

Novos Aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro

Novos Aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro

GILMAR MENDES

Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília — UnB, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília — UnB (1988), com a Dissertação *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos*, Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha — RFA (1989), com a Dissertação *Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht* (Pressupostos de Admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã), Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha — RFA (1990), com a Tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na *Série Schriften zum Öffentlichen Recht*, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 395 p.), Membro Fundador do Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP, Membro do Conselho Assessor do *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* — Centro de Estudios Políticos y Constitucionales — Madrid, Espanha, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Membro da Academia Internacional de Direito e Economia — Aide.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O controle abstrato de constitucionalidade na Constituição de 1988; 1.1 Considerações preliminares; 1.2 Ação direta de inconstitucionalidade; 1.2.1 Intervenção de terceiros e *amicus curiae*; 1.3 Ação declaratória de constitucionalidade; 1.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental; 1.4.1 Incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento; 1.5 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 1.6 A reclamação para assegurar o cumprimento de decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade; 2 Controle incidental de constitucionalidade; 2.1 Repercussão geral e controle incidental de constitucionalidade no Supremo Tribunal; 2.2 O recurso extraordinário contra decisão de Juizados Especiais Federais e contra as decisões das Cortes em casos “repetitivos”; 2.3 O papel do Senado Federal; 2.3.1 A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988; 2.4 O controle incidental e a aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999; 3 O Supremo Tribunal Federal e as súmulas vinculantes; 3.1 Considerações gerais; 3.2 Requisitos formais da súmula vinculante, revisão e cancelamento; 3.3 Obrigatoriedade e limites objetivos e subjetivos da súmula vinculante; 3.4 Súmula vinculante e reclamação constitucional; Conclusão.

INTRODUÇÃO

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do Direito Constitucional e da Ciência Política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

O sistema de controle de constitucionalidade sofreu uma incrível expansão na ordem jurídica moderna.

Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, a ruptura do chamado “monopólio da ação direta” outorgado ao Procurador-Geral da República e a substituição daquele modelo exclusivista por um amplíssimo direito de propositura, bem assim a adoção de novos instrumentos processuais, configuraram fatores que contribuíram para a mudança radical em todo o sistema de controle de constitucionalidade.

Embora o novo texto da Constituição tenha preservado o modelo “incidental” ou “difuso”, é visível a aproximação ou convergência dos dois modelos básicos de controle, a partir de referências procedimentais e pragmáticas desenvolvidas (ou em desenvolvimento) pelo Direito Constitucional brasileiro.

1 O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Constituição de 1988 ampliou significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis.

A Constituição preservou a *representação interventiva*, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os chamados *princípios sensíveis*¹ (CF, art. 34, VII, c/c art. 36, III). Esse processo constitui pressuposto da intervenção federal, que, nos termos do art. 36, III e § 1º da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República. Tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, *f*). Tal como outros países da América Latina, não dispõe a ordem jurídica brasileira de instrumento único para defesa de direitos subjetivos públicos². A Constituição consagra o *habeas corpus* como instrumento processual destinado a proteger o indivíduo contra atos arbitrários do Poder Público que impliquem restrições ao direito de ir e vir (CF, art. 5º, LXVIII). Ao lado do *habeas corpus*, dispõe a ordem jurídica brasileira, desde 1934, do mandado de segurança, destinado, hodiernamente, a garantir direito líquido e certo não

1 A Constituição de 1988 introduziu modificações nos chamados “princípios sensíveis”. Ao invés da longa enumeração constante da Constituição de 1967/1969, limitou-se o constituinte a enunciar expressamente os seguintes princípios: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, a a *d*).

2 Única exceção pode ser verificada no México, onde o “recurso de amparo” permitiu, sob a aparência de unidade, o desenvolvimento de diferentes institutos (cf., a propósito, FIX-ZAMUDIO, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle. *JöR*, n. 25, 1976, p. 649 (663)).

protegido por *habeas data* ou *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXIX, a)³. O mandado de segurança pode ser, igualmente, utilizado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros (*mandado de segurança coletivo*).

A Constituição de 1988 criou, ao lado do *habeas data*, que se destina à garantia do *direito de autodeterminação sobre informações*⁴ (art. 5º, LXXII), o mandado de injunção, remédio especial que pode ser utilizado contra a omissão de órgão com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, LXXI).

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988, era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal⁵. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* americano⁶ e introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1891, pode ser interposto pela parte vencida⁷, no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (CF, art. 102, III, a, b, e c). A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário⁸, confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre os casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário) consagrou, no art. 102, § 3º, da Constituição, o instituto da repercussão geral, segundo o qual “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-la pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, definiu a disciplina processual do novo instituto. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança

3 Cf., a propósito, FIX-ZAMUDIO, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle. *JôR*, n. 25, 1976, p. 652 (672), e Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika. In: HORN, Hans-Rudolf; WEBER, Albrecht. *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*. Baden-Baden, 1989. p. 129 (159).

4 Embora formulado de maneira pouco clara, é certo que o *habeas data* destina-se a proteger aspecto autônomo do direito de personalidade, o chamado direito de autodeterminação sobre informações – *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* –, que assegura a cada indivíduo o poder de decidir quando e em que medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros (cf., sobre o assunto, no Direito alemão, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 11. ed. Heidelberg, 1995. p. 97).

5 Apenas em 1986, foram interpostos 4.124 recursos extraordinários (cf., a propósito, CORRÊA, Oscar. *O Supremo Tribunal Federal*. Corte Constitucional do Brasil, p. 38-39).

6 O *writ of error* foi substituído no direito americano pelo *appeal* (cf., a propósito, HALLER, Walter. Supreme Court und Politik in den USA. *The American Political Science Review*, v. LXX, n. 2, p. 105, june 1976).

7 O recurso extraordinário, assim como outros recursos, pode ser proposto também pelo terceiro prejudicado (CPC, art. 499).

8 Essa alteração não trouxe qualquer mudança positiva no número de recursos extraordinários propostos. Enquanto em 1988, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/1969, foram propostos 2.342 recursos extraordinários, em 1989, já sob o império da Constituição de 1988, foram distribuídos 3.060 recursos dessa índole. Essa tendência acentuou-se nos anos seguintes: 1990: 10.833 recursos extraordinários; 1991: 10.247 (cf. Dados dos Relatórios do STF).

significativa, havendo que sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Particular atenção dedicou o constituinte à chamada “omissão do legislador”.

Ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, c/c o art. 102, I, *q*, destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, introduziu a Constituição, no art. 103, § 2º, o processo de controle abstrato da omissão. Tal como o controle abstrato de normas, pode o controle abstrato da omissão ser instaurado pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembleia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional⁹.

1.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A grande mudança verificou-se no âmbito do controle abstrato de normas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, *a*, c/c o art. 103).

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um entre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Tal 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

9 Essa disposição foi desenvolvida segundo modelo do art. 283 da Constituição portuguesa:

“A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

[...]

(2) Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.

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 que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/1969 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciação dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

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

1.2.1 Intervenção de terceiros e *amicus curiae*

A Lei nº 9.868/1999 preservou a orientação contida no Regimento Interno do STF que veda a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade (art. 7º).

Constitui, todavia, inovação significativa no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

Trata-se de providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

No que concerne ao prazo para o exercício do direito de manifestação (art. 7º), parece que tal postulação há de se fazer dentro do lapso temporal fixado para apresentação das informações por parte das autoridades responsáveis pela edição do ato.

É possível, porém, cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae* fora do prazo das informações¹⁰ na ADIn (art. 9º, § 1º), especialmente diante da relevância do caso, ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa¹¹.

10 Essa possibilidade, entretanto, não é majoritária na jurisprudência do STF. A esse respeito, cf. ADIn 2.238/DF, Rel. Ilmar Galvão – hipótese em que a Associação Paulista dos Magistrados formulou pedido de admissão no feito depois de já iniciado o julgamento da medida liminar. Na espécie, considerou-se que a manifestação do *amicus curiae* é destinada a instruir a ADIn, não sendo possível, portanto, admiti-la quando já em andamento o julgamento do feito. Restaram vencidos os Ministros Ilmar Galvão (Relator) e Carlos Velloso, que referendavam a decisão monocrática.

11 ADIn 2.690/RN, Rel. Gilmar Mendes.

Quanto à atuação do *amicus curiae*, após ter entendido que ela haveria de limitar-se à manifestação escrita¹², houve por bem o Tribunal admitir a sustentação oral por parte desses peculiares partícipes do processo constitucional¹³. Em 30.03.2004, foi editada emenda regimental¹⁴ que assegurou aos *amici curiae*, no processo de ADIn, o direito de sustentar oralmente pelo tempo máximo de quinze minutos, e, ainda, quando houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, pelo prazo contado em dobro.

Essa nova orientação parece acertada, pois permite, em casos específicos, que a decisão na ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiada por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição.

1.3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto da *ação declaratória de constitucionalidade*, introduzido no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no bojo de reforma tributária de emergência. A Emenda Constitucional nº 3 firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

Embora a discussão sobre a ação declaratória de constitucionalidade seja mais ou menos recente no Brasil, a prática constitucional demonstra que, muitas vezes, a representação interventiva e, sobretudo, a representação de inconstitucionalidade foram utilizadas com o fito de afastar qualquer dúvida sobre a legitimidade de uma norma.

Daí não parecer surpreendente a criação da ação declaratória de constitucionalidade.

Acolhendo sugestão contida em estudo que elaboramos juntamente com o Professor Ives Gandra, o Deputado Roberto Campos apresentou proposta de emenda constitucional que instituía a ação declaratória de constitucionalidade¹⁵.

Parte dessa proposição, com algumas alterações, foi incorporada à emenda que deu nova redação a alguns dispositivos da ordem constitucional tribu-

12 ADIn-MC-QO 2.223/DF, Rel. Marco Aurélio, DJ 18.10.2001.

13 ADIn-QO 2.675, Rel. Carlos Velloso, e ADIn-QO 2.777, Rel. Cezar Peluso. O Tribunal, por maioria, em 26.11.2003, resolvendo questão de ordem, admitiu a sustentação oral dos *amicus curiae* na ação direta de inconstitucionalidade.

14 A Emenda Regimental nº 15 do Supremo Tribunal Federal, de 30.03.2004 (DJ 01.04.2004), acrescentou o § 3º ao art. 131 do Regimento Interno, para admitir a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, facultando-se-lhes a produção de sustentação oral.

15 A proposta tinha o seguinte teor:

“Art. 1º Suprima-se o inciso X do art. 52, renumerando-se os demais.

Art. 2º Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 102. [...]”

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma desta lei.

tária e autorizou a instituição do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, mediante iniciativa do Deputado Luiz Carlos Hauly¹⁶.

A ação declaratória foi aprovada, embora com ressalvas, quanto à legitimação, restrita ao Presidente da República, Mesa da Câmara, Mesa do Senado Federal e Procurador-Geral da República, e quanto ao objeto, que se limitou ao direito federal¹⁷.

A discussão sobre a constitucionalidade da emenda, suscitada pela Associação dos Magistrados do Brasil, foi pacificada no julgamento da ADC 1¹⁸.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, corrigiu em parte o modelo restritivo da EC 3/1993, estabelecendo que estariam legitimados para ADC os mesmos legitimados para a ADIn. Subsiste, porém, a limitação quanto ao objeto, restrito ao direito federal, objeto agora de projeto de emenda constitucional que tramita no Congresso Nacional.

De qualquer sorte, o controle abstrato de normas passa agora a ser exercido tanto pela ADIn, de longe a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas¹⁹, como pela ação declaratória de constitucionalidade.

1.4 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO PRECEITO FUNDAMENTAL

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles con-

§ 2º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.

§ 3º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes*, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos."

'Art. 103. [...]

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º [...]

§ 4º Os órgãos ou entes referidos nos incisos I a X deste artigos podem propor ação declaratória de constitucionalidade, que vinculará as instâncias inferiores, quando decidida no mérito."

16 Cf., a propósito, os dois substitutivos apresentados pelo Deputado Benito Gama, Relator da Comissão Especial destinada a examinar a Proposta de Emenda à Constituição nº 48-A, de 1991.

17 A Emenda nº 3, de 1993, assim disciplinou o instituto:

"Art. 102. [...]

I – [...]

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

"Art. 103. [...]

§ 4º A ação declaratória da constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."

18 Cf. ADC 1/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16.06.1995.

19 Em 13.02.2007, a autuação do Supremo Tribunal Federal registrava a ADIn 4.020.

centrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso.

Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e Tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). Essas questões somente poderiam ser tratadas no âmbito do recurso extraordinário, o que explica a pleora de processos desse tipo ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal.

É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”.

Foi em resposta ao quadro de incompletude de sistema de controle direto que surgiu a ideia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade”, que pretendia assegurar aos entes legitimados do art. 103 a possibilidade de provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre outras controvérsias constitucionais suscitadas nas ações judiciais em curso. Tal instituto, porém, não vingou.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental veio prevista na Lei Maior de forma bastante singela: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma lei” (art. 102, § 1º). A ausência de qualquer antecedente histórico significativo dificultava enormemente a disciplina infraconstitucional do instituto. Sepúlveda Pertence chegou a chamá-lo de autêntica “esfinge” do Direito brasileiro²⁰.

Nesse contexto, o Professor Celso Bastos e eu passamos a nos indagar se a chamada “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do Supremo Tribunal Federal.

O Professor Celso Bastos elaborou o primeiro esboço do anteprojeto que haveria de regular a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tomando por base o texto inaugural, cuidamos nós de elaborar uma segunda versão, introduzindo-se o incidente de inconstitucionalidade. Essa proposta traduziu-se num amálgama consciente das concepções constantes do Projeto Celso Bastos, do Projeto da Comissão Caio Tácito²¹ e do incidente de inconstitucionalidade, contemplado em várias propostas de emenda constitucional sobre o Judiciário²².

20 ADPF-QO 1/RJ, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 07.11.2003.

21 Projeto de Lei nº 2.960, de 1997 (PLC 10, no Senado Federal) sobre ADIn e ADC, convertido na Lei nº 9.868, de 10.11.1999.

22 Substitutivo do Deputado Aloysio Nunes Ferreira à PEC 96-A/92:

“Art. 103. [...]

[...]”

Afigurava-se recomendável que o tema fosse submetido a uma Comissão de especialistas. A sugestão foi elevada à consideração do Ministro Iris Resende, da Justiça, que, em 4 de julho de 1997, editou a Portaria nº 572, publicada no DO de 7 de julho de 1997, instituindo comissão destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados, para compor a comissão, os Professores Celso Ribeiro Bastos (Presidente), Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e o autor deste estudo. Após intensos debates realizados em São Paulo, a comissão chegou ao texto final do anteprojeto, que foi encaminhado pelo Professor Celso Bastos, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça, em 20 de novembro de 1997.

A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Estabeleceram-se o rito perante o STF, o elenco dos entes com legitimidade ativa, os pressupostos para suscitar o incidente e os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.

Tendo em vista que o disciplinamento do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental afetava as atribuições do STF, resolveu-se, ainda, colher a opinião daquela Corte (Aviso/MJ nº 624, de 04.05.1998). Em 7 de maio de 1998, Celso de Mello informou ter encaminhado cópia do texto do anteprojeto para todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal (Ofício nº 076/1998). Em 30 de junho de 1998, o trabalho realizado pela Comissão Celso Bastos foi divulgado em artigo publicado na *Revista Consulex* nº 18, a. II, v. I, p. 18/21, sob o título “Preceito fundamental: arguição de descumprimento”.

É necessário observar, todavia, que, desde março de 1997, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.872, de autoria da ilustre Deputada Sandra Starling, objetivando, também, disciplinar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o *nomen juris* de “reclamação”. A reclamação restringia-se aos casos em que a contrariedade ao texto da Lei Maior fosse resultante de interpretação ou de aplicação dos Regimentos Internos das Casas do Congresso Nacional, ou do Regimento Comum, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Aludida reclamação haveria de ser formulada ao Supremo Tribunal Federal por um décimo dos deputados ou dos senadores, devendo observar as regras e os procedimentos instituídos pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.

Em 4 de maio de 1998, o projeto de lei da Deputada Sandra Starling recebeu parecer favorável do relator, o ilustre Deputado Prisco Viana, pela aprovação do projeto na forma de substitutivo de sua autoria. Como então se verificou,

§ 5º O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer Tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre a constitucionalidade de lei, ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para medidas *urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República.*”

o substitutivo Prisco Viana ofereceu disciplina que muito se aproximava daquela contida no anteprojeto de lei da Comissão Celso Bastos.

O aludido substitutivo, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, foi referendado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tendo sido submetido ao Presidente da República, que o sancionou²³, com veto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º, ao inciso II do art. 2º, ao § 2º do art. 2º, ao § 4º do art. 5º, aos §§ 1º e 2º do art. 8º, e ao art. 9º.

1.4.1 Incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento

A discussão sobre a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do chamado “incidente de inconstitucionalidade” não é nova. Já na revisão constitucional de 1994 cogitou-se de um instrumento que permitiria fosse apreciada a controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal diretamente pelo STF, incluindo-se nesse rol, inclusive, os atos anteriores à Constituição. A ideia era que o Supremo Tribunal poderia, ao acolher o incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou Tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada²⁴.

Tal instituto, entretanto, não ingressou no ordenamento jurídico naquela ocasião, tendo sido ressuscitada a discussão a seu respeito quando da entrada em vigor da Lei nº 9.882, de 1999, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Aqueles que se dispuseram a observar com mais atenção a conformação dada pela referida legislação à ADPF notaram que, afora os problemas decorrentes da limitação dos parâmetros de controle, o instituto, tal qual restou regulamentado, guarda estrita vinculação com as propostas relacionadas ao incidente de inconstitucionalidade.

A estrutura de legitimação, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das decisões, tudo reforça a semelhança entre os institutos. É certo, por outro lado, que, diferentemente do incidente de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento tem como parâmetro de controle os preceitos fundamentais identificados ou identificáveis na Constituição. Trata-se de elemento menos preciso do que o parâmetro de controle do incidente de inconstitucionalidade (toda a Constituição).

Assim, até que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão “preceitos fundamentais”²⁵, ter-se-á de assistir ao debate entre os cultores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura

23 Lei nº 9.882, de 03.12.1999.

24 Cf. Relatoria da Revisão Constitucional, 1994, t. I, p. 317.

25 Cf. a discussão sobre o assunto na ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16.12.2005, julgada pelo Plenário da Corte em 07.12.2005.

restritiva e fechada do Texto Constitucional. Assinale-se, outrossim, que, diversamente do incidente, a arguição de descumprimento, tal como formulada na Lei nº 9.882, de 1999, poderá ser utilizada, em casos excepcionais, também de forma principal, assumindo a feição de um recurso de amparo ou de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) autônoma no direito brasileiro.

Dessa forma, não se pode deixar de registrar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a par das questões suscitadas, ainda em aberto, já trouxe significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal.

Todas essas peculiaridades realçam que, no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a arguição de descumprimento de preceito fundamental revela-se superior à fórmula do incidente de inconstitucionalidade.

Diante dessa conjuntura, tenho enfatizado sistematicamente que a ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

1.5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade

por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Essas e outras indagações desafiam a dogmática jurídica aqui e alhures. Não pretendemos aqui dar uma resposta definitiva e cabal a essas questões, não só pelos limites do estudo proposto, mas, sobretudo, porquanto tal tarefa transcenderia de muito os limites das nossas próprias forças.

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para descobrir o significado, o conteúdo, a natureza desses institutos. Todos os que, tópica ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental, sobretudo, para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito Democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.

Não obstante o hercúleo esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Sem querer arriscar uma profecia, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que elas hão de continuar sem uma resposta satisfatória ainda por algum tempo!

Esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma “teoria da omissão inconstitucional”.

Aqueles que quiserem se aprofundar no exame do tema perceberão que o seu estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã. Esse aspecto contribuiu, sem dúvida, para que a questão fosse tratada, inicialmente, como quase uma excentricidade do modelo constitucional desenvolvido a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn.

Observe-se, contudo, que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão configura fenômeno relativamente recente, também na dogmática jurídica alemã.

Em 1911, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível²⁶. Anteriormente, reconheceria

26 KELSEN, Hans. *Hauptprobleme de Staatsrechtslehre*. Tübingen: JCB Mohr, 1911. p. 410.

Georg Jellinek que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio*²⁷. Sob o império da Constituição de Weimar (1919), negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Esse entendimento assentava-se, de um lado, na ideia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade²⁸.

Essa concepção sofreu significativa mudança com o advento da Lei Fundamental de 1949. A expressa vinculação do legislador aos direitos fundamentais (art. 1º, § 3º) e à Constituição como um todo (art. 20, III) estava a exigir o desenvolvimento de uma nova concepção. Já em 1951 passa a doutrina a admitir, pela voz eloquente de Bachof, a possibilidade de responsabilização do Estado em virtude de ato de índole normativa²⁹, caracterizando uma ruptura com o entendimento até então vigente, baseado na própria jurisprudência do *Reichsgericht*³⁰. Bachof rejeitava, porém, uma pretensão à edição de uma lei por entender que isso seria incompatível com o princípio da divisão de poderes³¹.

A Corte Constitucional alemã viu-se compelida a arrostar questão atinente à omissão do legislador logo no seu primeiro ano de atividade.

Na decisão de 19.12.1951, o Tribunal negou a admissibilidade de recurso constitucional contra a omissão do legislador, que, segundo alegado, *fixara a pensão previdenciária em valor insuficiente para a satisfação das necessidades básicas de uma família*. Segundo o entendimento então esposado pelo Tribunal, os postulados contidos na lei fundamental não asseguravam ao cidadão, em princípio, qualquer pretensão a uma atividade legislativa suscetível de ser perseguida mediante *recurso constitucional*³².

As decisões proferidas em 20.02.1957 e em 11.06.1958 estavam a sinalizar a evolução jurisprudencial que haveria de ocorrer. Na primeira decisão, proferida em processo de recurso constitucional, a Corte Constitucional alemã admitiu, expressamente, o cabimento de medida judicial contra omissão parcial do legislador, reconhecendo que, ao contemplar determinado grupo ou segmento no âmbito de aplicação de uma norma, o legislador poderia atentar contra o princípio da isonomia, cumprindo, de forma defeituosa, dever constitucional de legislar³³. Na decisão de 11.06.1958, também proferida em recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)³⁴ impetrado contra lei federal que fixava a remuneração

27 JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen, 1905, p. 80, nota 1.

28 ANSCHÜTZ, Gerhard; THOMA, Richard (Hrsg.). *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*. Tübingen: Mohr, t. II, 1932. p. 608; GENZMER, Felix. *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. II, 1932. p. 506 e ss.

29 BACHOF, Otto. *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1968. p. 18.

30 Cf. acórdão do Reichsgericht in: *RGZ* 125, 282, no qual se assentou, expressamente, a impossibilidade de responsabilização do Estado por ato legislativo.

31 BACHOF, Otto. Op. cit., p. 18.

32 *BVerfGE* 1, 97(100).

33 *BVerfGE* 6, 257.

34 Acentue-se que ordenamento alemão não dispõe de instrumentos especiais para o controle judicial da omissão. O recurso constitucional – *Verfassungsbeschwerde* – constitui, na esfera do *Bundesverfassungsgericht*, o

de funcionários públicos, a Corte declarou que, embora não estivesse legitimada a fixar os vencimentos de funcionários públicos, dispunha ela de elementos suficientes para constatar que, em virtude da alteração do custo de vida, os valores estabelecidos na referida lei não mais correspondiam aos parâmetros mínimos exigidos pelo art. 33 (5) da Lei Fundamental³⁵. Não se declarou aqui a nulidade do ato normativo – *até porque uma cassação agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade*. O Tribunal limitou-se a constatar a ofensa a direito constitucional dos impetrantes, em virtude da omissão legislativa.

Portanto, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura a omissão inconstitucional não só o *inadimplemento absoluto* de um dever de legislar (*omissão total*), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (*omissão parcial*) (*Teilunterlassung*). Assentou-se, igualmente, que a lacuna inconstitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação.

A identificação da omissão inconstitucional do legislador, no juízo de constitucionalidade, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se afigurassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na lei fundamental. A Corte Constitucional recusou, de plano, a possibilidade de substituir-se ao legislador na colmatação das lacunas eventualmente identificadas, entendendo que a tarefa de concretização da Constituição foi confiada, primordialmente, ao legislador. Assim, tanto o princípio da divisão de poderes quanto o postulado da democracia obstavam a que os Tribunais se arrogassem ao direito de suprir lacunas eventualmente identificadas.

Essa orientação fez com que o Tribunal desenvolvesse, como técnica de decisão aplicável aos casos de lacuna inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarerklärung*). Trata-se de decisão de caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão³⁶. Essa forma de decisão, construída pela jurisprudência, foi incorporada à lei que disciplina o processo perante a Corte Constitucional.

Outra técnica de decisão, desenvolvida, sobretudo, para os casos de omissão inconstitucional, é o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura

único instrumento processual autônomo de que o cidadão dispõe para atacar diretamente a omissão do legislador, desde que logre demonstrar eventual ofensa a um dos direitos fundamentais. Na maioria dos casos, cuida-se de *Verfassungsbeschwerde* dirigida contra ato normativo, nos casos em que se admite que o legislador satisfaz, de forma incompleta, o dever de proteção (*Schutzpflicht*) dimanado de um ou de outro direito fundamental. A maioria dos casos refere-se, porém, não às *Verfassungsbeschwerde* propostas diretamente contra a omissão legislativa, seja ela parcial ou total, mas àquelas dirigidas contra decisão da última instância da jurisdição ordinária (chamadas *Urteils-Verfassungsbeschwerde*). A *Urteil-Verfassungsbeschwerde* cumpre, em determinada medida, função semelhante à do nosso recurso extraordinário pertinente à ofensa constitucional, podendo ser interposta nos casos de lesão aos direitos fundamentais mediante erro do juiz ou Tribunal na interpretação e aplicação do direito.

35 BVerfGE 8, 1(28).

36 IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-Baden, 1980. p. 268-269.

constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade. Essa técnica de decisão assumiu relevância ímpar nos casos da legislação pré-constitucional incompatível com a lei fundamental. A cassação dessas leis pré-constitucionais poderia levar, em muitos casos, a uma situação de autêntico caos jurídico. Daí ter a Corte Constitucional reconhecido que o legislador haveria de dispor de um prazo razoável para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional, reconhecendo como “ainda constitucional” o direito anterior, que deveria ser aplicado nessa fase de transição. A doutrina constitucional mais moderna considera que o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) configura apenas uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade, caracterizando-se essa recomendação dirigida ao legislador como simples *obiter dictum*³⁷. Essa qualificação não retira a eficácia desse pronunciamento, não havendo, até agora, registro de qualquer caso de recalcitrância ou de recusa do legislador no cumprimento de dever constitucional de legislar.

No Brasil, a ação direta por omissão teve até agora uma aplicação restrita. Cerca de duas centenas de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal³⁸.

1.6 A RECLAMAÇÃO PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DE DECISÃO DE MÉRITO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal considerava, inicialmente, inadmissível a reclamação em sede de controle abstrato de normas³⁹.

Em diversas oportunidades, o Tribunal manifestou-se no sentido do não cabimento da reclamação, como confirma a decisão da RCL-AgRg 354, da relatoria do Ministro Celso de Mello⁴⁰.

Posteriormente, passou o Tribunal a admitir o cabimento da reclamação em sede de ADI, desde que ajuizada por legitimado para a propositura da própria ação direta e que tivesse o mesmo objeto⁴¹.

Em julgado de 25.11.1992, o Ministro Celso de Mello expressou a necessidade de que o entendimento jurisprudencial no sentido do não cabimento da reclamação em tal sede fosse revisto, abrindo caminho para a possibilidade de se admitir a reclamação para atacar desobediência às decisões do Supremo

37 Cf., a propósito, BRYDE, Brun-Otto. *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden, 1982. p. 397 e ss.; IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 125. Sobre a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* “coisa dita de passagem” (acessoriedade, v. RÓNAI, Paulo. *Não perca o seu latim*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984), isto é, entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis, v. SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. Munique, 1973. p. 77 e ss.

38 Dados obtidos na Secretaria Judiciária do STF, em fevereiro de 2008.

39 Cf. MS-QO 20.875, Rel. Aldir Passarinho, DJ 28.04.1989; RCL 136, Rel. Oscar Corrêa, DJ 01.11.1982; RCL 224, Rel. Célio Borja, DJ 18.09.1987; RCL 208, Rel. Moreira Alves, DJ 06.12.1991; RCL-QO 235, Rel. Néri da Silveira, DJ 29.11.1991.

40 RCL 354, Rel. Celso de Mello, DJ 28.06.1991.

41 RCL-QO 385, Rel. Celso de Mello, J. 26.03.1992, DJ 18.06.1993.

Tribunal Federal em sede de controle concentrado. Nesse caso, reconheceu o Tribunal que estariam legitimados aqueles entes e órgãos que, apesar de não terem sido parte na ADIn em cuja decisão se fundamenta a reclamação, fossem titulares de legitimidade concorrente para requerer ação idêntica⁴².

Também o julgamento da RCL 399, em 07.10.1993, representou importante avanço no uso da reclamação em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ao admiti-la sob determinadas condições. É o que lê na ementa do acórdão, *verbis*:

Reclamação. Hipótese de admissibilidade e procedência para salvaguarda da autoridade de decisão cautelar ou definitiva em ação de inconstitucionalidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal admite a reclamação para assegurar a autoridade de suas decisões positivas em ação direta de inconstitucionalidade, quando o mesmo órgão de que emanara a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que lhe pressuporiam a validade (cf. RCLs 389, 390 e 393) [...].⁴³

Reconheceu-se, assim, o cabimento de reclamação, quando o próprio órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional persistisse em prática de atos concretos que pressuporiam a validade da norma declarada inconstitucional⁴⁴.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 3/1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, admitiu-se, expressamente, a reclamação para preservar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal no julgamento de mérito na ação declaratória.

O Ministro Moreira Alves, no julgamento da ADC 1, destacou as singularidades do novo instituto nos termos seguintes:

É um *plus* com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema – como salientado anteriormente – que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e – note-se – é em virtude dessa eficácia *erga omnes* que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e

b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele

42 RCL-QO-MC 397, Rel. Celso de Mello, DJ 21.05.1993.

43 RCL 399, Rel. Sepúlveda Pertence, J. 07.10.1993, DJ 24.03.1995.

44 Cf. julgamentos na RCL 399, Rel. Sepúlveda Pertence, J. 07.10.1993, DJ 24.03.1995; e RCL 556, Rel. Maurício Corrêa, J. 11.11.1996, DJ 03.10.1997.

que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.⁴⁵ (grifos nossos)

Assim, se havia dúvida sobre o cabimento da reclamação no processo de controle abstrato de normas⁴⁶, a Emenda Constitucional nº 3/1993 encarregou-se de espancá-la, pelo menos no que concerne à ADC.

Substituiu, porém, a controvérsia sobre o cabimento de reclamação em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Eram minoritárias as vozes que sustentavam, como a de Sepúlveda Perence, que, “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade⁴⁷”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal, no tocante à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas, deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental na RCL 1.880, em 23.05.2002, quando na Corte restou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

Tal decisão foi assim ementada:

Questão de ordem. Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento de mérito. Parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/1999: constitucionalidade. Eficácia vinculante da decisão. Reflexos. Reclamação. Legitimidade ativa.

[...]

4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei nº 8.038/1990, art. 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado.

[...] ⁴⁸

É certo, portanto, que qualquer pessoa afetada ou atingida pelo ato contrário à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal disporá de legitimidade para promover a reclamação.

A controvérsia restou definitivamente superada com o advento da EC 45/2004, que, expressamente, estabeleceu que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de incons-

45 Cf. ADC-QO 1, Rel. Moreira Alves, DJ 27.10.1993.

46 Cf., sobre o assunto, RCL 397, Rel. Celso de Mello, DJ 21.05.1993.

47 RCL 167, despacho, RDA, 206/246(247).

48 RCL-AgRg 1.880, Rel. Maurício Corrêa, DJ 19.03.2004.

titucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal⁴⁹.

2 CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 REPERCUSSÃO GERAL E CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL

A Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário) consagrou, no art. 102, § 3º, da Constituição, o instituto da repercussão geral, segundo o qual “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-la pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A Lei nº 11.418, de 19.12.2006, definiu a disciplina processual do novo instituto⁵⁰. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, ha-

49 Redação dada pela EC 45/2004 ao art. 102, § 2º, da CF/1988.

50 “Art. 1º Esta lei acrescenta os arts. 543-A e 543-B à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, a fim de regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

‘Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º 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.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.’

‘Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.’

vendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Com a finalidade de regulamentar, no plano interno, o procedimento de análise e julgamento da repercussão geral⁵¹, o Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007.

A principal novidade da aludida disciplina foi o estabelecimento de sessão eletrônica de julgamento da repercussão geral, dispondo que, quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso extraordinário por outro motivo, o relator submeterá a sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral, por meio eletrônico, aos demais ministros⁵².

Referida emenda regimental também previu a repercussão geral presumida, que, uma vez caracterizada, dispensa o procedimento de análise eletrônica da repercussão. Será presumida a repercussão geral quando a questão já tiver sido reconhecida ou quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Corte⁵³.

O procedimento para a análise de eventual existência de repercussão geral ficou assim estabelecido: a sessão eletrônica tem a duração de vinte dias corridos; passados os quais, o próprio sistema fará a contagem dos votos sobre a existência ou não de repercussão geral. Se decorrido o prazo sem manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, considerar-se-á existente a repercussão⁵⁴. Lembre-se de que há a necessidade da manifestação expressa de pelo menos 8 (oito) Ministros, recusando a repercussão geral, para que seja reputada a sua inexistência⁵⁵.

As decisões pela inexistência da repercussão geral são irrecorríveis, valendo para todos os recursos que versem sobre questão idêntica⁵⁶. Uma vez decidida a repercussão geral, a Presidência do STF deverá promover ampla e específica divulgação do teor dessas decisões, bem como diligenciar para a formação e atualização de banco de dados eletrônico sobre o assunto⁵⁷.

Outra questão que merece destaque é a possibilidade de a Presidência do Supremo Tribunal Federal ou qualquer Relator de recursos extraordinários, que possam reproduzir-se em múltiplos feitos, comunicar o fato aos Tribunais *a quo* para fins de cumprimento do art. 543-B do CPC⁵⁸. Ademais, “quando se verificar a subida ou a distribuição de múltiplos recursos com fundamento em

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta lei.

Art. 4º Aplica-se esta lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência.

Art. 5º Esta lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.”

51 Nos termos do que estabelece o art. 3º da Lei nº 11.418/2006.

52 RISTF, art. 323, *caput*, do RISTF (redação da Emenda Regimental nº 21/2007).

53 RISTF, art. 323, § 1º (redação da Emenda Regimental nº 21/2007).

54 RISTF, art. 324, *caput* e parágrafo único (redação da Emenda Regimental nº 21/2007).

55 CF, art. 102, § 3º.

56 RISTF, art. 326 (redação da Emenda Regimental nº 21/2007).

57 RISTF, art. 329 (redação da Emenda Regimental nº 21/2007).

58 Na redação da Lei nº 11.418/2006.

idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos Tribunais ou Turmas de Juizado Especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil⁵⁹.

O instituto da repercussão geral será conformado pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Em junho de 2007, em julgamento plenário, restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a fundamentação da repercussão geral somente poderia ser exigida nos recursos extraordinários cujo início do prazo para sua interposição tenha ocorrido após o dia 3 de maio de 2007, data em que foi publicada a Emenda Regimental nº 21 do STF⁶⁰.

A Corte firmou entendimento, ainda, que cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal reconhecer a efetiva existência da repercussão geral, não obstante tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os demais Tribunais de origem possam verificar a existência da demonstração formal e fundamentada da repercussão geral.

Em setembro de 2007, ao resolver questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 556.664⁶¹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão do envio de recursos extraordinários e agravos de instrumento ao Supremo que versassem sobre a constitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 e o art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.569, em face do art. 143, III, *b*, da Constituição Federal.

Nesta questão de ordem, aplicou-se a disciplina do art. 328 do RISTF⁶², que determinou, especificamente em relação aos processos múltiplos, o sobrestamento e/ou devolução dos feitos aos Tribunais de origem. Consignou-se que, ao se verificar a subida ou a distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos Tribunais ou Turmas do Juizado Especial de origem para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do CPC.

Com tal medida, o Tribunal deu consecução ao modelo desenvolvido para evitar o acúmulo de processos repetidos na Corte, nos termos do art. 543-B do CPC.

2.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA DECISÃO DE JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS E CONTRA AS DECISÕES DAS CORTES EM CASOS “REPETITIVOS”

A Lei nº 10.259, de 12.07.2001, estabeleceu as novas regras aplicáveis ao recurso extraordinário interposto contra decisão das Turmas Recursais dos

59 RISTF, art. 328, parágrafo único (redação da Emenda Regimental nº 21/2007).

60 AI-QO 664.567, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 06.09.2007, no qual se questionou a necessidade de se demonstrar, na petição de recurso extraordinário que cuidava de matéria criminal, a existência de repercussão geral das questões abordadas. De acordo com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Relator do agravo de instrumento, o Plenário entendeu que esse instituto aplica-se a todos os recursos extraordinários, sejam em matéria cível, criminal, eleitoral ou trabalhista.

61 RE-QO 556.664, Rel. Gilmar Mendes, J. 12.09.2007, *Informativo* 479.

62 Na redação da Emenda Regimental nº 21/2007.

Juizados Especiais⁶³. Embora referentes ao incidente de uniformização a ser desenvolvido perante o STJ, essas regras (art. 14, §§ 4º a 9º) aplicavam-se também ao recurso extraordinário, por força do art. 15 da aludida lei.

Depreende-se do plexo de normas em referência que o recurso extraordinário das decisões dos Juizados Especiais Federais mereceu um tratamento diferenciado por parte do legislador. A norma regulamentadora admite, expressamente, o encaminhamento de alguns recursos ao Supremo Tribunal e a retenção dos recursos idênticos nas Turmas Recursais (art. 14, § 6º).

Tendo em vista a possibilidade de reprodução de demandas idênticas, autoriza-se o relator a conceder liminar para suspender, de ofício ou a requerimento do interessado, a tramitação dos processos que versem sobre idêntica controvérsia constitucional (art. 14, § 5º)⁶⁴. Trata-se de disposição que se assemelha ao estabelecido no art. 21 da Lei nº 9.868/1999, que prevê a cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, e no art. 5º da Lei nº 9.882/1999, que autoriza a cautelar em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Observe-se, ademais, que, afastando-se de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário, a Lei nº 10.259/2001, no art. 14, § 7º, au-

63 “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de Turmas de diferentes Regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por Juizes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o Relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o Relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o Relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.”

64 Na MC-ACaut 272, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJ 25.02.2005, o Tribunal concedeu a liminar requerida, nos termos do art. 14, § 6º, da Lei nº 10.259/2001, para conferir efeito suspensivo ao RE 418.918 até o seu julgamento final, e determinar a suspensão na origem, até o pronunciamento da Corte sobre a matéria, de todos os processos em tramitação perante os Juizados Especiais e Turmas Recursais da Seção Judiciária Federal do Estado do Rio de Janeiro nos quais se discutisse a desconsideração de acordos firmados em decorrência do termo de adesão previsto na LC 110/2001.

torizou o relator a pedir informações adicionais, se assim entender necessário, ao presidente da turma recursal ou ao coordenador da Turma de Uniformização, podendo também ouvir o Ministério Público no prazo de cinco dias. Na mesma linha, a aludida disposição permitiu que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, se manifestem no prazo de trinta dias (art. 14, § 7º, 2ª parte). Trata-se de amplo reconhecimento da figura do *amicus curiae*, que, como se sabe, já foi prevista na Lei nº 9.868/1999 (arts. 7º e 18, referentes à ADIn e à ADC; art. 482 do CPC, relativo ao incidente de inconstitucionalidade) e na Lei nº 9.882/1999 (art. 6º, § 1º, a propósito da ADPF). Assinale-se que, na questão de ordem no RE 416.827⁶⁵, o Tribunal admitiu, pela primeira vez, a manifestação de *amici curiae* em processo de competência do Supremo Tribunal Federal proveniente das Turmas Recursais dos Juizados Especiais.

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle, segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o direito constitucional objetivo”⁶⁶.

A fórmula adotada para o recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais foi estendida para os recursos extraordinários regulares, nos quais se discutam matérias repetitivas ou os chamados “casos de massa” (Lei nº 11.418/2006). Vê-se, assim, que também o recurso extraordinário regular – especialmente aquele inserido nesse contexto das questões de massa – poderá merecer disciplina idêntica à adotada para o recurso especial dos Juizados Especiais Federais.

É possível que a disciplina abrangente do art. 543-B do CPC represente revogação tácita das disposições constantes do art. 14, §§ 4º a 9º, e art. 15 da Lei nº 10.259/2001, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal.

2.3 O PAPEL DO SENADO FEDERAL

A *suspensão da execução* pelo Senado Federal do ato declarado *inconstitucional* pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo *constituente* para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários. A aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Discute-se, assim, sobre os efeitos e natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução de lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricio-

65 RE 416.827, Rel. Gilmar Mendes, julgado pelo Plenário. DJ 26.10.2007.

66 HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico. *Sub Judice*, n. 20/21, p. 33 (49), 2001.

nário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Embora a doutrina reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo⁶⁷. Diversamente, a não aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade. A fórmula mereceu reparos na própria Assembleia Constituinte. O Deputado Godofredo Vianna, como já se viu, pretendeu que se reconhecesse, *v.g.*, a inexistência jurídica da lei após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade do diploma⁶⁸.

Mas que efeitos hão de se reconhecer ao ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional? Lúcio Bittencourt afirma que “o objetivo do art. 45, nº IV – a referência diz respeito à Constituição de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do Tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”⁶⁹. Outros reconhecem que o Senado Federal pratica ato político que “confere efeito geral ao que era particular [...], generaliza os efeitos da decisão”⁷⁰.

O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido que o ato do Senado outorga eficácia genérica à decisão definitiva. Assim, a suspensão teria o condão de dar alcance normativo ao julgado da Excelsa Corte⁷¹. Mas qual seria a dimensão dessa eficácia ampla? Seria a de reconhecer efeito retroativo ao ato do Senado Federal? Não há entendimento unânime.

Themístocles Cavalcanti respondeu negativamente, sustentando que a “única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência”⁷². Da mesma forma, Bandeira de Mello ensinou que “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei”, devendo “ser

67 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 141.

68 CASTRO, Aldemário Araújo. *A nova constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935. p. 247; cf. ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, 15(57)/234-237, jan./mar. 1978.

69 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *Op. cit.*, p. 145.

70 BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, 13(50)/61; cf. MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*, 1(2); BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 89-90; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 162-166; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 210; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 84.

71 MS 16.512, Rel. Oswaldo Trigueiro, *RTJ*, 38(1)/20, 21, 23 e 28.

72 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Op. cit.*, p. 164.

respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*⁷³. Enfatizou que a suspensão “não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”. “O Senado Federal – asseverou Bandeira de Mello – apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente”⁷⁴.

Afirmava-se que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório⁷⁵. Se assim fosse, afigurava-se inconcebível cogitar de “situações juridicamente criadas”, de “atos jurídicos formalmente perfeitos” ou de “efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”, com fundamento em lei inconstitucional. É fácil ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito.

É verdade que a expressão utilizada pelo constituinte de 1934 (art. 91, IV), e reiterada nos textos de 1946 (art. 64), de 1967/1969 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X) – *suspender* a execução de lei ou decreto – não é isenta de dúvida. Originariamente, o substitutivo da Comissão Constitucional chegou a referir-se à “revogação ou suspensão da lei ou ato”⁷⁶. Mas a própria *ratio* do dispositivo não autoriza a equiparação do ato do Senado a uma *declaração de ineficácia* de caráter prospectivo. A proposta de Godofredo Vianna reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade “em mais de um aresto” do Supremo Tribunal Federal. Nos debates realizados preponderou, porém, a ideia de outorgar ao Senado, erigido, então, ao papel de coordenador dos Poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

No MS 16.512 (Relator Oswaldo Trigueiro), de 25.05.1966, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir a natureza do instituto, infirmando a possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou de restringir o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Cuidava-se de mandado de segurança impetrado contra a Resolução nº 93, de 14.10.1965, que revogou a Resolução anterior (nº 32, de 25.03.1965), pela qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

O Supremo Tribunal Federal pronunciou a inconstitucionalidade da resolução revogadora, contra os votos dos Ministros Aliomar Baleeiro e Hermes Lima, conhecendo do mandado de segurança como *representação*, tal como

73 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 211.

74 Idem.

75 BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 49; e *O direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910, v. 1, p. 51-52; NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 588; BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 128; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1956. p. 460-461.

76 ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. Op. cit., p. 247.

proposto pelo Procurador-Geral da República, Dr. Alcino Salazar⁷⁷. Reconheceu, ainda, a Suprema Corte que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional. Nessa linha de entendimento, o Ministro Victor Nunes:

[...] o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar.⁷⁸

Todavia, em se procedendo à suspensão do ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior⁷⁹. Da mesma forma, o ato do Senado haveria de ater-se à “extensão do julgado do Supremo Tribunal”⁸⁰, não tendo “competência para examinar o mérito da decisão [...], para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la”⁸¹. Vê-se, pois, que, tal como assentado no acórdão do Supremo Tribunal Federal, o ato do Senado tinha o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes. Ressalte-se que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

Caberia indagar se o Supremo Tribunal Federal poderia vir a reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada inconstitucional, mesmo após a regular comunicação ao Senado. Considerando o lapso de tempo decorrido entre a comunicação e o novo julgado, a resposta poderá ser afirmativa. Assim como o Senado não está obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obsta a que o Tribunal reveja a orientação anteriormente firmada. Neste caso, a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante.

Finalmente, deve-se observar que “a função política exercida pelo Senado é abrangente dos atos estaduais e municipais”. E não se restringe a *lei* ou *decreto*, tal como prescrito no Texto Constitucional, contemplando as várias modalidades normativas, de diferentes denominações, “que de decretos fazem as vezes”⁸². O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto⁸³. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso

77 RTJ, 38 (1)/8-9.

78 MS 16.512, voto do Ministro Victor Nunes Leal, RTJ, 38(1)/23.

79 Nesse sentido, cf. votos proferidos pelos Ministros Gonçalves de Oliveira e Cândido Motta Filho, RTJ, 38 (1)/26.

80 MS 16.512, voto do Ministro Victor Nunes Leal, RTJ, 38(1)/23.

81 MS 16.512, voto do Ministro Pedro Chaves, RTJ, 38(1)/12.

82 ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. Op. cit., p. 304; RISTF, art. 178 c/c o art. 176.

83 MS 16.512, voto do Ministro Prado Kelly, RTJ, 38(1)/16.

concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infração a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte.

2.3.1 A suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos Tribunais Ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de dada expressão literal ou colmatando lacuna contida no regramento ordinário. O Supremo Tribunal não afirmaria propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que certa interpretação seja compatível com a Constituição ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em interpretação conforme à Constituição, já de si amplos, por natureza, não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Mencionem-se, ainda, os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado é problemática, para não dizer inviável, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão somente de um de seus significados normativos.

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. Nessas hipóteses, a decisão vale *per se*. A lei é constitucional e continua a ser. Da mesma forma, o antigo instituto não tem nenhuma importância para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição. Da mesma forma, a suspensão da 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.

É certo que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva⁸⁴. É que a “decisão de calibragem” tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal. Todas essas razões demonstram o novo significado do instituto da suspensão de execução pelo Senado, no contexto da Constituição de 1988.

2.4 O CONTROLE INCIDENTAL E A APLICAÇÃO DO ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/1999

Embora a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Cuida-se aqui tão somente de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade.

Necessária uma prévia análise da questão no direito americano, que é a matriz do sistema brasileiro de controle. Vale ressaltar que nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara que “*the unconstitutional statute*

84 Cf. RE 197.917 (ação civil pública contra lei municipal que fixa o número de vereadores), Rel. Maurício Corréa, DJ 31.03.2004.

*is not law at all*⁸⁵, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade⁸⁶.

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem⁸⁷. O sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*⁸⁸. Assinale-se que, antes do advento da Lei nº 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adota a técnica da limitação de efeitos⁸⁹.

Ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. Sem dúvida, afigura-se relevante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e Tribunais no sistema difuso. O tema relativo à compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato não é exatamente novo e foi suscitado, inicialmente, na Áustria, tendo em vista os reflexos da decisão da Corte Constitucional sobre os casos concretos que deram origem ao incidente de inconstitucionalidade (1920-1929). Optou-se ali por atribuir efeito *ex tunc* excepcional à repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto (Constituição austríaca, art. 140, nº 7, 2ª parte).

O assunto suscita problemas, dada a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex nunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*? Um

85 WILLLOUGHBY, Westel Woodbury. *The constitutional law of the United State*. New York, 1910, v. 1, p. 9-10; cf. COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations: wich ret upon the legislative power of the States of American Union*. 4. ed. Boston, 1878. p. 227.

86 TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Mineola – New York: The Foundation Press, 1988. p. 30.

87 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 173; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

88 Cf., a propósito, SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995. p. 174 e ss.

89 Cf., v.g., a Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*; cf. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia constitucional, la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *RDP*, 22 (92)/5, out./dez.), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (art. 174, 2, do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13.06.1979); cf. ainda CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nºs 9.868 e 9.882/1999. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/1999*. Rio de Janeiro, 2001.

argumento que pode ser suscitado diz respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, tal como já arguido no Direito português, afirmando-se que haveria a frustração da expectativa daqueles que obtiveram o reconhecimento jurisdicional do fundamento de sua pretensão.

A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais, e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

Nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até determinado momento (*v.g.*, até a decisão *in abstracto*). É o que ocorre no sistema português, onde o Tribunal Constitucional ressalva, frequentemente, os efeitos produzidos até a data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República, ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são executadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa⁹⁰. Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro.

Pode-se entender que, se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado da decisão. Os casos concretos ainda não transitados terão o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

Tendo-se em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, mostra-se possível distanciamento temporal entre decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Pode-se ensejar a insegurança jurídica. É razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Ressalte-se aqui que, além da ponderação

90 Cf. MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 748.

central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Tem-se, a nosso ver, adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no Direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão. Aludida abordagem responde a outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de discutir a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 em alguns casos. No primeiro, controvertia-se sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica nº 222, de 31.03.1990, do Município de Mira-Estrela/SP, que teria fixado seu número de vereadores em afronta ao disposto no art. 29, IV, da Constituição. É que tal disposição prevê que o número de vereadores seja fixado proporcionalmente à população local, observando-se, nos Municípios de até um milhão de habitantes, a relação de um mínimo de nove e um máximo de vinte e um. Acolhendo proposta formulada em voto-vista por nós proferido, o Tribunal consagrou que a decisão de inconstitucionalidade seria dotada de efeito *pro futuro*⁹¹.

O segundo caso diz respeito à exigência de recolhimento à prisão para que o acusado pudesse apelar, discutida na Reclamação nº 2.391. Embora a referida reclamação tenha sido declarada prejudicada, por perda de objeto, o debate demonstrou que tais casos de revisão da jurisprudência amplamente consolidada no âmbito do Tribunal tornam relevante a discussão em torno dos efeitos da decisão. No caso, o Tribunal encaminhava-se para reconhecer que eventual declaração de inconstitucionalidade haveria de ser declarada com efeitos *ex nunc*⁹². O terceiro caso refere-se à decisão proferida na ADIn 3.022, de 18.08.2004, na qual declarou o Tribunal a inconstitucionalidade de lei do Rio Grande do Sul, reconhecendo-se, pela primeira vez, que a decisão teria eficácia *pro futuro*⁹³.

Por fim, mencione-se o julgamento do HC 82.959, de 23.02.2006, quando o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal. Entendeu-se, no caso, que a vedação de progressão de regime, prevista na norma impugnada, afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que

91 Cf. RE 197.917, Rel. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004.

92 RCL 2.391, Rel. Marco Aurélio. Declarada prejudicada por perda de objeto (DJ 12.02.2007).

93 ADIn 3.022, Rel. Joaquim Barbosa, DJ 18.08.2004.

se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado deteria certa incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena (Lei nº 8.072/1990, art. 5º). No entanto, explicitou o Tribunal que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas na data do julgamento, esclarecendo que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Mais uma vez, portanto, conferiu o Tribunal efeitos restritivos às suas declarações de inconstitucionalidade⁹⁴.

A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas – ADI, ADC, ADI_o, ADPF e representação interventiva – operou significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de *dessubjetivização* das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia *inter partes*.

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os Juizados Especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a *desformalização* do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse *diálogo* e *intercâmbio* entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Pode-se apontar, entre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS SÚMULAS VINCULANTES

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O efeito vinculante das decisões de Tribunais Superiores sobre os atos de instâncias inferiores não configura novidade. Nelson de Sousa Sampaio apresenta-nos uma boa resenha da tendência para o precedente judicial vinculante⁹⁵. Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se esca-

94 Cf. HC 82.959, Rel. Marco Aurélio, DJ 13.03.2006.

95 SAMPAIO, Nelson de Sousa. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *RDP*, 75/5 e ss.

lonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos Tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um Tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos Tribunais. Se aos Tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa⁹⁶.

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um Alto Tribunal ser obrigatória, como norma, para os Tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado, como referido. Sobre a súmula do Supremo Tribunal Federal e o *Restatement of the Law*⁹⁷, do Direito americano, observou Victor Nunes Leal que:

A jurisprudência da súmula, embora não obrigatória para os outros Tribunais e juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo próprio Supremo Tribunal. E quanto a este a súmula funciona como instrumento de auto-disciplina propiciando tão alto grau de simplificação dos seus trabalhos que seria inviável ou prejudicial tentar alcançar o mesmo resultado por outro meio.

A autoridade, que nos foi possível atribuir à súmula – e que falta ao *Restatement* dos norte-americanos – não é inspiração do acaso ou da livre imaginação. As raízes dessa fórmula estão na abandonada tradição luso-brasileira dos assentos da Casa da Suplicação e na moderna experiência legislativa dos prejulgados.⁹⁸

Vê-se, pois, que a súmula do Supremo Tribunal Federal, que deita raízes entre nós nos assentos da Casa de Suplicação, nasce com caráter oficial, dotada de perfil indiretamente obrigatório. E, por conta dos recursos, constitui instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá afastar-se da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada.

Essas diretrizes aplicam-se também à súmula vinculante consagrada na Emenda nº 45/2004. É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer

96 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., v. 2, 1962. p. 115-116.

97 O *Restatement of Law* é uma consolidação de jurisprudência realizada por advogados, juízes e professores americanos, com o objetivo de conferir segurança ao estudo da aplicação dos precedentes (cf. LEAL, Victor Nunes. Problemas de direito público e outros problemas. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 2, 1997. p. 61).

98 LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Arquivos do Ministério da Justiça*, cit.; *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 279-300.

interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A).

3.2 REQUISITOS FORMAIS DA SÚMULA VINCULANTE, REVISÃO E CANCELAMENTO

Nos termos do art. 103-A da Constituição, a súmula vinculante deverá ser aprovada por maioria de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal (8 votos), havendo de incidir sobre matéria constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas do Tribunal⁹⁹. A norma constitucional explicita que a súmula terá por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Estão abrangidas, portanto, as questões atuais sobre interpretação de normas na interpretação da Constituição e não de seu eventual contraste com outras normas infraconstitucionais. Nesses casos, em geral submetidos ao Tribunal sob alegação de contrariedade direta à Constituição (art. 103, III, a), discute-se a interpretação da Constituição adotada pelos órgãos jurisdicionais.

Outro requisito para edição da súmula vinculante refere-se à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação.

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

Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes. Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização. Nos termos do § 2º do art. 103-A da Constituição, a aprovação, bem como a revisão e o cancelamento de súmula, poderá ser provocada pelos legitimados

99 O STF editou até o momento três súmulas vinculantes (publicadas no DJ e DO de 06.06.2007):

Súmula Vinculante nº 1: "Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001".

Súmula Vinculante 2: "É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias".

Súmula Vinculante nº 3: "Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".

para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei.

Autorizou-se, assim, ao legislador ampliar o elenco de legitimados. Parece altamente recomendável que entre aqueles que venham a ser contemplados com essa legitimação, por decisão legislativa, estejam Tribunais e juízes, uma vez que eles lidam, cotidianamente, com os processos que podem dar ensejo à formulação de súmulas. Como consectário de seu caráter vinculante e de sua “força de lei” para o Poder Judiciário e para a Administração, requer-se que as súmulas vinculantes sejam publicadas no Diário Oficial da União. Procura-se assegurar, assim, a sua adequada cognoscibilidade por parte de todos aqueles que lhe devem obediência.

Nos termos da Emenda Constitucional nº 45/2004, tal como a edição, o cancelamento ou a revisão da súmula poderá verificar-se mediante decisão de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal, de ofício ou por provocação de pessoas ou entes autorizados em lei, entre eles os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, *caput*, e § 2º).

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do direito estar em constante transformação. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, para que elas possam ser adequadas a essas necessidades, também de índole prática. Todavia, do mesmo modo que a adoção de uma súmula vinculante não ocorre de um momento para o outro, exigindo que a matéria tenha sido objeto de reiteradas decisões sobre o assunto, a sua alteração ou modificação também exige discussão cuidadosa.

À evidência, não procede o argumento de que a súmula vinculante impede mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, uma vez que há previsão constitucional da revisão e revogação dos seus enunciados. Ademais, a revisão da súmula propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas existentes hoje nos Tribunais.

Tal questão foi objeto de observação do Ministro Sepúlveda Pertence, em pronunciamento perante a Câmara dos Deputados:

É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem.

A solenidade conferida ao procedimento de revisão da súmula vinculante permite e recomenda que o Tribunal confira a atenção devida à proposta de alteração.

A Lei nº 11.417, de 19.12.2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3 OBRIGATORIEDADE E LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA SÚMULA VINCULANTE

Os limites objetivos da súmula vinculante são dados pelo enunciado que resulta de sua formulação. É evidente que esse enunciado poderá ser mais bem compreendido à luz das referências da súmula, isto é, dos julgados que geraram a base para a decisão sumulada.

Assim, não raras vezes ter-se-á de recorrer às referências da súmula para dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado. Tais referências são importantes também no que diz respeito à eventual distinção ou *distinguishing* que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante.

Desde já, afigura-se inequívoco que a súmula vinculante conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis porventura declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental. É que não foi alterada a cláusula clássica, constante hoje do art. 52, X, da Constituição, que outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado. É que a súmula vinculante conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.

Mais uma razão para que se reveja a interpretação que se confere, tradicionalmente, ao disposto no art. 52, X, da Constituição, de modo a assegurar o efeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente de terem sido proferidas em sede de controle abstrato, direto ou incidental (cf. a propósito, *supra*, o Cap. 12, nº III – *Controle incidental ou concreto*).

Afigura-se inegável que, tendo em vista a própria formalidade do processo de aprovação e edição de súmula, o Tribunal não poderá afastar-se da orientação sumulada sem uma decisão formal no sentido da superação do enunciado eventualmente fixado. Aquilo a que Victor Nunes se referiu como instrumento de autodisciplina do Tribunal edifica-se, no contexto da súmula vinculante, em algo associado à própria responsabilidade institucional da Corte de produzir clareza e segurança jurídicas para os demais Tribunais e para os próprios jurisdicionados.

A afirmação de que inexistiria uma autovinculação do Supremo Tribunal ao estabelecido nas súmulas há de ser entendida *cum grano salis*. Talvez seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado na súmula enquanto considerá-lo expressão adequada da Constituição e das leis interpretadas. A desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orienta-

ção vinculante não mais deve subsistir. Aqui, como em toda mudança de orientação, o órgão julgador ficará duplamente onerado pelo dever de argumentar.

3.4 SÚMULA VINCULANTE E RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Estabelece o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal de 1988 que,

do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A reclamação constitucional vem prevista no art. 102, I, *l*, da Carta de 1988, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. O modelo constitucional adotado consagra a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração em desconformidade com a súmula. E, na certa, essa é a grande inovação do sistema, uma vez que a reclamação contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante já era largamente praticada. É certo que também essa reclamação estava limitada às decisões dotadas de efeito vinculante nos processos objetivos.

De qualquer sorte, tem-se aqui a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implementação da súmula vinculante em toda a sua amplitude.

A adoção da súmula vinculante para a Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância por parte desta dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações – para o Supremo Tribunal Federal.

Daí a necessidade de que a lei preveja procedimento administrativo adequado de modo a permitir, tanto quanto possível, que as questões eventualmente suscitadas possam ser resolvidas na própria esfera da Administração¹⁰⁰. Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo. Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formulada diretamente contra a Administração perante o Supremo Tribunal Federal.

A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo

100 Cf. Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. No que se refere ao procedimento para cumprimento de decisões judiciais pela via administrativa no âmbito estadual, cf. a Lei Estadual nº 10.177, de 30.12.1998, do Estado de São Paulo.

social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário, a súmula vinculante perderá o seu conteúdo pedagógico-institucional, não cumprindo a função de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, o modelo de controle de constitucionalidade.

Com a ampliação do rol de entes legitimados para a propositura da ADI e da ADC – permitindo que as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal –, mais a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante conferido às decisões nesses processos, imprimiu-se ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidental*, mas ao modelo *concentrado*.

A regulamentação da ADPF introduziu significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. É que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento. A estrutura de legitimação desse instituto, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das suas decisões completaram o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal.

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade da omissão. Não obstante o hercúleo esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma “teoria da omissão inconstitucional”, cujo estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã. No Brasil, a ação direta por omissão teve até agora uma aplicação restrita.

No âmbito da ação direta de inconstitucionalidade – a ação mais relevante do sistema de controle de constitucionalidade de normas brasileiro –, constitui inovação significativa a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades. Positivou-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Trata-se de providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.

O STF passou a considerar admissível a reclamação, em sede de controle abstrato de normas, quando o órgão responsável pela edição da lei declarada inconstitucional persistir na prática de atos concretos que pressuponham a validade da norma declarada inconstitucional. Essa jurisprudência foi positivada com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, na qual ficou estabelecido que

as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No sistema difuso, consagrou-se, com a reforma do Judiciário introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o instituto da repercussão geral, segundo o qual “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-la pela manifestação de dois terços de seus membros”. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário.

Ademais, a Lei nº 10.259/2001 admitiu o encaminhamento de recurso extraordinário das decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais ao Supremo Tribunal, retendo-se os recursos idênticos na origem. A mesma lei reconheceu a figura do *amicus curiae* no âmbito desse processo, afastando-se, dessa forma, de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário.

A fórmula adotada para o recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais foi estendida para os recursos extraordinários regulares, nos quais se discutam matérias repetitivas ou os chamados “casos de massa”. Esse novo modelo legal traduz um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido instrumento passa a assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. A matéria está submetida à apreciação do STF.

No controle incidental, afigura-se obsoleto o instituto da suspensão da execução da lei ou ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal, no contexto da Constituição Federal de 1988.

A declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniê-

cia. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada. Não parece haver dúvida de que a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

Em suma, a adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os Juizados Especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a *desformalização* do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse *diálogo e intercâmbio* entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Percebe-se inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.

Por fim, a súmula vinculante introduzida pela Emenda nº 45/2004 estabeleceu a vinculação dos órgãos judiciais e dos órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial. Porém, a súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante.