitam os direitos fundamentais lá consagrados, a jurisdição constitucional deixou de ter como meta primordial o controle do Parlamento, para consagrar-se como protetiva dos Direitos Humanos Fundamentais. Portanto, após a citada decisão a proteção dos direitos fundamentais tornou-se a primeira e mais importante função do controle de constitucionalidade das leis, passando a jurisdição constitucional, de certa maneira, de um controle preventivo de constitucionalidade exercido para o interesse dos poderes públicos e em particular do Poder Executivo, para um controle de constitucionalidade protetivo dos interesses cidadãos ⁴⁵.

Portanto, o autor diz que “o Conselho Constitucional passou à defesa das competências parlamentares, à tutela dos direitos fundamentais e à proteção dos direitos da

⁴⁴ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 137.

⁴⁵ *Ibidem*. p 138.

minoria, missões tradicionais das Cortes constitucionais européias, reforçando sua legitimidade”⁴⁶.

O Conselho Constitucional é o órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade das normas francesas, além da tutela dos direitos fundamentais. Importante ressaltar ensinamento exposto por Alexandre de Moraes, o qual resalta que

a idéia atual e básica que rege a atuação do Conselho Constitucional é a de garantir o respeito às normas constitucionais e a efetividade dos direitos fundamentais por ela proclamados, diferentemente, conforme aponta a doutrina francesa, do objetivo dos constituintes de 1958, ao criarem o Conselho Constitucional, que não foi o de estabelecer, assim como o modelo austríaco de Kelsen, um controle geral de constitucionalidade dos atos dos diversos poderes públicos, mas o de estabelecer maior controle sobre os atos do Parlamento, reforçando o espírito geral que marcou essa Constituição, qual seja, o fortalecimento do Executivo em detrimento do Legislativo. Portanto, em um momento, a criação do Conselho Constitucional acabou por servir para restringir as atribuições parlamentares, condicionando-as ao texto constitucional⁴⁷.

Note que cabe ao Conselho Constitucional a análise, no curso do processo legislativo, da constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda. Este é, nitidamente, um controle preventivo de constitucionalidade, já que ainda não existe espécie normativa editada. Além disso, o Conselho também deverá observar se a forma de elaboração da emenda ou da lei está sendo respeitada.

Compete também ao Conselho Constitucional conhecer das impugnações contra leis aprovadas e ainda não promulgadas atentatórias aos direitos e garantias fundamentais. Assim, o modelo francês se igualou aos demais modelos das Cortes Constitucionais européias a realizar a tutela dos direitos fundamentais elencados na Constituição⁴⁸.

Por fim, convém assinalar que:

Na França, como regra, inexistente o controle difuso de constitucionalidade, ficando impossível a tutela dos direitos fundamentais quando um dos legitimados não impugna uma lei antes de sua promulgação, deixando-a entrar em vigor, uma vez que não poderão os juízes ou tribunais, judiciais ou administrativos, deixar de aplicar determinada lei ao caso concreto por entendê-la incompatível com a Constituição. Dessa forma, o Conselho Constitucional não poderá apreciar a incompatibilidade entre uma lei já promulgada e as normas constitucionais. Ressalta-se que esse é o

⁴⁶ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 139.

⁴⁷ *Ibidem* p. 138-139.

⁴⁸ *Ibidem* p. 149.

entendimento da própria jurisprudência do Conselho, que declarou na decisão de 27-7-1978, ao analisar uma lei relativa a sanções penais aplicáveis às violações do monopólio de radiodifusão e televisão, não ser sua competência pronunciar-se sobre a conformidade das leis já promulgadas com a Constituição⁴⁹.

O modelo de controle de constitucionalidade conferido pela França, difere, nitidamente, do modelo difuso americano, o qual não priorizou a separação dos poderes, conforme previa Montesquieu. Contudo, adotou a concepção dos *checks and balances*, em que existe um “recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado”⁵⁰.

Conclui Cappelletti que o sistema francês e o americano encontram-se em pontos totalmente opostos, enquanto o modelo concentrado, adotado pela maioria dos países europeus, é uma solução intermediária para o controle de constitucionalidade das leis.

Mas eu quis aqui sublinhar esta radical contraposição, também ideológica, entre os dois sistemas, foi, sobretudo, porque desejei colocar, com isto, em evidência como as modernas Constituições européias, que, como a austríaca, a italiana e a alemã, adotaram um sistema de controle judicial certamente, mas concentrado, de constitucionalidade, puseram de tal modo em prática em certo sentido, uma solução intermediária entre a francesa e a norte-americana, um verdadeiro – e bem consciente, ao invés de irracional, como já se demonstrou – compromisso entre as duas contrapostas e tradicionais soluções⁵¹.

Após traçados os aspectos do controle de constitucionalidade na Alemanha, nos Estados Unidos e na França, será observado a forma de como se deu o controle de constitucionalidade no Brasil e os aspectos desse controle desde a Carta Imperial até a Constituição Federal promulgada em 1988. Nesse sentido, será possível obter um cenário dos principais modelos de controle constitucionalidade adotados pelos países ocidentais e entender o motivo pelo qual os sistemas concentrado e difuso, utilizados atualmente no Brasil, não são sistemas que se encontram em pólos opostos, e sim, são institutos que estão se fundindo em um único sistema de controle de constitucionalidade.

⁴⁹ MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 149-150.

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 98.

⁵¹ *Ibidem*, p. 99.

2. OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

2.1 Breve análise histórica do controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição Imperial não contemplava qualquer sistema que se assemelhasse aos modelos atuais de controle de constitucionalidade. Antes, baseava-se no modelo francês, em que permanecia a supremacia do parlamento, não sendo a análise da constitucionalidade matéria realizada pelos órgãos do poder judiciário.

Pimenta Bruno, ao discorrer sobre o tema, ensinou que:

só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurdo que lhe desse⁵².

Cabe destacar que o Parlamento possuía todo o controle sobre as leis que editava, não dando ao juiz o poder de interpretar e analisar a lei, formando sua opinião no caso concreto Segundo Gilmar Mendes, seria “adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era possuidor dessa mesma inteligência e vontade”⁵³.

Estabelecia-se, dessa forma, a soberania do Poder Legislativo sobre os demais poderes. Porém, a Constituição Imperial previa a existência de um quarto poder, o Poder Moderador. O art. 98 da Carta Imperial dispunha que cabia ao Imperador velar sobre a manutenção da independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais Poderes Políticos. Nesse contexto, não havia espaço algum para qualquer sistema de controle judicial dos atos normativos⁵⁴.

Já no regime republicano de governo, uma nova concepção de controle de constitucionalidade foi estabelecida. Sob a influência do direito norte-americano, o controle difuso se consolidou na Carta de 1891 e já fora previsto até mesmo na denominada Constituição Provisória do ano 1890.

⁵² BUENO, José Antônio Pimenta. **Marquês de São Vicente**. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 131.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 189.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.

Segundo Gilmar Mendes, o decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, dispôs que

na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. Esse dispositivo consagra o sistema de controle por via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação da parte⁵⁵.

Deste modo, a Carta de 1891 inaugurava no Brasil o julgamento incidental das causas de inconstitucionalidade, mediante a provocação do interessado.

O art. 59, § 1º, *a e b* da Carta de 1891 reconhecia a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratado e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnados⁵⁶.

Contudo, segundo afirma Marcelo Lamy,

O controle judicial difuso instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a lei federal n. 221, de 10.11.1894, que estabeleceu em seu art. 13, § 10º: “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamento e deixarão de aplicar aos casos correntes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. Tal dispositivo incorporou em nosso país a supremacia do Judiciário⁵⁷.

A Constituição de 1934 trouxe profundas reformas no controle de constitucionalidade brasileiro. O constituinte estabeleceu que a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros do tribunal. Tal pensamento era no intuito de evitar a constante insegurança jurídica a que eram submetidas as decisões de controle de constitucionalidade nas constituições anteriores⁵⁸.

Outra importante mudança e que perdura até os dias de hoje no art. 52, X da Constituição Federal foi a competência atribuída ao Senado Federal para que suspendesse a

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 190.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: http://ww.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.

⁵⁷ LAMY, Marcelo. **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos. Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 560.

⁵⁸ MENDES, op. cit. p. 194.

execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando houvessem sido declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. A mudança em questão implicava na produção de efeitos *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal em caso concreto⁵⁹.

A Constituição de 1937 trouxe um verdadeiro retrocesso ao controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que

no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse social de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do tribunal⁶⁰.

Dessa forma, criava-se uma nova modalidade de revisão constitucional, e como verificado por Celso Bastos, “a lei confirmada passa a ter na verdade, a força de emenda à Constituição”⁶¹.

O texto da Carta de 1946 manteve o controle judicial, disciplinou a apreciação dos recursos extraordinários e manteve a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁶².

Em 1965, foi editada a emenda constitucional n. 16, a qual instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais. A referida emenda tinha o intuito de estabelecer novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. O Ato Institucional n. 2, de 27-10-1965 já havia trazido algumas alterações nesse sentido. Na exposição de motivos encaminhada ao Presidente da República, afirmava o então Ministro da Justiça, Juracy Guimarães, que a atenção dos reformadores se detém na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos. Ainda, não obstante, o próprio Supremo Tribunal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, quais sejam, uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República e uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada,

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um caso Clássico de Mutação Constitucional.** Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>. Acesso em 21 fev. 2013.

⁶⁰ Idem. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 195.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 63.

⁶² MENDES, op. cit., p. 197.

exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo⁶³.

A proposta de alteração da Constituição previa a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, a proposta em comento não foi aceita, consagrando-se o modelo abstrato de controle de constitucionalidade sob a forma de uma representação proposta pelo Procurador-Geral da República.

A Carta de 1967 não trouxe grandes inovações ao controle de constitucionalidade brasileiro. Manteve-se o controle difuso e a ação direta de inconstitucionalidade tal como prevista na Constituição de 1946⁶⁴.

Ao contrário da Constituição de 1967, o Texto Magno atual trouxe algumas mudanças consideráveis no que tange ao controle de constitucionalidade. Começamos pelo alargamento do rol de competência para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a qual só era possível ao Procurador-Geral da República, colocando fim ao monopólio da ação por parte do Procurador-Geral.

O art. 103 da Constituição Federal dispõe que são legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a Mesa das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as Confederações Sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Desta forma, o constituinte deu ao controle concentrado de constitucionalidade um poder maior do que nas constituições anteriores, e satisfez, em parte, o desejo daqueles que solicitavam que fosse assegurado o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade por um grupo de cidadãos, ou até mesmo uma ação popular de inconstitucionalidade.

Corroborando esse entendimento, Gilmar Mendes afirma que:

⁶³ COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 995.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 201.

esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Ainda, ressalta Mendes que:

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Dessa forma, a Constituição de 1988 reduziu de forma significativa o controle difuso das normas ao ampliar o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal via controle abstrato de normas.

Mendes ressalta que

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

Assim, “se cogitava no período anterior a 1988, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte assento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso no controle”⁶⁵.

Nesse sentido, a interação do constituinte, ao ampliar o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, pretendeu dar força a esse tipo de controle, enfraquecendo de forma substancial o controle difuso de normas. Há uma tendência, pois, de um sistema mais aproximado do controle abstrato de normas. Porém, tal tendência deve ser discutida, uma vez que o Supremo Tribunal Federal tem emitido decisões no controle difuso, com efeitos que ultrapassam ao interesse das partes envolvidas no processo, isto é, as decisões produzem os mesmos efeitos do controle abstratos de normas. Como corolário dessas decisões, Gilmar Mendes propõe que haja o “desenvolvimento da eficácia geral das decisões

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 208-209.

do Supremo Tribunal Federal, a possibilitar a redução do colossal número de feitos que ameaçam a inviabilizar o funcionamento da Corte”⁶⁶.

2.2 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis segundo a Constituição Federal de 1988

O Brasil adotou como formas de controle tanto via de exceção, ou difusa como a de ação, ou concentrada. Assim, ao aplicar os sistemas de controle, o constituinte responsável pela elaboração da Constituição Federal escolheu criar as duas formas de controle, uma utilizada nos Estados Unidos e outra na maioria dos países da Europa. Assim, o controle de constitucionalidade das normas no Brasil é realizado por meio de um modelo híbrido, ou misto, de controle.

Segundo Paulo Bonavides, a “aplicação da via de exceção, unicamente pelo recurso extraordinário, a princípio, e a seguir também pelo mandado de segurança, configura o momento liberal das instituições pátrias”. Ainda, fazendo uma comparação entre os dois modelos de controle de constitucionalidade aplicados no Brasil, ensina o autor que,

Sem a presença dessa inspiração tão forte, tão individualista, tão liberal, jamais teríamos chegado talvez a cimentar o alicerce de um controle jurisdicional, de preferência a um controle político. Ficamos, portanto, de início, mais vizinhos do modelo americano, que nos serviu de espelho do que do padrão francês, inclinado, pelo seu teor político, a resguardar a inviolabilidade da soberana legislativa, e a desconhecer limitações a legislatura ordinária em nome da preservação do princípio da separação dos poderes⁶⁷.

O controle de constitucionalidade no Brasil recebeu, portanto, dois sistemas de controle. Note que o controle por via de ação é realizado por meio da ação direta de inconstitucionalidade genérica, da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, finalmente, da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2.2.1 O controle por via de exceção ou defesa

A Constituição Federal prevê em seu texto uma série de direitos fundamentais os quais consagram, por exemplo, princípios como a dignidade da pessoa humana e o direito a vida, encerrando uma possibilidade voltada para o desenvolvimento e afirmação da democracia e da justiça social. Contudo, a mera previsão desses princípios e direitos não é

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 216.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 293-294.

suficiente para que sejam realmente aplicados na sociedade. Tais direitos devem ser acessíveis aos cidadãos. No âmbito constitucional, e mais precisamente no controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade suscitada pela parte via controle incidental é analisada pelo Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário. Portanto, como ressalta Marcelo Labanca e Luciano José em estudo publicado com o título: “o estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários”

o acesso ao Supremo Tribunal Federal de qualquer um do povo que tenha contra si uma decisão violadora da Constituição se situa num plano de defesa da constituição, ou, em outras palavras, de controle difuso de constitucionalidade. De fato, se, por um lado, o controle difuso de constitucionalidade não se resume a manipulação, pelo cidadão comum, do recurso extraordinário para fazer valer a norma constitucional no caso concreto, por outro lado, não há como desconsiderar que o referido recurso encontra-se ambientado no referido controle difuso, sendo, na verdade, um dos pontos culminantes de seu exercício, uma vez que oportunizará um apelo extremo no caso de violação a constituição ⁶⁸.

O modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade consagrou-se no Brasil com o advento da República, tendo sido inaugurado na Constituição de 1891. Tal forma de controle tem o condão de possibilitar a todo juiz ou tribunal a realização, no caso concreto, da análise da compatibilidade das normas jurídicas com a Constituição Federal. Para Gilmar Mendes, a característica fundamental do controle concreto é o “desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário a declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica” ⁶⁹.

Ao analisar a competência do Poder Judiciário para declarar inconstitucionalidade de uma norma jurídica via controle difuso, Alexandre de Moraes esclarece que:

A pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto da lide, mas sim sobre a questão prévia,

⁶⁸ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários.** Disponível em <
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf
 > Acesso em: 21 fev. 2013.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 246.

indispensável no julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere a sua força obrigatória com relação a terceiros ⁷⁰.

Nessa mesma linha, Gilmar Mendes confirma que o controle incidental ou difuso caracteriza-se “pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto a constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido a apreciação do Poder Judiciário” ⁷¹.

Ressalta-se que a Constituição de 1988 instituiu outras ações, que não somente o Recurso Extraordinário, com o intuito de que seja garantido o controle de constitucionalidade de determinada norma. Nesse passo, a constitucionalidade poderá ser debatida nas ações de habeas corpus, no mandado de segurança ou até mesmo nas ações ordinárias. Contudo, no controle difuso a declaração da inconstitucionalidade da norma não pode ser o objeto principal da ação.

Dessa forma, dispõe Alexandre de Moraes;

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do acaso concreto, não sendo pois objeto principal da ação ⁷².

O que difere o controle difuso e o controle concentrado refere-se aos pressupostos de admissibilidade. O controle difuso tem sua origem numa relação processual concreta, enquanto o abstrato não se vincula a qualquer situação subjetiva. Todavia, apesar de a decisão sobre a constitucionalidade, no caso do controle difuso, ser emitida em um caso concreto difuso, o controle realizado, a decisão proferida e as conseqüências jurídicas

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas: 2006. p. 645.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 245.

⁷² MORAES. op. cit. p. 647.

produzidas são na verdade abstratas, tendo em vista que processam independentemente do feito originário ⁷³.

Note-se que o controle incidental será exercido por qualquer órgão judicial. Nesse caso, a decisão sobre a inconstitucionalidade da norma é necessária, uma vez que é indispensável para o julgamento do mérito da ação. A questão inconstitucional poderá ser questionada por qualquer das partes ou pelo Ministério Público, podendo até ser reconhecida de ofício pelo juiz ou tribunal. Há de se destacar que, conforme previsão do art. 97 da Constituição Federal, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo tribunal somente efetuar-se-á pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial. Trata-se aqui do princípio da reserva do plenário. Tal regra, porém, não exclui a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma por meio do juiz singular ⁷⁴.

2.2.2 O controle por via de ação

O controle concentrado tem seu fundamento na necessidade de criação de um tribunal constitucional responsável pelo exercício do controle judicial de constitucionalidade. Tão modalidade de controle veio como uma oposição ao consagrado judicial review norte-americano. Esse controle foi desenvolvido por Hans Kelsen, o qual ao justificar a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade, salientou que

se a constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir essa questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.

Assim, concluiu-se o autor que:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito ⁷⁵.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 247.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 248.

⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290.

O controle abstrato surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº. 16 de 1965, conforme citado quando tratou-se da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. A emenda em comento conferiu ao Supremo Tribunal Federal “competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República”⁷⁶.

Com o advento do controle concentrado e, principalmente, com o alargamento dos legitimados para a propositura da ação direta, o controle difuso sofreu uma certa mitigação.

Nesse sentido, ressalta Gilmar Mendes que:

A constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar constituem elemento explicativo de tal tendência⁷⁷.

Assim, de acordo com o exposto, o controle difuso de constitucionalidade tem passado por certos obstáculos em detrimento do controle concentrado de constitucionalidade. Há, assim, uma diminuição da via e uma significativa extensão do controle concentrado. Nesse sentido, ressalta-se a inovação estabelecida pela Emenda Constitucional nº 45, que trouxe a tão aspirada Reforma do Judiciário. O art. 102, parágrafo 3º estabeleceu um novo requisito para o conhecimento do Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal, qual seja, o da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Assim dispõe o Texto Magno:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros⁷⁸.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 296.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241-242.

⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 21 fev. 2013.

Portanto, é essencial a demonstração não só do prequestionamento, como também de que a violação da norma constitucional pode repercutir para além do processo a ser julgado.

Encontra-se, nesse requisito, uma restrição constitucional ao uso desse importante recurso, o qual só será aceito e julgado pelo Supremo Tribunal Federal caso demonstre a repercussão geral das questões constitucionais envolvidas. Convém destacar;

que, se a observação de um possível estreitamento da via difusa entremostra saliente com a inclusão de um novo requisito de conhecimento do recurso extraordinário, há outros fatores sistêmicos que dão o tom desse estreitamento. Tais fatores se referem a aproximação dos dois grandes modelos de controle de constitucionalidade, bem como a modificação das técnicas de decisão⁷⁹.

Francisco Fernández Segado analisou essa aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade e publicou artigo intitulado de La Obsolencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de Los Sistemas de Justicia Constitucional. De acordo com Segado, o controle de constitucionalidade americano é baseado no modelo difuso e o controle concentrado é o preconizado na Europa, principalmente na Áustria, em que um Tribunal Constitucional é o responsável pela análise da constitucionalidade das questões suscitadas via controle concentrado. Assim, a partir de sua análise Segado propõe que ambos os modelos estão se aproximando de forma peculiar, o que tem gerado uma verdadeira fusão entre os mesmos, não se podendo mais falar em controle difuso ou concentrado como se fossem dois sistemas diametralmente opostos⁸⁰.

Deve-se observar que a forma de controle adotada em cada país dá-se, principalmente, em razão dos processos históricos pelos quais cada país passou. Assim, o modelo norte-americano dá destaque à supremacia do Poder Judiciário, em razão das lutas pela liberdade que marcaram os Estados Unidos. Já o modelo europeu concede certas prerrogativas ao Judiciário, mas sempre com o fim de se preservar a supremacia do

⁷⁹ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários.** Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf < Acesso em: 21 fev. 2013.

⁸⁰ SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolencia de la Bipolaridad Tradicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Direito Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

Parlamento. Assim, Segado dispõe que “o modelo de constitucionalidade europeu (informado pela idéia kelseniana do legislador negativo) não contou aos juízes o poder para exercer a jurisdição constitucional, por não enxergar representatividade nessa casta aristocrática ⁸¹ .

Atualmente, o controle de constitucionalidade no Brasil tem passado por algumas modificações, sobretudo a partir da crescente movimentação doutrinária, bem como jurisprudencial, que se reflete na recente adoção pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que de maneira incipiente, de teorias que tem aproximado os sistemas de controle das normas, contrariando doutrina e jurisprudência mais tradicionais e conservadoras. Dessa forma, não se pode mais falar, hoje, em um sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade dos atos normativos. Ao invés, o que se encontra na atualidade é um desfazimento dessa bipolaridade, caminhando ambos os sistemas para a formação de um único controle de constitucionalidade.

⁸¹ SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Direito Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

3. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 A obsolência da bipolaridade dos sistemas de justiça constitucional (modelo americano *versus* modelo europeu – kelseniano) segundo Francisco Fernández Segado

Atualmente, defende-se uma nova idéia de sistema de controle de constitucionalidade das normas preconizada pelo afastamento da contraposição existente entre o modelo difuso, norte-americano, e o concentrado, europeu-kelseniano. Países como Itália e Alemanha,

ao partirem de uma idéia de Constituição muito próxima da norte-americana, configuram seus respectivos Tribunais Constitucionais como uma legislação além do “legislador negativo”, à moda kelseniana (ainda que esta idéia-força seguisse presente e à mesma se somassem certas conseqüências jurídicas), e, finalmente, introduziram em elemento difuso em um modelo de estrutura e organização concentrada como conseqüência da constitucionalização do instituto processual da questão de inconstitucionalidade⁸².

Note que vem ocorrendo uma mistura dos modelos de controle de constitucionalidade das normas, que têm sido unidos ao processo pré-existente de convergência progressiva entre os elementos, que no passado pareciam ser contrapostos, dos dois tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade, quais sejam, o abstrato e o difuso⁸³.

Dessa forma, a bipolaridade existente entre os dois modelos perde, hoje, um pouco do seu objeto, já que os sistemas têm apresentado diversas semelhanças. A referida aproximação não é diferente no Brasil, o qual adotou os dois sistemas de controle de constitucionalidade das normas.

Francisco Fernández Segado propõe que se busque uma nova tipologia que ofereça maior capacidade analítica dos sistemas de justiça constitucional.

O autor expõe que:

⁸² Tradução livre do texto: “*Los mismos partieron de una idéia de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a SUS respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como um “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta Idea –fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaran ciertas consecuencias jurídicas y, finalmente, intridujeron um elemento difuso em un modelo de estructura y organización concentrada*” referente SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tadicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Direito Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

⁸³ *Ibidem*.

A nova tipologia que propomos, antecipando-a, ainda que pautada num conjunto de variáveis em sua grande parte dicotômicas, encaminhadas a mostrar, com um certo grau de abstração, que há de propiciar, por sua vez, uma mais ampla capacidade analítica, a heterogeneidade e complexidade dos sistemas de controle de constitucionalidade dos atos de poder, tem de se assentar na diferenciação primária entre o controle de constitucionalidade da lei e aquele outro controle que se leva a cabo com a ocasião da aplicação da lei. A primeira modalidade de controle pressupõe que o controle de constitucionalidade se põe nas mãos da jurisdição constitucional em ausência não já de um litígio pré-existente ante um juiz ordinário, mas sim, mais amplamente ainda, de todo conflito de interesses. Como é óbvio, o controle que se leva a cabo com a ocasião da aplicação da lei pressupõe justamente o contrário ⁸⁴.

A recepção do modelo de justiça constitucional adotado em vários países na Europa terá origem no período após a primeira guerra. A Constituição de Weimar trará um desenvolvimento da jurisdição constitucional, orientando-se, principalmente, aos problemas advindos da estrutura federal do Estado. Na Áustria, Kelsen será o precursor de um novo sistema de controle de constitucionalidade das leis, o qual se diferenciará do sistema norte-americano pelo fato de possuir um tribunal *ad hoc*, Tribunal Constitucional, responsável pela verificação do controle de constitucionalidade das normas e em virtude da natureza do denominado “legislador negativo”, atribuído ao Tribunal Constitucional ⁸⁵.

A Constituição de Weimar foi omissa no que diz respeito ao controle de constitucionalidade material da lei. Contudo, a questão não deixou de ser abordada ou foi ignorada pelos doutrinadores. Pelo contrário, instituiu-se uma grande discussão em torno dos fundamentos do controle de constitucionalidade alemão. À época, alegou-se a possibilidade de controle de constitucionalidade material da lei, de acordo com a determinação do art. 109, parágrafo primeiro da Constituição, o qual dispunha que todos os alemães são iguais perante a lei. Assim, considerou-se que tal dispositivo não poderia ser interpretado apenas formalmente.

⁸⁴ Tradução livre do texto: “*La nueva tipologia que proponemos , anticipémos lo ya, aunque sustentada en un conjunto de variables en su mayor parte dicotômicas, encaminhadas a mostrar con un cierto grado de abstracción, que ha de propiciar a su vez una más amplia capacidad analítica, la heterogeneidad y complejidad de los sistemas de control de constitucionalidad de los actos de poder, se ha de asentar en la duferenciación primaria entre el control de constitucionalidad de la ley y aquel otro control que lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley. La primeira modalidad de control presupone que el control de constitucinalidad se pone em manos de la jurisdicción constitucional en ausencia no ya de un liiúgio preexistente ante um juez ordinario, sino, más, ampliamente aún, de todo conflicto de intereses. Como es obvio, el control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley presupone justamente lo contrario*” referente SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tadicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Direito Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

⁸⁵ *Ibidem*.

Deveria ser considerado materialmente, de forma a vincular o próprio legislador. Portanto, esse princípio foi considerado um limite frente ao possível arbítrio do legislador ⁸⁶.

Ressalta-se que no final do século XIX e início do século XX, encontrava-se, na Alemanha, alguns setores doutrinários que defendiam o reconhecimento aos juízes de inaplicar a lei em nome de valores estranhos ao ornamento jurídico. Nesse passo, o Estado de Direito passou a ser compreendido como um Estado sujeito não à lei, mas ao Direito. Substituiu-se, assim, o princípio da legalidade pelo da juridicidade, relativizando e mitigando o fato de que o Direito era produto próprio e exclusivo apenas do legislador ⁸⁷.

A vertente material do princípio da igualdade se instrumentalizou como um mecanismo de categoria constitucional propiciando a transferência às normas legislativas do “espírito do povo”, correspondendo aos operadores jurídicos, em especial aos juízes, a incumbência de decidir se as valorações realizadas pelo legislador na relação com o princípio da igualdade correspondiam com a “natureza das coisas” e resultavam justas quando estivessem de acordo com uma ordem superior de valores sentidos pela consciência popular, a qual remetia a conceitos muito amplos e abstratos, como o bem ou a verdade ⁸⁸.

Segado afirmou que,

A submissão do Juiz à Lei não o exclui da possibilidade de rejeitar a validade de uma Lei do *Reich* ou de algumas de suas disposições, na medida em que as mesmas se oponham a outras disposições que tivessem sido consideradas da maior proeminência, devendo, por isso mesmo, se observadas pelo Juiz ⁸⁹.

Com isso, o direito de controle judicial ficou caracterizado como sendo um controle acessório, exercido de modo eventual e de acordo com as possibilidades de cada Juiz.

A Constituição Austríaca de 1920, por sua vez, criou um novo sistema de controle de constitucionalidade das normas baseado, sobretudo, na concepção de Kelsen. O jurista posicionou-se contra a teoria que preconizava o fim da soberania da lei, advertindo

⁸⁶ SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tadicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Direito Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Tradução livre do texto: “*La sumisión del Juez a la Ley no excluye que el propio Juez rechace la validez de una Ley del Reich o de algunas de sus disposiciones, en la medida en que las mismas se opongan a otras disposiciones que hubieren de considerarse preeminentes, debiendo, por ello mismo, ser observadas por el Juez*” referente Ibidem.

para os perigos a que conduzia o romantismo jurídico frimado numa função de intuição sentimental do espírito jurídico da comunidade popular⁹⁰.

Do que foi exposto, depreende-se, com relativa nitidez, que ao delimitar sua teoria da *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que pressupõe que o Tribunal Constitucional se limita a confrontar, em abstrato, duas normas jurídicas, elucidando sua compatibilidade ou contradição por meio de meras operações lógico-logísticas, Kelsen estava afastando o subjetivismo radical implícito nas teorias jurídicas da “Escola livre do Direito” e da “comunidade do povo” e reivindicando a busca pela objetividade e racionalidade perdidas nos setores jurídicos e judiciais da Alemanha de Weimar⁹¹.

Kelsen pretendia retirar o controle de constitucionalidade das leis dos órgãos jurisdicionais, evitando, dessa forma, um “governo de juízes”.

Segundo Kelsen, a anulação de uma lei por um órgão jurisdicional não pode consistir em sua desaplicação apenas no caso concreto, como ocorre nos Estados Unidos. O Tribunal Constitucional tem a função inversa do Parlamento, atuando como “legislador negativo”, sendo assim, assume o mesmo caráter de generalidade do Legislativo. Ao converter o Tribunal Constitucional num “legislativo negativo”, reforça-se o princípio de sujeição dos juízes à Lei, ocorrendo um reforço do órgão legislativo frente ao poder judicial⁹².

Note que as divergências entre o modelo americano e o modelo austríaco decorrem de pressupostos histórico-políticos e ideológicos. No sistema norte-americano procura-se estabelecer a supremacia do Poder Judicial em detrimento dos demais poderes, em especial do poder legislativo. Esse entendimento constitui um ato de confiança nos juízes e por outro lado, uma desconfiança no legislador. Por outro lado, a concepção kelseniana de controle de constitucionalidade representa um ato de desconfiança nos juízes, estabelecendo, dessa forma, a soberania do Parlamento frente aos demais poderes⁹³.

⁹⁰ SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Derecho Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

⁹¹ Tradução livre do texto: “*De todo lo anteriormente expuesto parece desprenderse con relativa nitidez que al delinear suteoria de la Verfassungsgerichtsbarkeit, que presupone que el Tribunal Constitucional selimite a confrontar en abstractos das normas juridicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de meras operaciones logico-silogisticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical impiícito em lãs teorias juridicas de la “Escuela libre del Derecho “y de la” “comunidad del pruebo” y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios sectores juridicos y judiciales de la Alemania de Weimar*” referente Ibidem.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

Após analisar os dois sistemas de controle de constitucionalidade das leis, Segado afirma que está ocorrendo uma obsolência da clássica polaridade existente entre o sistema americano e o sistema europeu-kelseniano. Primeiramente, o autor caracteriza as duas formas de controle, para após apontar os aspectos que os aproximam atualmente ⁹⁴.

O sistema difuso pode ser caracterizado como incidental, ou seja, é proposto por quem é parte em uma ação concreta; declarativo, uma vez que ocorre um pronunciamento de inconstitucionalidade, o qual opera como declaração de certeza de uma nulidade preexistente e, portanto, com efeitos *ex tunc* e, finalmente, pressupõe seu exercício por todo e qualquer órgão jurisdicional ⁹⁵.

No sistema concentrado, o controle é exercido apenas por um órgão constitucional e questiona de forma direta a legitimidade da lei, sem que seja essencial a existência de uma controvérsia específica; geral, pois a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *erga omnes* e constitutivo, pois ao pronunciar a inconstitucionalidade há uma anulação ou eficácia *ex nunc* ⁹⁶.

Para Segado, “a qualidade didática dos adjetivos ‘difuso’ e ‘concentrado’ é grande; disso não há o que duvidar. Porém, hoje não se pode dizer que ambos retratem a realidade da instituição considerada, eis que seu valor explicativo é bastante duvidoso” ⁹⁷.

O primeiro traço que diferencia ambos os modelos, e o que é colocado em discussão por Segado, corresponde ao órgão legitimado para realizar o controle de constitucionalidade. No sistema americano, qualquer órgão jurisdicional pode se declarar a inconstitucionalidade de determinada lei. Já no sistema europeu-kelseniano, há um órgão próprio, encarregado de realizar o controle de constitucionalidade das normas.

No sistema norte-americano, a lei, objeto de inconstitucionalidade, não é suscetível de impugnação de forma direta, ocorrendo apenas como questão incidental no bojo do caso concreto levado ao judiciário. No sistema europeu-kelseniano o procedimento tem

⁹⁴ SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Derecho Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Tradução livre do texto: “La virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso” referente Ibidem.

início mediante a apresentação de uma ação ou recurso de inconstitucionalidade. Há, portanto, um procedimento de impugnação direta, na via principal ⁹⁸.

Apesar dessa diferença apontada, em 1937 uma lei americana concedeu ao Poder Executivo o direito de recorrer, perante o Tribunal Constitucional, quando houvesse uma decisão declarando uma lei federal contrária à constituição. Tal prerrogativa permitia ao Executivo intervir em qualquer controvérsia entre particulares, tornando-se uma das partes. Dessa forma, a idéia de controle incidental, sustentada pelo modelo norte-americano, sofreu uma relativização, uma vez que a um órgão do Executivo era possível questionar a inconstitucionalidade de determinada norma ⁹⁹.

No sistema americano, impõe-se ao juiz que se atente, em suas decisões, aos precedentes judiciais ou normas elaboradas pelos órgãos jurisdicionais com anterioridade. Dessa forma, ainda que os efeitos da decisão estejam limitados às partes envolvidas em um caso concreto, a incidência do princípio *stare decisis* ¹⁰⁰ altera notavelmente esse traço.

Desse modo, o princípio do *stare decisis* diminuiu a distância que antes separava a eficácia do precedente na América do Norte, da eficácia *erga omnes* das sentenças preferidas nos Tribunais Constitucionais.

No sistema americano, a Corte Suprema tem apresentado uma configuração cada vez mais de um órgão exclusivo de justiça constitucional. Por meio do *writ of certiorari*, a Suprema Corte americana tem limitado, de forma progressiva, o exercício de seu controle, destinando-se à resolução apenas de questões de maior relevância, que são, em regra, questões constitucionais. Por outro lado, os Tribunais Constitucionais não têm se limitado apenas à função de legisladores negativos, uma vez que assumiram uma função criadora mediante a utilização de técnicas próprias do *judicial review*, como por exemplo, ao tratar da diferenciação entre disposições e normas ¹⁰¹.

A aproximação entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade possibilitou uma maior unidade entre os dois modelos e, ainda, revelou que o sistema norte-americano apresenta-se como uma posição central no que diz respeito aos dois sistemas, não

⁹⁸ SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Derecho Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Esse princípio foi destacado no Capítulo I deste trabalho, ao se tratar do controle de constitucionalidade das normas nos Estados Unidos.

¹⁰¹ SEGADO. *op. cit.*.

implicando o modelo europeu-kelseniano mais do que modificações referentes ao sistema norte-americano¹⁰².

O Brasil ao adotar os dois sistemas de controle, também passa, hoje, por uma aproximação entre os dois modelos. Considerando as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e das inovações trazidas pelo poder constituinte derivado, principalmente no que tange ao recurso extraordinário.

3.2 A perspectiva da abstrativização do controle de constitucionalidade no Brasil

O Supremo Tribunal Federal, órgão conhecido por ser o guardião da Constituição Federal, obtém agora, além dessa função, a de julgar causas de natureza meramente privada em grau recursal. Note que essa última função tem sobrecarregado a Corte Constitucional e prejudicado a sua função de zelar e guardar pela Constituição Federal. Tal fato tem gerado profundo debate no sentido de restringir ao máximo o número de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, garantindo, assim, a importância de sua função precípua de guardião da Carta Maior.

Algumas medidas já vêm sendo tomadas no sentido de trazer uma melhora a essa situação, como por exemplo, a emenda constitucional n. 45/2004 (que incluiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário) e a criação da súmula vinculante prevista no art. 103-A da Carta da República (regulamentada pela Lei n. 11.417/2006). Com a mesma finalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a utilizar uma técnica de modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Assim, a recente jurisprudência tem-se posicionado no sentido de transcender os efeitos da decisão proferida via controle difuso. Isso quer dizer que a decisão que antes possuía efeitos apenas entre as partes envolvidas no processo, agora passa a ter efeito *erga omnes*.

Contudo, o cerne da questão seria se o Supremo possui legitimidade para declarar que uma decisão de efeitos *inter partes* tenha efeito *erga omnes*. A questão é abordada, diante do fato de que a Constituição Federal deu ao Senado Federal o poder político para a realização de tal ato, conforme previsão expressa do art. 52, X da Constituição Federal. O referido artigo dispõe que “compete privativamente ao Senado Federal Suspender a

¹⁰² SEGADO, Francisco Fernández. **La Obsolescencia de la Bipolaridad Tadicional** (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelseniano) de los Sistemas de Justicia. *Revista de Direito Público*, n. 02, out./nov./dez. 2003.

execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”¹⁰³. Assim, essa função de suspender a lei declarada inconstitucional e conceder efeito *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle compete, a princípio, ao Senado Federal e não ao Supremo Tribunal Federal.

3.2.1 A finalidade do recurso extraordinário

O recurso extraordinário pode ser conceituado como sendo o mecanismo posto à disposição das partes para permitir um juízo acerca da conformidade de uma decisão judicial em relação ao disposto na Constituição Federal¹⁰⁴. De acordo com Gilmar Mendes, tal recurso consiste no “instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância”¹⁰⁵.

Assim, conforme prevê o art. 102, inciso III da Constituição Federal, caberá a interposição de recurso extraordinário quando a decisão recorrida “contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal”¹⁰⁶.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal passou também a atuar como um tribunal recursal de causas meramente privadas. Isso fez com que fosse essencial que tanto o Supremo, como o Legislador, tomassem algumas medidas destinadas a diminuir o crescente número de processos que chegavam ao Supremo Tribunal Federal todos os dias. Nessa linha, Gilmar Ferreira Mendes manifestou-se no Processo Administrativo n. 318.715/STF, o qual culminou na edição da Emenda n. 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (publicado no DJ do dia 17.12.2003).

De acordo com o Marcus Lopes, o Ministro Gilmar afirma que o “Recurso Extraordinário deveria deixar de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. O Recurso Extraordinário deixou, portanto, de ser um mero

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 21 fev. 2013.

¹⁰⁴ SOUZA, Eduardo Francisco de. **A abstração do controle difuso de constitucionalidade**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_89/artigos/PDF_EduardoFrancisco_Rev89.pdf. Acesso em 21 fev. 2013.

¹⁰⁵ COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 906.

¹⁰⁶ BRASIL, op. cit.

instrumento disponibilizado às partes para litigarem em juízo, passando a servir de ferramenta a serviço do Supremo Tribunal Federal na análise da validade, em abstrato, das normas.” Essa orientação, trazida pelo Ministro é a mesma que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)¹⁰⁷.

Afirmou ainda o Ministro que “a função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores”. E concluiu que “o processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade que transcende os interesses subjetivos”¹⁰⁸.

A partir das palavras do o eminente Ministro, pode se compreender que o recurso extraordinário não é um instrumento posto à disposição das partes litigantes, mas sim uma ferramenta colocada à disposição do Supremo Tribunal Federal para que este verifique a validade da norma infraconstitucional em abstrato.

Além disso, note que outro fator, inserido no recurso extraordinário, e que também aproximou os sistemas de controle de constitucionalidade, é o requisito da repercussão geral criada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”¹⁰⁹.

Dessa forma, o recurso extraordinário passou por uma significativa mudança ao ter que obedecer ao requisito da repercussão geral. Segundo Gilmar Mendes, “a adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário”¹¹⁰.

A repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário poderá ser compreendida a partir dos reflexos na ordem jurídica, considerando-se aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa que afetem não somente as

¹⁰⁷ MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. **A abstrativização do controle difuso**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1627, 15 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10711>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República** Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 21 fev. 2013.

¹¹⁰ COELHO, Inocêncio Martins; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo. Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 911.

partes litigantes, mas toda coletividade. Dessa forma, por mais relevante que a matéria constitucional venha ser na esfera individual, se não transcender o interesse das partes restará o recurso prejudicado e não aceito ¹¹¹.

Cumprido destacar o § 5º do art. 543-A da Lei n. 11.418, o qual prevê que “negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” ¹¹². Nesse sentido, mostra-se desnecessária a reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal, para a caracterização da repercussão geral quando se estiver diante de casos idênticos.

Por oportuno, ressalta-se que decisão proferida pelo Plenário, que admite ou não o requisito da repercussão geral, passa a ter efeitos *erga omnes* estreitando, dessa forma, a via difusa de controle de constitucionalidade das normas. A situação se torna mais complexa ainda ao se analisar o art. 543-B da mesma lei. De acordo com esse artigo, havendo multiplicidade de recursos já interpostos e com idêntica controvérsia, caberá ao tribunal de origem escolher um ou mais recursos representativos de tal controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte Suprema. O legislador, ao requerer com referida regra diminuir o número de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, estreitou ainda mais o vínculo entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade, mitigando assim a bipolaridade existente entre ambos ¹¹³.

O Supremo Tribunal Federal possui o papel na via difusa restringido pela repercussão geral, já que só há sua participação naqueles casos que ultrapassam os interesses das partes litigantes. Por outro lado, ao exigir que o recurso extraordinário possua o requisito da repercussão geral, a decisão do recurso que antes produzia efeitos apenas *inter partes*, passa agora a possuir efeitos *erga omnes*, como tem-se observado em recentes julgados da Suprema Corte brasileira.

¹¹¹ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários.** Disponível em <
http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf
 > Acesso em: 21 fev. 2013.

¹¹² BRASIL. *Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.* Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm. Acesso em 21 fev. 2013.

¹¹³ ARAÚJO. op. cit..

Outro fato importante relacionado ao estreitamento da via difusa refere-se à modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade, técnica utilizada no controle concentrado, conforme disposto no art. 27 da Lei n. 9.868/99, que prevê sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O referido artigo dispõe que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado¹¹⁴.

Importante destacar que tal artigo era aplicável apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Contudo, ocorre que o Supremo Tribunal Federal também passou a adotar essa técnica no controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, vale destacar importante decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie no Agravo de Instrumento n. 375.011/RS. À época, a Ministra dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento do Recurso Extraordinário n. 376.852/SC por entender que nesse caso o que prevalece é o interesse coletivo e não somente o interesse das partes envolvidas no processo. Nesse sentido, manifestou-se a Ministra: “estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal¹¹⁵”.

Nesse caso, pode se observar a preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar o acesso ao Supremo Tribunal Federal, prejudicando, dessa forma, a prestação jurisdicional constitucional.

Assim, é evidente e notória a evolução da jurisprudência no sentido de trazer um caráter objetivo ao recurso extraordinário. O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado

¹¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 375.011-0*. 2ª Turma: Ementa [...] Relator: Min. Ellen Gracie. Rio Grande do Sul, 05 set. 2004. DJ de 28.10.2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305835>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está passando por um processo de redefinição, conferindo, dessa forma, maior efetividade às decisões preferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade ¹¹⁶.

3.2.2 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade e a Reclamação n. 4335/AC

Atualmente, essa previsão encontra-se disposta no art. 52, inciso X da Constituição Federal, que diz ser competência privativa do Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ¹¹⁷. O dispositivo em comento possui longa previsão na prática constitucional brasileira, tendo sido inserido na Carta de 1934 e previsto em todas as constituições posteriores.

Sabe-se que esse dispositivo, atualmente muito criticado, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, tem motivos históricos, e sua permanência ocorre, principalmente, em razão disso. Luís Roberto Barroso apresenta diversos questionamentos referentes a essa função senatorial.

A verdade é que, com a criação, da ação genérica de inconstitucionalidade pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição de 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obriga um dos legitimados do art. 103 a propor a ação direta para produzir uma decisão que se sabe qual é ¹¹⁸.

Ressalta-se que ao analisar o HC n. 82.959/SP, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º da Lei n. 8072 de 25 de julho de 1990 (progressão de regime nos crimes hediondos). Note que a referida decisão não teve o intuito de produzir efeitos apenas *inter partes*, mas sim, houve a intenção de estender seus efeitos a casos semelhantes. A partir disso, fica claro que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a

¹¹⁶ MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. **A abstrativização do controle difuso**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1627, 15 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10711>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 21 fev. 2013.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.111.

teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Com base nessa decisão, foi interposta a reclamação n. 4335/AC.

A tendência de revisão da função do Senado Federal prevista no art. 52, inciso X, da Carta Magna está sendo debatida no Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação n. 4335/AC, já citada anteriormente, e de julgamento ainda pendente. Tem-se desenvolvido duas teses no julgamento da Reclamação: (i) uma defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, relator da referida Reclamação, que recebeu apoio do Ministro Eros Grau, o qual aceitou inicialmente, o cabimento da reclamação no caso em espécie e, (ii) outra defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o qual inadmite reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934 mantiveram ¹¹⁹.

Segundo o voto do relator, a manutenção dessa prerrogativa ao Senado Federal não permanece mais na Carta de 1988, pois o Senado seria apenas o órgão responsável pela publicidade da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal via controle difuso ¹²⁰.

O Ministro Eros Grau, em voto-*vista*, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei ¹²¹.

Sob um outro ponto de vista, o Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas conheceu *Habeas Corpus* de ofício para que o Juiz examine os demais requisitos para o deferimento da progressão. Reportando-se aos fundamentos de seu voto no RE n. 191.896/PR em que se declarou dispensável a reserva de plenário nos outros tribunais quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo, ainda que na via de controle incidente, asseverou que não se poderia, a partir daí, reduzir-se o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934 mantiveram. Ressaltou ser evidente que a convivência paralela, desde a EC n. 16/65, dos

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 463/2007*. RCL – 4335. Ementa [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ de 19.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%29&base=baseInformativo>. Acesso em: 21 fev. 2013.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, e que o mecanismo, no controle difuso, de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto, mas afirmou que combatê-lo, por meio do que chamou de “projeto de decreto de mutação constitucional”, já não seria mais necessário. Aduziu, no ponto, que a EC n. 45/2004 dotou o Supremo de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade de suas decisões, dispensaria essa intervenção, qual seja, o instituto da súmula vinculante ¹²².

Gilmar Mendes, por outro lado, é enfático ao afirmar que a função do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade foi mitigada pela Constituição de 1988 e que, apesar de existir essa previsão constitucional, é inegável que houve uma mudança no papel do Senado Federal que passou a ser órgão responsável por dar publicidade à decisão proferida em sede de controle difuso.

Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, a decisão vale per se. Da mesma forma, o vetusto instituto não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição.

Da mesma forma, a suspensão a execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas ¹²³.

É importante notar que a aplicação que o Supremo vem conferindo à regra do art. 52, X, da Constituição Federal, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação após o advento da Constituição de 1988. Gilmar Mendes afirmou que “é possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 463/2007*. RCL – 4335. Ementa [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ de 19.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%29&base=baseInformativo>.

Acesso em: 21 fev. 2013.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um caso Clássico de Mutação Constitucional**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>. Acesso em 21 fev. 2013.

ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia *erga omnes* passaram a se generalizar”¹²⁴.

De acordo com Gilmar Mendes,

É possível sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto¹²⁵.

É certo que a ampliação do controle abstrato na Constituição de 1988, primeiramente com o alargamento do rol de legitimados para a propositura de ações de inconstitucionalidade via controle concentrado e, posteriormente, com a inserção da ação declaratória de inconstitucionalidade, contribuiu de forma significativa para que ocorresse uma alteração na relação entre os modelos difuso e concentrado, passando a dominar, no sistema de controle de inconstitucionalidade das normas do Brasil, o das decisões proferidas em sede de controle abstrato.

Finalmente, deve-se analisar importante decisão do Supremo Tribunal Federal que dispensou a análise da inconstitucionalidade pelo Plenário ou Órgão Especial dos demais tribunais quando já houvesse decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. O Ministro Gilmar Mendes salienta que:

A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481), parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756 de 1998). No mesmo contexto, situa-se a decisão que outorgou ao Relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º -A)¹²⁶.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um caso Clássico de Mutação Constitucional.** Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>. Acesso em 21 fev. 2013.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

Resta evidente, portanto, que a interpretação dada ao dispositivo do art. 52, X, da Constituição federal tem passado, paulatinamente, por uma interpretação diferenciada daquela adotada inicialmente na Carta de 1934 e reproduzida nos textos de 1967/69. Esse dispositivo encontra-se hoje, em um outro contexto normativo. O texto de 1988 alterou substancialmente o papel da Corte Suprema, que passou a exercer uma função preeminente de guarda da Constituição a partir do controle direto, exercido por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Diante do exposto, nota-se que, as diferenças existentes entre os dois modelos, perde, hoje, um pouco de seu objeto. Há uma crescente convergência entre os elementos dos dois sistemas de controle de constitucionalidade das normas no Brasil, assim como tem ocorrido em países como Estados Unidos e Alemanha. Dessa forma, os sistemas de controle de constitucionalidade que, no passado, pareciam ser contrapostos, hoje, têm se tornado mais próximos, concretizando a idéia preconizada pelo jurista Francisco Fernández Segado de que a bipolaridade existente entre o sistema difuso e concentrado encontra-se obsoleta e ultrapassada.

CONCLUSÃO

Com a crescente multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, a ampliação do sistema concentrado acabou por modificar o controle de constitucionalidade no Brasil.

Em 1967, com a criação da ação direta, verificou-se que era apenas uma nova forma de controle de constitucionalidade dos atos normativos incluída em uma situação bem mais ampla, que antes era ocupado pelo controle difuso de constitucionalidade. Com a instituição da Constituição de 1988, a ação direta de constitucionalidade alcançou mais abrangência, por diversas razões, dentre elas o aumento do rol de legitimados para a propositura de ADI, que antes se limitava na pessoa do Procurador-Geral da República. Assim, o controle de constitucionalidade brasileiro obteve um perfil diverso das constituições anteriores, passando a incidir não mais no controle difuso, mas sim no controle concentrado, exercido principalmente por meio das ações diretas de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988, juntamente com o legislador, alterou amplamente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tornando essencial a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle incidental das normas, principalmente no que se refere à exigência de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Além disso, algumas decisões proferidas, as quais regulamentaram sobre os efeitos que uma determinada decisão causaria em uma situação semelhante, foram importantes para a mudança do controle de constitucionalidade das normas do Brasil. Na Reclamação 4335/AC, por exemplo, que está pendente de julgamento, tem-se discutido a produção do efeito *erga omnes* e vinculante em uma decisão proferida em um caso concreto e, ainda, a não comunicação da decisão ao Senado Federal, conforme previsão do art. 52, X da Constituição Federal, para que haja a produção desse efeito.

A transcendência dos motivos determinantes das decisões, bem como a criação do requisito da repercussão geral pela Emenda Constitucional n. 45/2004, foram fundamentais para que o controle de constitucionalidade no Brasil alcançasse uma nova característica, diferente daquela instituído pelas Constituições anteriores e pela Carta Maior de 1988, quando de sua promulgação.

Nesse sentido, nota-se que, aos poucos, está ocorrendo no Brasil uma aproximação entre o sistema difuso e o concentrado, uma vez que, no sistema difuso, os

efeitos da decisão deveriam produzir apenas efeitos *inter partes*, não podendo transcender a eficácia da decisão para outros que não aqueles envolvidos no processo.

A declaração de inconstitucionalidade via controle incidental recebeu no Supremo Tribunal Federal efeitos transcendentais, tendo em vista que se permitiu aos órgãos fracionários das outras Cortes a não submissão de questão idêntica à declarada inconstitucional pelo Supremo, via controle incidental, ao Plenário ou Órgão Especial, na forma do art. 97 da Constituição Federal. Dessa maneira, não há dúvida de que esse entendimento acabou por conferir efeito vinculante à decisão proferida via controle incidental, estando consagrado hoje no art. 481, parágrafo único, parte final, do Código de Processo Civil.

Tal orientação suaviza, de certa forma, a atuação do Senado Federal no processo incidental de constitucionalidade, o qual é responsável por atribuir efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, via controle difuso de constitucionalidade. As alterações legislativas e as interpretações jurisprudenciais afastaram a bipolaridade existente entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, uma vez que o efeito *erga omnes* e a eficácia vinculante que antes eram atribuídos somente ao controle concentrado passaram a fazer parte também das decisões proferidas incidentalmente.

Portanto, fica claro que a natureza do controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso, parece não mais legitimar a distinção referente aos efeitos produzidos no controle incidental e no controle concentrado, não sendo mais possível, assim, falar-se de um ou outro controle como se fossem sistemas totalmente opostos. Pelo contrário, o que vem ocorrendo atualmente demonstra que os sistemas de controle de constitucionalidade adotados pela Constituição de 1988 passam por uma mudança em sua aplicação. Assim, hoje, a divisão existente entre controle difuso e concentrado deixa de existir para dar lugar a um novo modelo de controle de constitucionalidade das normas, que busca, especialmente, atender ao interesse social, limitando ou anulando leis que contrariam a Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. **O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários.** Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf> Acesso em: 21 fev. 2013.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais.** Coimbra: Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Basto: Teoria Geral da Justiça Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Marquês de São Vicente.** São Paulo: Editora 34, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 21 fev. 2013.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.

_____. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006.** Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111418.htm. Acesso em 21 fev. 2013.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm.> Acesso em: 21 fev. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 375.011-0.** 2ª Turma: Ementa [...] Relator: Min. Ellen Gracie. Rio Grande do

Sul, 05 set. 2004. DJ de 28.10.2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305835>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 463/2007.RCL – 4335.** Ementa [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ de 19.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284335%29&base=baseInformativo>. Acesso em: 21 fev. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

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

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América.* São Paulo: Russel, 2002.

EMBAIXADA DOS ESTADOS UNIDOS. *Constituição Americana.* Disponível em: http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml. Acesso em 20 fev. 2013.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LAMY, Marcelo. **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos.** Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno.** Madrid: Trotta, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Caderno de direito constitucional.** Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um caso Clássico de Mutação Constitucional.** Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>. Acesso em 21 fev. 2013

_____. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. **A abstrativização do controle difuso.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1627, 15 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10711>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Atlas: 2006.

_____. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.**
São Paulo: Atlas, 2000.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional* (Modelo Americano: Modelo Europeo – Kelsiano) de los Sistemas de Justicia. Revista de Direito Público, n. 02, out./nov./dez. 2003.

SOUZA, Eduardo Francisco de. **A abstração do controle difuso de constitucionalidade.**
Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_89/artigos/PDF_EduardoFrancisco_Rev89.pdf. Acesso em 21 fev. 2013.