



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RENAN RAULINO SANTIAGO

**EFEITO VINCULANTE NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: EVOLUÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE CONCRETO
DE CONSTITUCIONALIDADE.**

**FORTALEZA
2011**

RENAN RAULINO SANTIAGO

**EFEITO VINCULANTE NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: EVOLUÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE CONCRETO
DE CONSTITUCIONALIDADE.**

Monografia submetida à coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

**FORTALEZA
2011**

RENAN RAULINO SANTIAGO

**EFEITO VINCULANTE NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
EVOLUÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE.**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em __/__/__.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (orientador).
Universidade Federal do Ceará – UFC.

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo.
Universidade Federal do Ceará – UFC.

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.
Universidade Federal do Ceará – UFC.

A Valter Guerreiro Raulino (*in memoriam*),
pela saudade e pelas lições ministradas até
mesmo no silêncio, e cujo tempo não foi capaz
de fazer esquecer.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pela força e dedicação que levaram a essa conquista.

A meus pais, Mairton Santiago Costa e Valda Raulino Santiago, por serem, desde o início, o ensejo de todas as minhas realizações.

Aos Professores Hugo de Brito Machado Segundo, pela primorosa atuação como orientador desta pesquisa; Francisco Régis Frota Araújo, pelo inestimável apoio dado ao longo da graduação, em especial na monitoria da disciplina de Direito Constitucional III; e Juvêncio Vasconcelos Viana, pela receptividade e gentileza em aceitar participar da avaliação deste trabalho.

A Rafael Raulino Santiago e a Natacha Albuquerque P. do Vale, pelo companheirismo e pelos primorosos auxílios na elaboração desta monografia.

A Renê Raulino Santiago e a Janeiline de Sá Carneiro, que valorosamente me apoiaram nesta tarefa.

Ao amigo Marcio Sampaio Mesquita Martins, pela relevante contribuição para o desenvolvimento da pesquisa, com formidáveis sugestões doutrinárias.

A Lucas Leite Alves e Milena Alencar, pela disponibilização de importante material.

Aos amigos que enriqueceram o debate e a aprendizagem ao longo de toda a faculdade, em especial Marcelo Capistrano, Renato Vasconcelos, Debora Bezerra de Menezes, Ana Raquel e Ívina Morgana.

Aos demais amigos e colegas que colaboraram com esta pesquisa. Apesar de não mencionados, não são menos importantes.

É próprio da condição humana e, particularmente, da juventude buscar o Absoluto, o sentido e a plenitude da existência. Amados jovens, não vos contenteis com nada menos do que os mais altos ideais! Não vos deixeis desanimar por aqueles que, desiludidos da vida, se tornaram surdos aos anseios mais profundos e autênticos do seu coração. (João Paulo II).

RESUMO

O direito brasileiro presencia alvissareira inovação, erigida no campo do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, no sentido de conferir efeito vinculante a toda e qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal a esse respeito. Nesse esteio, o objetivo da presente pesquisa é de, fíncada em uma perspectiva de efetividade constitucional e de concretização dos direitos e garantias fundamentais, proceder a um profundo estudo acerca da evolução legislativa e jurisprudencial que confere ao controle concreto eficácia geral. Inicialmente, se fará uma análise introdutória acerca dos institutos aplicáveis ao controle de constitucionalidade, examinando suas características e peculiaridades. No capítulo primeiro, a análise se aterá aos pressupostos do controle, que são: a existência de uma constituição rígida e dotada de supremacia com relação às demais normas do Estado e a instituição de um órgão competente para aferir a compatibilidade dessas normas com o texto constitucional. Em seguida, se examinará os elementos do controle de constitucionalidade, procedendo-se a detida análise do objeto e do parâmetro de controle, quando então se abordará temas como a recente ampliação do bloco de constitucionalidade do direito brasileiro e a normatividade do preâmbulo da Carta de 1988. Por fim, o último capítulo adentra à temática fundamental do presente trabalho, abordando a evolução da teoria dos efeitos da decisão judicial no controle de constitucionalidade incidental, quando então se buscará justificativa para essa evolução em fatores como a competência do STF de guardião da Constituição, a força normativa da jurisdição e os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Analisar-se-á ainda o acolhimento do efeito vinculante no âmbito legislativo, em especial o instituto das súmulas vinculantes e a sistemática da repercussão geral nos recursos extraordinários. Finalizando, estudar-se-á os instrumentos de superação e afastamento do precedente (*overruling a distinguishing*). O trabalho tem cunho eminentemente bibliográfico, pelo que a pesquisa se baseará principalmente no exame de informações em livros, revistas especializadas, sites de tribunais e artigos acadêmicos. Empregar-se-á, assim, o método hermenêutico-dedutivo, de modo que o estudo conduzirá a conclusões baseadas em premissas teóricas indicadas pela literatura e jurisprudência.

Palavras-chave: Controle incidental de constitucionalidade; efeito vinculante; evolução legislativa e jurisprudencial.

ABSTRACT

The Brazilian law witnesses an auspicious innovation, erected in the field of judicial review of laws and normative acts, in order to give binding effect to any manifestation of the Supreme Court about it. In this context, the goal of this research is, embedded in a perspective of effectiveness and achievement of constitutional rights and guarantees, study deeply about the case law and legislative evolution, what gives overall effectiveness to the concrete control. Initially, there will be an introductory discussion about the applicable institutes to judicial review, examining their features and singularities. In the first chapter, the analysis of control sticks to the assumptions, which are: the existence of a rigid and constitution, superior to all the other State rules, and the establishment of an organ competent to assess the compatibility of these rules with the constitutional text. Afterwards, the elements of judicial review will be examined, proceeding to a detailed analysis over the object and control parameters, when themes like the recent expansion of the Brazilian constitutionality block and the normative force of the 1988 Constitution's preamble will be discussed. The last chapter enters the key themes of this work, addressing the developments in effects of incidental constitutionality control theory, when then a justification for this evolutions will be settled in factors such as the Supreme Court competence to be the Constitution guardian, as the normative force of the case law and of the equality and legal certainty principles. The reception of the binding effects by the Legislative, in particular the institute of binding dockets and the general repercussion in extraordinary resources. Finally, the tools for overcoming and removal of precedents (overruling the distinguishing) will be studied. The work is eminently literature; therefore the search will be based primarily on review of information found in books, journals, courts' websites and academic articles. The hermeneutic-deductive method will be applied, so the study will lead to conclusions based on theoretical premises indicated in the literature and case law.

Keywords: Incidental control os constitutionality, binding effect, legislative developments and case law.

SUMÁRIO.

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	14
2.1 Constituição rígida.....	14
2.2 Supremacia da Constituição.....	20
2.2.1 <i>Supremacia formal e supremacia material.</i>	24
2.3 Existência de um órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade.....	26
2.3.1 <i>Controle exercido pelo Poder Judiciário.</i>	26
2.3.2 <i>Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo.</i>	31
2.3.3 <i>Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo.</i>	32
2.3.4 <i>Controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.</i>	34
3. ELEMENTOS E SISTEMAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ..	38
3.1 Objeto de Controle.....	38
3.1.1 <i>Objeto no Controle concreto.</i>	38
3.1.2 <i>Objeto no controle abstrato.</i>	42
3.2 Parâmetro de Controle.	49
3.2.1 <i>Publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e ampliação do bloco de constitucionalidade.</i>	49
3.2.2 <i>Análise da normatividade do preâmbulo da Constituição.</i>	51
3.2.3 <i>Parâmetro no controle concentrado.</i>	54
3.2.4 <i>Parâmetro no controle difuso.</i>	57
3.3 Sistemas de controle.....	58
3.3.1 <i>Sistema norte-americano de controle da constitucionalidade.</i>	58
3.3.2 <i>Sistema austríaco de controle da constitucionalidade.</i>	60
4. EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL.	62
4.1 Efeitos tradicionais no controle de constitucionalidade.....	62

4.1.1	<i>Distinção preliminar entre efeito vinculante e eficácia contra todos.</i>	62
4.1.2	<i>Efeitos no controle concreto e abstrato.</i>	65
4.2	Evolução da teoria dos efeitos da decisão judicial no controle incidental.	68
4.2.1	<i>Competência do STF como guardião da Constituição.</i>	69
4.2.2	<i>Força normativa da jurisdição e suas implicações nos efeitos do controle difuso.</i> 72	
4.2.3	<i>Efeito vinculante como meio de realização da isonomia e da segurança jurídica.</i> 75	
4.3	Tendência de atrelamento judicial aos precedentes dos tribunais superiores: acolhimento do efeito vinculante no âmbito legislativo.	78
4.3.1	<i>Súmulas vinculantes.</i>	80
4.3.2	<i>Sistemática da repercussão geral.</i>	83
4.4	Efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.	87
4.4.1	<i>A inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos..</i>	87
4.4.2	<i>A inconstitucionalidade do número de vereadores do Município de Mira Estrela.</i>	91
4.5	Overruling e distinguishing.	93
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.		98
REFERÊNCIAS.		101

1. INTRODUÇÃO.

O atual panorama jurídico brasileiro se funda sobre o princípio da supremacia da Constituição, pedra angular em que se assenta o hodierno direito político, assim como sobre o reconhecimento de sua força normativa. Significa dizer que a Carta Magna encontra lugar hoje no vértice do ordenamento pátrio, sendo reconhecida como o seu próprio fundamento de validade, pelo que todos os poderes estatais são legítimos à medida que ela os reconhece e na proporção por ela distribuídos.

Tal posição se mostra plenamente arrazoada, vez que, mais do que uma simples técnica jurídica, o constitucionalismo moderno é uma técnica de liberdade, que se presta a resguardar e a dar efetividade aos direitos fundamentais.

Face a essas premissas, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do poder público ganha especial relevância no sistema jurídico, não só se legitimando, mas verdadeiramente se impondo como garantia fundamental do povo, titular do poder constituinte, de não tolerar o agir estatal, quando antagônico ao Texto Político.

Para que se possa falar em efetivo controle de constitucionalidade, é necessário que a Constituição seja rígida e goze de supremacia face às demais normas estatais, as quais nela encontrarão o seu fundamento de validade. Ademais, deve o próprio texto constitucional instituir órgão para prover a sua defesa, tendo esse competência para afirmar em última instância a correta exegese de suas normas, bem como para aferir a compatibilidade do direito ordinário face ao Texto Magno, que será sempre tomado como norma paradigmática.

Tradicionalmente, classifica-se o controle de constitucionalidade quanto à natureza do órgão fiscalizador e quanto ao momento de exercício do controle. Com relação a este último, temos que o exame da constitucionalidade de uma lei pode ser *preventivo*, quando tem por fim impedir que um ato inconstitucional ingresse no ordenamento, operando-se o controle antes da conversão de um projeto em lei; ou *repressivo*, quando realizado a partir da promulgação da lei, destinando-se a paralisar-lhe a eficácia.

Já no que tange ao primeiro critério (quanto ao órgão fiscalizador), temos que o controle pode ser considerado político, jurisdicional ou misto, a depender de para quem se atribua precipuamente a competência para aferir a legitimidade das leis e atos normativos. Diz-se político o controle operado por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado ao Legislativo ou Executivo; jurisdicional aquele desempenhado com exclusividade pelo Poder Judiciário; e misto ou eclético quando o modelo conjuga os controles político e jurídico.

O *controle judicial* pode ainda ser subdividido em *difuso ou concentrado*, a depender respectivamente se exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário ou somente pelo seu órgão de cúpula; e em *incidental ou abstrato*. Com relação a esse último critério, teremos o controle incidental se o pronunciamento acerca da constitucionalidade da norma é operado como questão prejudicial de caso concreto submetido à jurisdição do órgão de controle, ou abstrato se o controle tem por objeto a discussão acerca da validade da lei abstratamente considerada.

O direito brasileiro adota um complexo sistema de controle de constitucionalidade, onde diversos órgãos dispõem de competência para proceder ao exame da compatibilidade e validade das leis frente à Carta Federal.

O presente trabalho, partindo de uma análise teórica do controle de constitucionalidade, que perpassa pelo exame de seus pressupostos, de seus elementos e de suas espécies, colima averiguar o alcance subjetivo dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

De um modo geral, a doutrina ainda perfilha o entendimento de que as decisões do STF, se emanadas em processo constitucional subjetivo, produzem efeitos apenas *inter partes*. Tal entendimento encontra respaldo na literalidade do texto constitucional, que dispõe competir ao Senado Federal decidir discricionariamente acerca da suspensão ou não dos efeitos das leis declaradas inconstitucionais pela Corte nos casos de controle difuso de constitucionalidade (Art. 52, X)

Todavia, não se pode olvidar recente tendência de “abstrativização” (*sic*) do controle incidental, tanto no que diz respeito à esfera legislativa como à judicial.

No que tange ao aspecto legislativo, contemplou-se, com clareza, duas inovações: a súmula vinculante (art. 103-A da CF) e a repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102, § 3º da CF). A súmula vinculante, específica para os casos de controle difuso-concreto, é instrumento hábil a conceder efeito obrigatório ao entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional, ainda quando construído esse sob procedimento com efeitos, *a priori*, unicamente entre as partes. Noutra quadra, a exigência de repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário exprime tendência de objetivação do referido controle. Ou seja, o recurso extraordinário vem perdendo o seu caráter eminentemente subjetivo, para assumir um papel de defesa da ordem constitucional objetiva.

A evolução legislativa, contudo, não parece exaurir a situação, assumindo também a jurisprudência, ainda que fincada em inúmeras divergências, papel verdadeiramente vanguardista na concessão de efeito geral para o controle difuso exercido pelo Pretório Excelso. A inovação no âmbito jurisprudencial, geminada no próprio STF, caminha no sentido de conferir efeitos obrigatórios às decisões da Suprema Corte, mesmo quando proferidas em sede de controle concreto. Essa construção se finca nas modernas premissas do constitucionalismo, que se caracterizam por uma reinterpretação da separação dos poderes, conferindo assim atuação política ao Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito às Cortes Constitucionais, cada vez mais comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais.

A hipótese do presente trabalho é de que tal entendimento resguarda a função precípua do STF de preservar e interpretar a Constituição, como efetivo guardião da Carta Magna em qualquer conjuntura (controle concreto ou abstrato), uma vez que lhe assegura a prerrogativa de indistintamente uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais. Daí por que as decisões do STF, mesmo que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, despontariam como paradigmáticas, devendo, até mesmo por questões de segurança jurídica e isonomia (garantindo a todos os jurisdicionados decisões abalizadas nas mesmas premissas), obrigatoriamente ser seguidas pelos demais tribunais da federação.

Tem-se, destarte, por intento analisar os instrumentos normativos criados para conceder efeito vinculante às decisões do STF em matéria constitucional, especialmente súmula vinculante e repercussão geral; assim como examinar os aspectos dessa linha de entendimento no Supremo Tribunal Federal, sopesando se a referida construção se coaduna com os princípios constitucionais e aferindo se tal entendimento é apto a propiciar efetividade ao texto constitucional e, por conseqüência, garantir maior observância dos direitos e garantias nele previstos.

A relevância do estudo é de clara evidência, uma vez que versa sobre questão incerta na jurisprudência, ainda com escassa doutrina, e que, pela própria natureza do tema, assim como pela abordagem preocupada com uma perspectiva de efetivação de direitos individuais, tem acentuada função social.

2. PRESSUPOSTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

2.1 Constituição rígida.

O conceito de Constituição rígida deriva da célebre classificação de Lord Bryce, em que as constituições são divididas em rígidas ou flexíveis.¹ Em termos singelos, Constituição rígida é aquela que exige um procedimento qualificado para a criação e alteração de suas normas. Ou seja, é aquela cujo procedimento legislativo se diferencia do referente às demais leis do ordenamento, por ser mais dificultoso, trazendo ainda certas limitações de ordem temporal, circunstancial e material.

Como bem expõe José Luiz Quadros de Magalhães:

As Constituições rígidas são aquelas que necessitam de um processo formal, que dificulta a alteração de seu texto, estabelecendo mecanismos parlamentares específicos, quorum para a aprovação com maiorias especiais, competência restrita para propor a sua alteração, além de limites temporais, circunstanciais e materiais para o funcionamento do poder de reforma.²

Conseqüência sobremaneira relevante desse sistema de formalidades especiais para a alteração do Texto Político é a instituição do princípio da supremacia formal das normas constitucionais.³

Esse conceito, conforme melhor abordaremos a seguir, traduz-se justamente na idéia da existência de um procedimento particular para a alteração da Constituição, servindo destarte como o real alicerce para a instituição do controle de constitucionalidade.

Isso porque, conquanto as matérias constitucionais figurem por si só como de maior envergadura axiológica e que, por uma própria conjectura lógica, mostrem-se superiores de um ponto de vista material⁴, é na verdade a diferença entre os procedimentos que dá sustentação prática ao controle de constitucionalidade das leis.

¹ BASCUNAN, Alejandro Silva. **Tratado de Derecho Constitucional – Principios**, p. 66, *apud*. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A Constituição democrática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 13, 18 maio 1997. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/84>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

⁴ A supremacia material da constituição decorre da própria natureza das normas, isto é do seu conteúdo. Tratam de matérias centrais do ordenamento, que dizem respeito aos elementos estruturante da organização do Estado.

Nesse sentido, observa José Afonso da Silva que a supremacia material é reconhecida “até nas Constituições Costumeiras e nas Flexíveis”⁵. Para o festejado doutrinador, isso é certo do ponto de vista sociológico, assim como se levando em conta uma rigidez sócio-política. Contudo, “do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apóia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário.”⁶ (grifo nosso).

Note-se que, nos sistemas de Constituição flexível, a inexistência de procedimento qualificado para a alteração dos preceitos constantes do texto constitucional faz com que toda produção legislativa tenha o mesmo *status* formal, fazendo assim vigorar, quando do embate entre normas infraconstitucionais e a Lei Magna, a regra de que a lei anterior revoga a posterior (*lex posterior derogat priori*).⁷

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a adoção desse tipo de sistema na Lei Maior se justifica pela “convicção de que as constituições não devem pretender ser imodificáveis — já que isso seria um convite ao recurso fatal das revoluções...”⁸. Finalizando, expõe o renomado constitucionalista que “A Constituição da Inglaterra é o exemplo clássico de Constituição flexível, não havendo falar, ali, em poder de reforma da Constituição diverso do poder legislativo ordinário.”⁹ (grifo nosso).

Com efeito, é de se reconhecer que a estabilidade da Constituição não deve ser absoluta de modo dissonar da realidade social cambiante. Contudo, entendemos que se deva consagrar certa austeridade no procedimento de reforma constitucional, de tal sorte a assegurar tanto quanto possível a estabilidade da lei maior e a permanência das instituições - isso na medida em que não se comprometa a “perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social”.¹⁰

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46

⁶ *Idem, Ibidem*.

⁷ Em nosso ordenamento, essa regra encontra-se insculpida no Art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, vejamos:

Art. 2º (...)

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247-248.

⁹ *Idem, Ibidem*.

¹⁰ SILVA, José Afonso da, *op.cit.*, p. 42.

Em nosso entender, a rigidez relativa¹¹ é o procedimento que se presta a atender ambas as demandas, vez que, ao passo em que permite amplo processo de reforma e revisão do texto constitucional¹², também estabelece procedimento mais dificultoso e solene do que o instituído para a legislação comum.¹³

Reconhecemos, porém, que esse não é o único fator a ser levado em consideração. Com efeito, a estabilidade da Constituição está mais ligada ao amadurecimento da sociedade e de suas instituições, do que propriamente ao processo legislativo para a modificação de suas normas.

A esse respeito, bem notou Régis Frota, que assim aduziu:

“Estamos, pois, diante de uma certa ironia da história: afinal como é que uma Constituição que se diz rígida, como no caso da Constituição Brasileira, conhece tantas reformas constitucionais, enquanto, por seu turno, a Constituição da Inglaterra, sendo flexível por que embasada nas tradições, registra uma tão impressionante estabilidade constitucional?”¹⁴

De todo modo, temos que a Constituição Federal de 1988 é uma típica carta dotada de rigor para a sua alteração, sendo classificada pela doutrina, quase que de forma unânime, como Constituição do tipo rígida¹⁵.

Conforme estatui o Art. 60 do texto magno, a Constituição somente poderá ser emendada mediante proposta (I) de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (II) do Presidente da República; ou (III) de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

¹¹ Ao lado da rigidez relativa, a doutrina costuma a identificar três outros tipos de constituições classificadas quanto ao critério da estabilidade, a saber: as (i) constituições imutáveis, que não permitem qualquer alteração em seu texto; e (ii) as constituições flexíveis que não trazem qualquer diferença entre os processos de modificação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Fala-se ainda em (iii) constituições semi-rígidas: aquelas que exigem um procedimento diferenciado para a alteração de apenas parte de seus dispositivos, como o fez, em seu Art. 178 a Constituição do Império.

¹² Excetue-se daí a existência de determinado núcleo imutável: as denominadas cláusulas pétreas.

¹³ Cf. TEIXEIRA, J.H Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 106 e 108.

¹⁴ ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Direito Constitucional Econômico e Tributário**. Fortaleza: ABC, 2007, p. 81.

¹⁵ Registre-se a divergência de Alexandre de Moraes que classifica a Constituição Federal de 1988 como super-rígida, uma vez que “em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, Art. 60, § 4º - cláusulas pétreas)” (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: ATLAS, 2011). Ousamos discordar do emérito professor. Em nosso entender, a rigidez da constituição decorre tão somente do processo exigido para a modificação de seu texto. Não há que se estabelecer mais de um critério para a fundamentação de uma classificação, sob pena de torná-la despicienda e sem serventia. Observe-se que podemos ter tanto uma constituição rígida como uma flexível dotada de cláusulas pétreas.

Bem se vê que, já na indicação dos legitimados para a propositura da proposta de emenda constitucional – PEC, que o procedimento aqui adotado é bem mais dificultoso e solene do que o determinado para as demais alterações legislativas. Veja-se a exemplo a iniciativa das leis complementares e ordinárias que cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional; ao Presidente da República; ao Supremo Tribunal Federal; aos Tribunais Superiores; ao Procurador-Geral da República; e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos no texto constitucional¹⁶ (Art. 61, *caput*, da CF).

Fácil é perceber que, com relação à legislação ordinária, bem mais amplo é o rol de legitimados. Somente o Presidente da República tem legitimidade para a propositura tanto da proposta de emenda, como de projetos de lei.

Toda e qualquer proposta de emenda constitucional deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos, somente se considerando aprovada se lograr obter, em ambas, a maioria qualificada de três quintos dos votos do total respectivo de membros, independentemente da quantidade de presentes.

Tem-se ainda que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, assim como não poderá sequer ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; ou os direitos e garantias individuais.

Trata-se aqui de algumas restrições, comumente designadas pela doutrina de limitações ao poder constituinte reformador. Essas limitações podem ser de ordem temporal, circunstancial, formal ou material, não tendo a Constituição brasileira consagrado a primeira¹⁷.

¹⁶ No termos do § 2º do referido Art. 60 da CF, a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

¹⁷ Apenas para registrar a divergência, alguns autores entendem que a determinação contida no Art. 3º do ADCT (A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral) seria uma espécie de limitação temporal, vez que a revisão constitucional referida no dispositivo somente poderia ser realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição. Essa posição, contudo, não encontra qualquer respaldo em maciça posição doutrinária. (Cf: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247-248; PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2010).

Como bem assevera Paulo Bonavides, “o poder de reforma constitucional exercitado pelo poder constituinte derivado é por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas.”¹⁸ Em arremate, o celebrado mestre preleciona que essas limitações são “decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor.”

As limitações circunstanciais são as que vedam a alteração da Constituição durante a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Visam garantir a higidez constitucional, obstando alteração de seu texto em momentos de fragilidade institucional, quando o constituinte reformador estaria muito mais suscetível a apelos e comoções momentâneas. Nas palavras de Michel Temer:

“O constituinte esteve atento ao fato de que a reforma constitucional é matéria de relevância inquestionável e, por isso, não pode ocorrer em instante de conturbação nacional. O constituinte exige serenidade, equilíbrio, a fim de que a produção constitucional derive do bom senso e da apurada meditação”¹⁹.

Já as limitações formais são as próprias exigências especiais e qualificadas para a modificação do Texto Político, como quorum diferenciado, maior restrição quanto aos legitimados para propositura e exigência de aprovação em dois turnos de votação. Em outras palavras, são limitações que cominam o procedimento que necessariamente deve ser observado pelo legislador constituinte derivado.

Por fim, temos as limitações de ordem material, consubstanciadas na eleição de certas matérias como sendo insuscetíveis de modificação por parte do Poder Constituinte reformador. Essa limitação é das mais importantes e controversas, encontrando a clássica oposição de Laferrière, para quem “o poder constituinte exercitado num determinado momento não é superior ao poder constituinte que se exercerá no futuro e não pode pretender restringi-lo ainda que seja num determinado ponto”²⁰. Também nesse sentido, Joseph Barthlème e Paul Duez, citados por Paulo Bonavides.²¹

Essa oposição, contudo, perdeu respaldo ante a teoria do poder constituinte, brilhantemente desenvolvida pelo abade Emmanuel Sieyès²², que deu azo à

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 198.

¹⁹ TEMER, Michel. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 36.

²⁰ LAFERRIÈRE, Julien. **Manuel de Droit Constitutionnel**, Paris, 1947, p. 289, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 201.

²¹ Cf: *Idem, ibidem*.

²² Cf: SIEYÈS. Emmanuel. **Qu'est-ce que le tiers état ?** Genève, Doz, 1970.

consagração de relevantes diferenças entre o poder constituinte originário e derivado, pelo que a este restaram uma série de limitações.²³

No modelo jurídico brasileiro, essas limitações consistem essencialmente na instituição de cláusulas pétreas, que são aquelas previstas no § 4º do Art. 60 da Constituição Federal, além de outras de natureza implícita, reconhecidas pela doutrina e jurisprudência como tal. Assevera Bonavides que “essas limitações tácitas são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado, pelo poder constituinte originário”²⁴

Registre-se, porém, a existência de abalizada doutrina que pugna pela possibilidade de alteração das cláusulas pétreas através do chamado procedimento de “dupla revisão”²⁵. O referido artifício implica na possibilidade de as cláusulas pétreas serem abolidas, desde que, em procedimento anterior, se suprimisse a norma que dava à primeira o status de imutabilidade.²⁶

Para os defensores dessa tese, o que a Constituição consagra é uma rigidez maior para a supressão de cláusulas pétreas, não uma proibição absoluta. Fincado nas lições de Paulo Gustavo Gonet Branco, podemos dizer esse entendimento conclui que o significado básico do estabelecimento de limites materiais seria tão somente o de acrescer maior estabilidade a certas matérias eleitas pelo constituinte originário, garantindo-lhe maior sobrevida, por meio do agravamento do processo da sua substituição.²⁷

Como já se deixou antever, esses pensamentos não fertilizaram o direito brasileiro, sendo certo que, à luz do nosso ordenamento, as normas instituidoras de cláusulas pétreas encontram-se, por uma própria concepção lógica, abarcadas no rol de limitações implícitas ao poder constituinte derivado.

Observe-se, contudo, já ter o STF concluído no sentido de que as restrições materiais ao poder constituinte reformador, previstas no Art. 60, § 4º, da Lei Fundamental, “não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária,

²³ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 810; e VELOSO, Zeno. **Controle de constitucionalidade das leis**. Belém: Cejup, 1999, p. 143-144.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 202.

²⁵ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002; e MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

²⁶ Apenas para exemplificar: somente seria legítima a promulgação de emenda tendente a abolir algum dos direitos previstos no Art. 5º do texto constitucional, caso emenda anterior suprimisse o inciso § 4º, inc. I, do Art. 60.

²⁷ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 251 e 252.

mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”²⁸.

Por fim, registre-se que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Em que pese o tema rendesse ensejo a mais inúmeras outras considerações, nos limitamos às até aqui expendidas, haja vista os fins a que se presta o presente trabalho.

De todo modo, é de se notar que, a despeito de algumas divergências doutrinárias acerca de particulares pontos, a Constituição Federal estabelece procedimento assaz rígido para modificação de suas normas.

As leis infraconstitucionais, por sua vez, exigirão mera aprovação por quorum de maioria simples (leis ordinárias) ou maioria absoluta (leis complementares), sendo que o projeto de lei aprovado na casa onde tiver tido origem será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção e promulgação. Note-se apenas que, em sendo o projeto de lei objeto de emenda substancial na casa revisora, voltará à casa iniciadora que decidirá acerca das alterações.

Temos ainda que, em caso de relevância e urgência, respeitadas certas vedações²⁹, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Vê-se, assim que os procedimentos são categoricamente diversos, pelo que resta plenamente caracterizada, no âmbito do nosso ordenamento jurídico, a rigidez constitucional.

2.2 Supremacia da Constituição.

²⁸ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2024-DF, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22-06-2007. Disponível em www.stf.jus.br; BRASIL; Supremo Tribunal Federal. MS 24875-DF, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06-10-2006. Disponível em www.stf.jus.br; e BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2024-DF, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01-12-2000. Disponível em www.stf.jus.br.

²⁹ Art. 62, § 1º, da CF: § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Da rigidez constitucional emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer da doutrina mais abalizada, “é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político”.³⁰ Significa dizer que “a Constituição encontra lugar hoje no vértice do ordenamento jurídico pátrio, sendo reconhecida como o seu próprio fundamento de validade, pelo que todos os poderes estatais são legítimos à medida que ela os reconhece e na proporção por ela distribuídos”³¹

Como bem expressou, em valoroso voto, o Ministro Celso de Melo:

“a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal - que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia -, nenhum ato de Governo poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica”³².

Em termos mais claros, a supremacia constitucional dispensa às normas da Constituição especial dignidade, situando-as em plano superior às demais normas jurídicas produzidas pelo Estado; é o atributo que coloca a Carta Magna em posição de comando, destaque e referência com relação a toda a estrutura do ordenamento.

Cumpra aqui fazer referência à teoria do escalonamento desenvolvida por Hans Kelsen, segundo a qual as normas encontram seu fundamento de validade na norma que lhes é imediatamente superior.

Conforme a referida teoria, no ápice do ordenamento, servindo como fundamento de validade para todo o sistema, temos justamente o texto constitucional, aqui tomado no sentido jurídico-positivo³³.

As normas se encontram escalonadas em uma hierarquia, formando uma espécie de pirâmide em cujo ápice se encontra a Constituição, fazendo com que todas as normas que se encontrem em posição inferior lhe sejam subordinadas. Dessa forma, qualquer norma que

³⁰ PINTO FERREIRA, Luis. **Princípios Gerais do Direito Constitucional moderno**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 90.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 2215/PE. Relator Min. Celso de Mello. Julg: 17/04/2001. Disponível em www.stf.jus.br.

³³ Como esclarece José Afonso da Silva, “A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no **lógico-jurídico** e no **jurídico-positivo**. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau. (SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 39).

se encontre abaixo dela lhe deve obediência, de tal sorte que lhe deverá sempre inteiro cumprimento sob pena de vir a ser viciada.

Nas preciosas lições de Gilmar Ferreira Mendes:

“pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo — comandos postos em vigor — cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais”³⁴.

Sobre essa questão, ainda atualíssimos são os clássicos ensinamento de Alexander Hamilton, desenvolvidos no plano da teoria política, e para quem o texto constitucional, expressão própria da vontade do povo, possui força obrigatória e validade superior a todas as demais normas do ordenamento, fazendo jus por isso a específica proteção por parte do Poder Judiciário:

"Não há proposição que se apóie sobre princípios mais claros do que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo o qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proibem.

(...)

Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar os representantes do povo para substituir a sua *vontade* à de seus eleitores. E muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários. Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são”³⁵.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14.

³⁵ WEFFORT, Francisco C. organizador. **Os clássicos da política**. 3. ed. São Paulo, Ática, 1991, p. 391.

Essa idéia facilmente se sustenta, uma vez que a noção de constitucionalismo tem como característica precípua o contraponto ao absolutismo ou concentração do exercício do poder. Em outros termos: mais do que uma simples técnica constitucional, o constitucionalismo é uma técnica de liberdade que assegura direitos fundamentais aos cidadãos de modo a impedir a sua violação por parte do Estado.³⁶

Note-se que, em evolução ao constitucionalismo do Séc. XIX, desenvolvido fundamentalmente sob a perspectiva do Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, contexto no qual, ao texto Magno, cabia basicamente a regulação da separação de poderes e o estabelecimento dos direitos de defesa (direitos de 1ª geração ou direitos de liberdade) - quando então se proclamava a soberania da lei em detrimento da Constituição, assenta-se o constitucionalismo moderno sobre a idéia de unidade material da Lei Fundamental, onde se consubstancia certa ordem de valores a todos oponível e plenamente vinculante à atividade do legislador ordinário, que outrora gozou de primazia na normatização da maior parte das relações jurídicas. É nessa acepção que se afirma a materialização das constituições contemporâneas como sede de valores e princípios inerentes à dignidade da pessoa humana e, por vezes, prévios ao próprio texto constitucional.³⁷

Como bem notou Luis Roberto Barroso, fala-se hoje em “constitucionalização dos direitos”, expressão que pode ser entendida tanto para afigurar o fato de a Constituição formal do presente século congregar em seu corpo inúmeras questões afetas aos ramos infraconstitucionais do direito, mas principalmente para traduzir o efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam de forma cogente sobre todo o ordenamento jurídico, vinculando a atividade de criação e aplicação do direito.³⁸

Observadas essas premissas, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do poder público, não só se legitima, mas em verdade se impõe, constituindo verdadeira garantia fundamental do povo, titular do poder constituinte, de não tolerar o agir estatal, quando antagônico ao Texto Magno (garantia face ao arbítrio do poder).

A esse respeito, pondera Gilmar Mendes que “o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos demais Poderes Públicos torna

³⁶ CF; BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39 e ss. BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.66 e ss; e NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

³⁷ Cf: COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional**, in DIREITO PÚBLICO Nº 12 – Abr-Maio-Jun/2006 – DOUTRINA BRASILEIRA.

³⁸ Cf: BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In. Revista Opinião Jurídica. Ano III - nº 3, 2005.

inevitável a discussão sobre a forma e os modos de defesa da Constituição”³⁹, o que culmina na perquirição acerca do imperativo de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis e atos normativos.

No mesmo sentido, André Ramos Tavares registra que:

“a noção de uma Constituição como fundamento último de validade jurídica, à qual deverão todas as demais normas do ordenamento jurídico conformar-se, apresenta supina importância na noção de controle da constitucionalidade das leis, realizado pelo Poder Judiciário”.⁴⁰

Do exposto, infere-se que toda a teoria do controle de constitucionalidade encontra intrínseca relação com a idéia de supremacia da Constituição. Isso porque a afirmação de que o texto constitucional tem especial preponderância sobre o ordenamento, tendo força cogente ante a atividade criativa de leis e atos normativos, impõe a perquirição acerca de meios e instrumentos aptos a efetivar essa preeminência constitucional.

2.2.1 Supremacia formal e supremacia material.

É preciso esclarecer, contudo, que, consoante nos mostra a experiência do direito comparado, em que pese as matérias tipicamente constitucionais, dada a relevância de seu objeto, serem dotadas de dignidade intrínseca, somente as constituições ornadas com a chamada supremacia formal têm servido como parâmetro para um efetivo controle de constitucionalidade.

Inicialmente, cabe distinguir o que seja norma formalmente e materialmente constitucional.

Incumbe aqui rememorar o conceito sociológico de Constituição elaborado por Carl Schmitt, segundo o qual as normas propriamente constitucionais seriam aquelas postas em razão da “decisão política fundamental”.⁴¹ As demais normas (que não fossem fruto dessa decisão) seriam meras leis constitucionais.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1054.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, 220.

⁴¹ Cf: SCHMITT, Carl, **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2001, p. 23 e ss.

Em evolução ao referido conceito, hoje a doutrina mais abalizada aduz que o constitucionalismo contemporâneo se assenta basicamente sobre três pilares, a saber: a) a estruturação do Estado; b) a declaração de um conjunto de direitos fundamentais e o seu respectivo modo de garantia; e c) a organização do poder e de seu exercício, de modo a torná-lo limitado e moderado.⁴²

Observados esses elementos, temos que a constituição material é composta pelo conjunto de normas cujo conteúdo seja considerado propriamente constitucional, isto é, pelo conjunto de normas que trata das matérias supra elencadas. Nas palavras de Paulo Bonavides, “do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.”⁴³

Já a idéia de constituição formal pressupõe a existência de um documento único, escrito, elaborado por um órgão soberano e dotado de rigidez (que exige um procedimento qualificado para a alteração de suas normas). Nessa concepção, o texto constitucional pode conter normas que não tratam de matérias propriamente constitucionais, mas que, por estarem inseridas no corpo de uma constituição dotada de rigidez, gozarão de hierarquia idêntica à das demais. As normas formalmente constitucionais serão, portanto, todos os preceitos constantes desse documento, independente de sua natureza material.

A esse respeito é oportuno ponderar que as normas que tratam de matérias tipicamente constitucionais e que estão inseridas no corpo de uma Constituição rígida serão consideradas material e formalmente constitucionais. Já as demais cláusulas constantes desse documento, mas que não versam sobre elementos básicos ou institucionais da organização política serão normas apenas formalmente constitucionais.

Observa Bonavides que o paradoxo maior ocorre quando copiosa matéria de índole constitucional fica “excluída do texto constitucional, bem como sua regulamentação relegada à órbita da legislação ordinária.”⁴⁴ É o que ocorre, por exemplo, com a maior parte das normas constantes do Código Eleitoral, que, por tratarem do modo de aquisição e sucessão do poder, incluem-se entre as matérias tipicamente constitucionais. Um outro exemplo evidente é o caso dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

⁴² Cf. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 52-54.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80.

⁴⁴ *Idem*, p. 81.

não aprovados nos termos do Art. 5, § 3º, da CF, mas cujo Brasil é signatário⁴⁵. Esses documentos legislativos são parte da Constituição material, tomada em seu sentido mais amplo. Inobstante, por não serem frutos da atuação do poder constituinte, não integram o corpo da Constituição (não sendo, portanto, parte da Constituição formal).⁴⁶

Construído esse raciocínio, é de se esclarecer que, quando se fala em parâmetro para o controle de constitucionalidade, deve-se tomar em conta a Constituição em seu sentido formal. Ou seja, somente as normas integrantes do corpo da Carta Política dotada de rigidez constitucional (contando, portanto, com supremacia formal), é que servirão para se fazer o confronto com a legislação ordinária, de modo a se aferir a validade destas. Não se deve levar em conta a natureza das normas se material e formalmente ou se apenas formalmente constitucionais.

Noutro passo, os preceitos não elaborados pelo poder constituinte (originário ou derivado), ainda que materialmente constitucionais, jamais servirão como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de outra norma.

2.3 Existência de um órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade.

O terceiro requisito para a existência de controle de constitucionalidade é a outorga de competências para o exercício do referido controle. Com efeito, não haveria que se falar em efetiva autoridade constitucional sobre leis e atos normativos do poder público, caso não existissem órgãos dotados de competência para desempenhar a aferição da compatibilidade dessas normas com o texto constitucional.

2.3.1 Controle exercido pelo Poder Judiciário.

⁴⁵ É mister anotar que, com relação a esses, o STF já firmou entendimento pelo seu caráter de supralegalidade. Com efeito, em abandono a posicionamento anterior (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIMC 1.480/DF, rel. Min. Celso de Mello. Julg. 04.09.1997. Disponível em www.stf.jus.br), a Suprema Corte passou a entender que os tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados pelo Brasil têm *status supralegal* situando-se abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna. (Vide: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, 03.12.2008. Disponível em www.stf.jus.br).

⁴⁶ Cf: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As constituições do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 145 a 158.

No sistema jurídico brasileiro, essa competência cabe precipuamente, mas não de modo exclusivo, ao Poder Judiciário, destacando-se nesse aspecto o Supremo Tribunal Federal⁴⁷, que exerce o papel de guardião principal da Carta Magna, fazendo as vezes, quando do exercício dessa competência, de um verdadeiro tribunal constitucional⁴⁸.

A esse respeito, cumpre trazer à baila o histórico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca da legitimidade para realização desse papel de guarda do Texto Magno.

Para Schmitt, o Poder Judiciário não gozava de legitimidade para ser o guardião da Carta Política. Segundo a sua concepção, somente o Presidente do *Reich* teria legitimidade para desempenhar semelhante função. Nessa guisa, aduzia o consagrado autor que a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional transferia para o Judiciário poderes legiferantes, politizando-o e desequilibrando a harmonia do sistema constitucional do Estado de Direito.

Com uma ideologia convicta de que todo direito seria eminentemente político, o ilustre pensador alemão prelecionava que a pretensa neutralidade do positivismo jurídico, tanto defendida por Kelsen, não passava de um reflexo disfarçado dos ideais liberais, visando garantir as seguranças e as liberdades das classes burguesas perante o Estado.⁴⁹

Bem ilustrou essa dicotomia Miguel Herrera ao aduzir:

“Refirioéndose a los trabajos de Kelsen de esse período, Schmitt impugna la tesis normativista de la identidad entre ordem jurídico y Estado, señalando que el método kelseniano desarrolla la vieja negación liberal del Estado por medio del derecho. Según el jurista alemán, Kelsen funda su teoría del Estado en una crítica del concepto de ‘sustancia’, que es propio de las ciencias naturales, constituyendo una metafísica monista que expulsa la excepción y lo arbitrario. De acuerdo con Schmitt, por el contrario, la situación excepcional pertenece al derecho, siendo definido el Estado por el monopolio de la decisión. En el caso excepcional ‘la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica’, es allí donde la decisión se libera de toda obligación formativa y la norma ‘reduce a nada’.”⁵⁰

⁴⁷ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 10-14.

⁴⁸ Dispõe o Art. 102, *caput*, da CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

⁴⁹ Cf. SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁵⁰ HERRERA, Miguel. **La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución**, trabalho publicado na Revista de Estudios Políticos, n.86, 1994, p. 195-227, *apud* MENDES, GILMAR. Apresentação In. SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. xii.

Conclui, enfim, o festejado jurista, ser o Presidente do Reich o legítimo guardião da Constituição, vez que, tendo sido eleito pela totalidade do povo, estaria munido de poderes que o tornariam independente do órgão legislativo.⁵¹

Em contraposição, Hans Kelsen respondeu diretamente ao artigo de Schmitt⁵² com a publicação do ensaio “Quem deve ser o guardião da Constituição”.⁵³ Na referida obra, o mestre de Viena reafirmou as suas convicções, reiterando a importância do Tribunal Constitucional como instrumento de consolidação de uma democracia moderna. Por outra via, refutou diretamente as lições de seu debatedor, mormente no que se referia à legitimidade do presidente do *Reich* como guardião da Constituição:

“(…) para tornar possível a noção de que justamente o governo – e apenas ele – seria o natural guardião da Constituição, é preciso encobrir o caráter de sua função. Para tanto serve a conhecida doutrina: o monarca é – exclusivamente ou não – uma terceira instância, objetiva, situada acima do antagonismo (instaurado conscientemente pela Constituição) dos dois pólos de poder, e detentor de um poder neutro. Apenas sob esse pressuposto parece justificar-se a tese de que caberia a ele, e apenas a ele, cuidar que o exercício do poder não ultrapasse os limites estabelecidos na Constituição. Trata-se de uma ficção de notável audácia, se pensarmos que no arsenal do constitucionalismo desfila também outra doutrina segunda a qual o monarca seria de fato o único, porque supremo, órgão do exercício do poder estatal, sendo também, particularmente, detentor do poder legislativo: do monarca, não do parlamento, proviria a ordem para a lei, a representação popular apenas participaria da definição do conteúdo da lei. Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?”⁵⁴

O Constitucionalismo moderno parece ter aquiescido com a doutrina de Kelsen, vez que as Constituições dos Estados de um modo geral têm consagrado a guarda da Carta Política ao Tribunal Constitucional, papel, por vezes, desempenhado pelo próprio Poder Judiciário.

Inobstante, não é sem oposições que o Judiciário tem desenvolvido esse papel, seja pelo fato de esse Poder não ter os seus membros democraticamente eleitos como se dá com relação aos membros do Executivo e Legislativo, seja porque, via de regra, as decisões das Cortes Constitucionais não se submetem a qualquer controle democrático, senão por meio

⁵¹ Cf: SCHMITT, Carl. op. cit., p. 201 e 233.

⁵² A referida obra “O Guardião da Constituição” foi inicialmente publicada, em 1929, sob a forma de artigo com o título “*Das Reichsgerichts als Hüter de Verfassung*”. Em 1931, publicou-se a versão ampliada.

⁵³ Referida obra foi publicada no Brasil com o título *Jurisdição Constitucional*.

⁵⁴ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.241-242, *apud* MENDES, GILMAR. Apresentação In. Cf: SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. x.

de emendas constitucionais supervenientes que se prestem a modificar o entendimento consolidado nos Tribunais.⁵⁵

Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho também expõe a crítica de o que seria uma onipotência judicial. Ilustrando as características assumidas pela atividade interpretativa, em especial no atual contexto de força normativa e supremacia da Constituição, expõe o jurista que:

“(…) a interpretação sempre ocupou posição singular no âmbito do direito, em geral, a ponto de o mestre Kelsen, em sua clássica *teoria geral do Direito e do Estado*, haver lembrado antigo ensinamento de um certo bispo Hoadly, para quem o verdadeiro legislador não é aquele que por primeiro escreve ou transmite verbalmente quaisquer normas jurídicas, mas o que dispõe de autoridade absoluta para *interpretá-las*; uma assertiva de resto semelhante à que formularam, em épocas distintas, Hobbes e Perelman, para os quais o legislador não é aquele por cuja vontade, no passado, se editaram as leis atualmente em vigor, mas aquele que, no presente, podendo revogá-las ou interpretá-las *autenticamente*, prefere conservá-las operantes com o sentido em que estão sendo aplicadas.”⁵⁶

E arremata o célebre professor:

(…) a singularidade da estrutura normativo-material dos *princípios* como normas genuinamente constitucionais, cujos enunciados – lapidares, esquemáticos, abstratos, elásticos, indeterminados e, por isso, portadores de múltiplos significados – demandam uma nova abordagem hermenêutica, em que a clássica subsunção silogística, tida como necessária e suficiente para a interpretação/aplicação das regras de direito, cede o lugar à técnica da *ponderação* como procedimento adequado à *concretização* dessas fluidas espécies normativas, e, finalmente, como consequência de tudo isso, um acentuado protagonismo dos intérpretes/aplicadores da constituição, reconhecidamente conducente à *onipotência judicial*, sobretudo no âmbito das cortes constitucionais, em razão do papel hegemônico e da mais absoluta liberdade de que desfrutam para, na *defesa* da Lei Maior, atribuir-lhe significados que muitas vezes consubstanciam verdadeiras – pelo menos aos olhos dos críticos mais atentos – alterações no texto constitucional (...).⁵⁷

De um modo geral, entretanto, essa corrente não parece gozar de maior prestígio entre a doutrina mais moderna. Nesse sentido já alertara Luis Roberto Barroso, para quem esses questionamentos brotam notadamente nos segmentos retrógrados, os quais se mostraram

⁵⁵ Cf. RECK, Melina Breckenfeld. **Legitimação democrática da jurisdição constitucional**. Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 1 – Jan/Jul 2008.

⁵⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional**, in DIREITO PÚBLICO Nº 12 – Abr-Maio-Jun/2006 – DOCTRINA BRASILEIRA, p. 62-63.

⁵⁷ *Idem*, p. 63.

contrários ao “avanço dos tribunais sobre espaços que, segundo crêem, deveriam ficar reservados ao processo político”.⁵⁸

Com efeito, superada a concepção inicial de que apenas o legislador detinha atividade criativa, cabendo ao Juiz, em atividade meramente cognitiva e desprovida de qualquer juízo decisório, simplesmente expressar a vontade da lei, até então tida como sistema isento de lacunas, o constitucionalismo contemporâneo, uma vez que se assenta sobre os pilares de supremacia e força normativa da Constituição, reconhece aos magistrados competência para se imiscuir legitimamente até mesmo na atividade dos demais Poderes quando o fizer em defesa da ordem constitucional.⁵⁹

É claro que essa atuação não se dá em caráter indefinido, de modo a tornar o Poder Judiciário um ente supremo na ordem jurídico-democrática; ao revés, a atividade judicante deve se dar nos estreitos limites e em harmonia com os ditames constitucionalmente cominados, posto que a Constituição e não o Poder Judiciário goza de supremacia em face de todo o ordenamento. Justamente por isso não há que se falar em ofensa ao princípio da separação de poderes: as diversas instituições do Estado encontram legitimidade e fundamento no texto constitucional, devendo estrita observância às suas normas. Em assim sendo, a atuação jurisdicional de defesa da ordem fundamental, desde que adstrita aos termos impostos na Carta Magna, não representa ofensa, mas desejada interconexão entre os Poderes da República, em prestígio ao sistema *checks and balances*, já tão consagrado no direito norte-americano.

A esse respeito, é salutar trazer à baila os ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

“O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão.

Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. **Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco.**”⁶⁰ (grifo nosso)

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.165.

⁵⁹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito do Estado nº 13, 2009, p. 78-79.

Em que pese as inquirições doutrinárias acima exploradas, temos que, conforme já aduzido, no Brasil, o controle de constitucionalidade se dá precipuamente por intermédio do Poder Judiciário. Este, por sua vez, poderá fazê-lo em face de um caso concreto (controle incidental) ou de modo abstrato (via principal ou via de ação direta), sendo este último modelo de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, se superveniente à elaboração da norma e quando tomada como parâmetro a Constituição da República.

Mas, como dito, não só o Poder Judiciário tem competência para exercer o Controle de Constitucionalidade das leis. Também os poderes Executivo e Legislativo gozam, em face de situações especiais, de prerrogativa para aferir a validade das leis ante ao ordenamento jurídico constitucional.

2.3.2 Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo.

No que se refere ao Poder Legislativo, temos precipuamente a competência exercida através do controle político preventivo de constitucionalidade, consubstanciado nos trabalhos das comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas.⁶¹

Os trabalhos da referida comissão, presente no âmbito das duas Casas, consistem primordialmente em emitir parecer sobre proposições submetidas à apreciação do Poder Legislativo, podendo concluir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da matéria examinada. A previsão normativa de tal competência consta dos arts. 101, I, e 253 do Regimento Interno do Senado Federal, e do art. 53, III, do diploma normativo correspondente da Câmara dos Deputados.

O controle preventivo de constitucionalidade está intrinsecamente relacionado aos princípios da legalidade, da publicidade e do devido processo legislativo, que devem reger criação de normas constitucionais (emendas à Constituição) e infraconstitucionais (leis, decretos e resoluções), e tem por escopo evitar que normas eivadas do vício da inconstitucionalidade adentrem em nosso ordenamento jurídico.⁶²

⁶¹ A previsão para o exercício desse controle de constitucionalidade consta do Art. 53, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e dos Arts. 101, I, e 253 do Regimento Interno do Senado Federal.

⁶² Cf: NOGUEIRA, Ana Cristina Resende. **Controle preventivo de constitucionalidade no processo legislativo distrital**. 2005. Tese (Especialização em processo legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2005.

É de se notar que, a despeito de, anteriormente à deliberação do plenário, os projetos de lei serem submetidos à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que apresentará parecer terminativo quanto à constitucionalidade ou juridicidade das matérias,⁶³ o plenário, como órgão máximo das casas legislativa, não deve se furtar de também apreciar a constitucionalidade dos projetos, rejeitando os que não se mostrarem compatíveis com a Carta Magna.

Nesse sentido, outro instrumento que pode ser utilizado para garantir a higidez do ordenamento jurídico constitucional, quando da elaboração das normas pelo Legislativo, são as questões de ordem, assim entendidas como toda dúvida suscitada por parlamentar sobre a interpretação do Regimento Interno da Casa, na sua prática exclusiva ou relacionada com a Constituição Federal (Art. 95 do RICD).

A doutrina costuma a se referir ainda à competência conferida pelo Art. 49, V, da CF ao Congresso Nacional para, por meio de decreto legislativo, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.⁶⁴ Com efeito, consoante melhor se explanará doravante (*vide* item 2.1.2), trata-se de típico caso de controle de constitucionalidade, que pode ser exercido tanto pelo Judiciário quanto pelo Legislativo.

Apenas a título de ressalva, observamos que essa hipótese de sustação do ato do Poder Executivo quando exorbitante da competência regulamentar ou da delegação legislativa, não se confunde com o controle dos atos regulamentares contrários à lei regulamentada. Em verdade, neste último caso, temos mera ilegalidade do ato normativo, enquanto o ato exorbitante assume verdadeiro caráter autônomo eivado de inconstitucionalidade.

2.3.3 Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo.

Já o Poder Executivo exerce o controle de constitucionalidade precipuamente através do chamado “veto jurídico”, também instrumento de controle preventivo.

⁶³ Art. 54, I, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

⁶⁴ Cf: VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 153 jan./mar. 2002.

Com efeito, o Art. 66, § 1º,⁶⁵ da Constituição Federal estabelece que o Presidente da República pode vetar projetos de lei por considerá-los inconstitucionais ou contrários ao interesse público, sendo certo que a primeira modalidade, veto oposto pelo Executivo a projeto de lei com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, versa claramente sobre hipótese de controle preventivo de constitucionalidade.

É de se observar, contudo, que esse controle não é definitivo, vez que, nos termos do art. 66, § 4º da Constituição Federal, o veto a projeto de lei será apreciado pelo Congresso Nacional em sessão conjunta, podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

Outro ponto que caracteriza o exercício de controle de constitucionalidade por esse poder, refere-se à prerrogativa que tem o Chefe do Executivo de negar aplicação a lei que julgar ser inconstitucional. Isso porque incube aos poderes da república a permanente busca pela preservação da higidez do sistema político fundamental, sendo certo que, devendo o Poder Executivo obediência ao texto constitucional, obriga-se, evidentemente, a negar aplicabilidade às normas com ele conflitantes.⁶⁶

Note-se, porém, que, para se evitar o desenfreado e desarrazoado uso do “descumprimento de lei por provável inconstitucionalidade”, existe uma limitação subjetiva dessa prerrogativa, encartado-a apenas nas mãos do Chefe do Executivo. Isso significa, em síntese, que não está franqueado a todo e qualquer servidor ou agente da Administração Pública descumprir lei que lhe pareça inconstitucional, mas tão somente à autoridade máxima de um poder da república.⁶⁷

É importante observar ainda que essa competência somente persiste enquanto inexistente manifestação definitiva e vinculante do Poder Judiciário sobre a constitucionalidade da lei. Assim, caso seja determinada, pelo chefe do Poder Executivo, a

⁶⁵ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 221/DF. Rel. Min. Moreira Alves, julg. 29.03.1990. Disponível em www.stf.jus.br.

⁶⁷ Cf: TAVARES, André Ramos. **O TRATAMENTO DA LEI INCONSTITUCIONAL PELO PODER EXECUTIVO**. Disponível em http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/lei_inconstitucional_poderexecutivo.pdf. Acesso em 11 de out. 2011.

não aplicação de determinada lei e, posteriormente, o Judiciário venha a considerar a lei constitucional, aquela autoridade deverá restabelecer, de imediato, a sua aplicação.⁶⁸

2.3.4 Controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.

Por fim, cabe analisar o controvertido papel do Tribunal de Contas da União no exercício do controle de constitucionalidade. Diz-se controvertido, pois o panorama atual, no que se refere aos aspectos e aos limites desse controle, ainda se encontra indefinido, mostrando-se doutrina e jurisprudência claudicantes no que se refere ao tema.

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 347, que de modo expreso reconhecia a possibilidade de apreciação pelo TCU da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público.

STF Súmula nº 347 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151.*

Tribunal de Contas - Apreciação da Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Essa parecia ser também a posição dominante no âmbito do próprio Tribunal de Contas da União. Alguns julgados demonstram que a Corte vinha procedendo a um controle caracteristicamente incidental de constitucionalidade. Nesse sentido, cumpre colacionar esclarecedor excerto do Acórdão 913/2005 - Segunda Câmara, de autoria do Ministro Ubiratan Aguiar.

20.1. (...) conquanto seja prerrogativa privativa do Egrégio Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos “erga omnes”, nos termos do art. 102 da CF, o próprio Pretório Excelso, em decantada jurisprudência, reconheceu que esta Corte, “no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público” (Súmula n. 347).

20.2 De fato, o controle de constitucionalidade no âmbito do TCU é aquele de ordem difusa, destarte, não há prejudicialidade em, a cada processo, afastar-se norma por inconstitucional, ainda que a questão esteja em debate no STF. De mais a mais, a Lei n. 9.868/98 não veda a realização controle difuso, ante a tentativa de afastar norma do mundo jurídico por meio do controle concentrado. Ressalva apenas

⁶⁸ Cf: PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 774.

a vinculação à decisão do STF nas Ações Direta e Indireta de Inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu.

20.3 Assim, está plenamente legitimado este Tribunal, no exercício de suas competências constitucionais, em velar pela constitucionalidade dos atos poder público, especialmente os atos de natureza infra-legal, como é o caso da Resolução 388/97 do TST, que receberá mais comentários adiante⁶⁹⁻⁷⁰.

Esse caminho também era perfilhado por respeitável parcela da doutrina. Nesse diapasão, confira-se o comentário de Roberto Rosas.

O art. 71 da Constituição prevê o exercício pelo Tribunal de Contas da verificação da legalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, etc.; e a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões. Em face desses preceitos basilares, cabe à Corte de Contas o exame das exigências legais nos casos enunciados e em geral a ela submetidos, colocando o seu exame em confronto com a Constituição, não procedendo o argumento da privatividade da interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Se os atos submetidos ao Tribunal de Contas não estão conforme a Constituição, logo, são atos contra a lei, portanto inconstitucionais. Lúcio Bittencourt não foge deste ponto quando afirma caber essa declaração a todos os tribunais ordinários ou especiais, apesar de pertencer a última palavra ao STF.⁷¹

É de se ressaltar ainda que a competência para exercer controle de constitucionalidade também encontra fundamento no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. De acordo com o art. 15, inciso I, alínea “e”, do Regimento Interno, compete privativamente ao Plenário do TCU deliberar originariamente sobre conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal.

Não obstante, parece que o panorama atual tende a desconstruir esse entendimento. No Mandado de Segurança 25.888, o Ministro Gilmar Mendes deferiu medida liminar requerida pela Petróleo Brasileiro S.A – Petrobrás, para o fim suspender a decisão do Tribunal de Contas da União que determinou à impetrante e a seus gestores que se abstivessem de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto 2.745, de 24/8/1998.

O fundamento da decisão foi justamente o de que não poderia o Tribunal de Costas da União proceder ao controle de constitucionalidade da referida lei, ante à nova

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 913/2005 – Segunda Câmara. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em: 3 out. 2011.

⁷⁰ No mesmo sentido, cf: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 574/2006 – Plenário. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br> > Acesso em: 3 out. 2011; e BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 831/2003 – Plenário. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>> Acesso em: 3 out. 2011.

⁷¹ ROSAS, Roberto. **Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 12. ed., rev. e atual., com referências ao Código civil de 2004. São Paulo: Malheiros, 2004, p.152-153.

sistemática constitucional. Pela importância e clareza do julgado, traz-se à baila didáticas lições oriundas do *decisum*.

(...) a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado 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 no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988 (...)⁷².

Essa decisão, pelos mesmos fundamentos, amparou a concessão de liminar em mais quatro mandados de segurança impetrados pela Petrobrás junto ao Supremo Tribunal Federal, contra decisões do Tribunal de Contas da União: MS 25.986 / DF – Relator: Min. Celso de Mello⁷³; MS 26.410 / DF – Relator: Min. Ricardo Lewandowski⁷⁴; MS 27.232 / DF – Relator: Min. Eros Grau⁷⁵; e MS 27.337 / DF – Relator: Min. Eros Grau⁷⁶.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 25.888 / DF. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 3 out. 2011.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Mandado de Segurança. MS 25.986 / DF. Embargante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Embargado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 3 out. 2011.

Cabe observar, no entanto, que em nenhum desses processos o Supremo Tribunal Federal se manifestou conclusivamente e que os referidos mandados de segurança já obtiveram parecer da Procuradoria-Geral da República, que se manifestou, em todos eles, pela denegação do *writ*.⁷⁷

Bem se vê que o tema ainda se encontra bastante controvertido, sendo certo que, pelo menos no aspecto jurisprudencial, a contenda só deve se decidir quando da análise definitiva dos supracitados remédios constitucionais.

Em nosso entender, a questão da manutenção do entendimento sumular realmente precisa ser mais bem delimitada no âmbito da Suprema Corte, pelo que aquiescemos com a posição esposada pelo Ministro Gilmar Mendes quando aduz que “a evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988”.

Isso porque, ante à ausência de qualquer previsão constitucional, não nos parece razoável concluir que continua válido, pelo menos se compreendido em sua literalidade, o referido enunciado 347 da súmula da jurisprudência dominante no STF, sob pena de esvaziamento do princípio da legalidade⁷⁸.

Ademais, pela abrangência das competências da corte de contas, muitas das suas decisões poderiam assumir verdadeiro papel de controle concentrado. É que a decisão adotada pelo TCU deve ser obedecida pelos órgãos sujeitos à sua jurisdição e que venham, de qualquer modo, a ser abrangidos pela matéria objeto do feito.

Tais processos apresentam, por conseguinte, verdadeira eficácia *erga omnes*, pelo menos no que pertine à administração pública sujeita à matéria objeto da decisão. Ora, se o processo versa a respeito da aplicação de determinada norma legal e se a conclusão alcançada alude à sua inconstitucionalidade, estará, na verdade, o Tribunal exercendo competência

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 26.410 / DF. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 3 out. 2011.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 27.232 / DF. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Eros Grau, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 3 out. 2011.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 27.337 / DF. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Eros Grau, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 3 out. 2011.

⁷⁷ Informação extraída do sítio do Supremo Tribunal Federal em 03/08/2011.

⁷⁸ Em sentido contrário, Cf: SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. **Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Público e Controle Externo) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

constitucional que não detém, qual seja, o controle abstrato de normas, ainda que de efeitos restritos.

Não nos parece, portanto, que a melhor solução seja a aplicação destemperada da súmula 347 do STF⁷⁹.

3. ELEMENTOS E SISTEMAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

3.1 Objeto de Controle.

3.1.1 Objeto no Controle concreto.

Perquirir acerca do objeto do controle de constitucionalidade nada mais é do que analisar quais diplomas normativos podem ser aferidos em face da Constituição Federal.

Na realidade, o questionamento se mostra de índole procedimental, consubstanciando-se no mero esquadrihamento acerca de quais normas poderão ter a sua constitucionalidade formalmente avaliada em uma relação jurídico-processual, vez que, a bem da verdade, todo o ordenamento deve irrestrita observância ao texto constitucional.

Com efeito, e isso em geral não é ressaltado pela doutrina, somente é lógico se referir a objeto de controle quando da análise do controle abstrato-concentrado, sendo que, com relação ao controle difuso-concreto, praticamente todas as normas, desde que passíveis de análise judicial⁸⁰, poderão ser objeto de controle de constitucionalidade.

Seguindo esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já fez restar expresso que nem mesmo as relações meramente particulares estão livres de um controle com base na Constituição da República. Isso porque os direitos constitucionalmente assegurados vinculam não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em

⁷⁹ Para maior aprofundamento, Cf: BOGONI, Flávia. **Os Tribunais de Contas e o controle de constitucionalidade: ponderações acerca da Súmula nº 347 do STF**. Fórum administrativo: direito público, Belo Horizonte, v. 8, n. 91, set. 2008.

⁸⁰ Acerca de atos *a priori* não passíveis de controle judicial, temos como exemplos clássicos os atos “*interna corporis*” e os atos tipicamente discricionários, no que se refere ao seu mérito. A esse respeito, Cf: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2008 e MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1062-1063.

face dos poderes privados. As violações à Constituição, portanto, não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. É o que se chama de eficácia horizontal dos direitos constitucionais.

Desta feita, mais que natural é que, ao analisar uma lide, ainda que exclusivamente privada, o magistrado invoque os princípios e regras constantes da Carta Maior para direcionar a sua decisão. Ora, isso nada mais é do que efetivar um verdadeiro controle de constitucionalidade das relações particulares.⁸¹

A título ilustrativo, colacionamos principais pontos da ementa referente ao julgado pioneiro acerca do tema.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

(...)

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.⁸²

Em verdade, apenas as normas constitucionais originárias estão isentas de qualquer controle. Isso porque, em não havendo hierarquia entre as normas constitucionais frutos do poder constituinte originário, não haveria sequer parâmetro para aferir a compatibilidade das referidas normas.⁸³

⁸¹ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004; e CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32-47.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819. Relatora Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2011.

⁸³ É salutar trazer a ressalva de Gilmar Ferreira Mendes: “Registra a doutrina, ainda, a existência da chamada inconstitucionalidade de normas constitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). Aqui, identificam-se duas correntes: a) uma que admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias; b) outra que

Com efeito, conforme melhor se analisou em tópico precedente - quando tratávamos de supremacia da Constituição - a preeminência das normas constitucionais vem justamente de sua gênese oriunda do Poder Constituinte (manifestação legítima de soberania popular), sendo que o Poder Constituinte Originário caracteriza-se tradicionalmente como ilimitado do ponto de vista jurídico⁸⁴. Ora, em sendo todos os preceitos originários de idêntica estirpe e não encontrando outros limites no ordenamento, não há que se falar em qualquer controle com relação a essas normas.

Some-se a isso o princípio da Unidade da Constituição que implica na atribuição de um alcance às normas constitucionais que não gere conflito com os demais preceitos do mesmo texto. Ou seja, a correta exegese de um dispositivo constitucional será sempre aquela que, partindo de uma visão sistemática, amolde e compatibilize o seu sentido às demais regras e princípios constantes da Carta Política.

A esse respeito, precisas são as lições de Canotilho:

“O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”⁸⁵⁻⁸⁶

sugere, apenas, a possibilidade de contradição entre as normas constitucionais iniciais e outras, oriundas de processo de revisão ou de emenda. Não se deve omitir a complexa questão atinente ao processo de inconstitucionalização da norma constitucional (*der Prozess des Verfassungswidrigwerdens von Gesetzen*) e suas conseqüências sob a ótica da dogmática jurídica”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1061.)

O referido autor faz ainda referência às seguintes obras: Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Atlântida, 1977, p. 11 e s.; e Jörn Ipsen, *Rec/its/olgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 132 e s.; Christian Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., p. 523, 540 e s.

⁸⁴ Não se ignora a moderna doutrina que trata dos limites ao Poder Constituinte Originário. Segundo essa corrente, o referido poder se submeteria a três espécies de limite, a saber: (i) limites imanentes: aqueles relacionados à configuração do Estado, ou seja, à sua própria identidade; (ii) limites transcendentais: aqueles advindos de imperativos do direito natural, de valores éticos ou de uma consciência jurídica coletiva; e (iii) os limites heterônomos: os provenientes da interação com outros ordenamentos jurídicos. A esse respeito, Cf: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 108-111.

⁸⁵ CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010, pág. 162.

⁸⁶ No mesmo sentido, Cf: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202-203.

Reforça ainda essa compreensão a inexistência de qualquer hierarquia ou diversidade formal entre as normas do Texto Magno. Na realidade, essa distinção somente foi acolhida em nosso ordenamento, na Constituição Imperial de 1824, a qual preconizava somente ser constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais do cidadão. Por sua vez, o nosso sistema republicano, lembra Moreira Alves, jamais deu azo a semelhante distinção.⁸⁷

O único ponto que ainda poderia suscitar dúvidas seria a questão das cláusulas pétreas, vez que as mesmas podem dar ensejo à inconstitucionalidade das normas constitucionais derivadas. Uma análise mais acurada das características e alcance desse tipo de norma, porém, é apta a sanar maiores digressões acerca do tema.

As cláusulas pétreas nada mais são do que uma limitação material à atividade do poder constituinte reformador. Com efeito, o fundamento para que se possa analisar as normas constitucionais derivadas, à luz do próprio texto constitucional, se, uma vez validadas, elas passam a equiparar-se à constituição, é que elas emanam de um poder juridicamente subordinado ao poder limitador. Como bem observa Sepúlveda Pertence, “o que se tem é uma função constituinte entregue a um poder constituído, portanto, limitável”⁸⁸. O mesmo não ocorre com as normas originárias, todas elas derivadas do mesmo poder, não passíveis, portanto, de controle perante qualquer lei do ordenamento.

Em resumo, temos que as cláusulas pétreas não têm maior dignidade, pelo menos do ponto de vista formal, do que as demais normas do Texto Político. Servem, porém, como instrumento de limitação do poder constituinte reformador. Sua função está ligada ao escopo de preservar a identidade material da Constituição, impedindo a violação do núcleo essencial de determinados direitos, constituindo, na feliz expressão de Oscar Vilhena Vieira, uma “verdadeira reserva constitucional de justiça”.⁸⁹

Tanto é assim que o Pretório Excelso, por mais de uma vez, afastou qualquer possibilidade de controle das normas originárias, refutando expressamente a tese de hierarquia entre as cláusulas pétreas e as demais normas constantes do texto proveniente da Assembléia Nacional Constituinte de 1988:

⁸⁷ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. **A Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais Originárias - Sua Impossibilidade em Nosso Sistema Constitucional**. Revista dos Estudantes de Direito da UnB, 2ª Ed. Brasília. Disponível em: <http://www.arcos.org.br>. Acesso em: 6 out. 2011.

⁸⁸ PERTENCE, Sepúlveda. **O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, N. 9, janeiro/fevereiro/março de 2007.

⁸⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como reserva de justiça**. Lua Nova, N. 42, p. 53-97. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>. Acesso em 16 de out. de 2011.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido⁹⁰⁻⁹¹.

3.1.2 Objeto no controle abstrato.

Com relação ao controle abstrato-concentrado, exercido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, temos que a questão se mostra um tanto quanto mais rica em peculiaridades oriundas do direito constitucional positivo vigente.

Uma análise mais acurada e doutrinária desses aspectos, porém, foge aos objetivos do presente trabalho, pelo que passamos, em breve síntese, a examinar apenas os dispositivos constitucionais e os recentes entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, nos furtando de nos imiscuir em maiores divagações doutrinárias acerca do assunto.

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, alínea "a", que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal⁹².

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 815. Relator Min. MOREIRA ALVES, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2011

⁹¹ No mesmo sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 997. Relator Min. MOREIRA ALVES, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2011.

⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 6 out. 2011.

Pela literal interpretação do dispositivo, vê-se de plano que os atos provenientes de particulares, diferentemente do que se demonstrou ocorrer no caso de controle concreto, estão excluídos de apreciação por essa via de ação. Ademais, não é qualquer ato do poder público que pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, mas tão somente aqueles expressamente previstos no texto constitucional, quais sejam: leis ou atos normativos federais para a ADC e leis ou atos normativos federais ou estaduais para a ADI.

Com relação aos atos normativos, cabe aqui mais detida análise, vez que o entendimento da nossa Corte Maior consolidou-se na direção de rechaçar a possibilidade de controle, por via de ação, nos casos em que a impugnação *in abstracto* incide sobre atos que assumem caráter meramente ancilar ou secundário. Ou seja, o ato objeto do controle concentrado de constitucionalidade “deve ter densidade normativa, não se admitindo o controle em relação a atos de efeitos concretos”.⁹³ Senão, vejamos:

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado no sentido de repelir a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade, por via de ação, nas situações em que a impugnação *in abstracto* incide sobre atos que, inobstante veiculadores de conteúdo normativo, ostentam caráter meramente ancilar ou secundário, em função das leis (...) a que aderem e cujo texto pretendem regulamentar. Em tais casos, o eventual extravasamento dos limites impostos pela lei (...) caracterizará situação de mera ilegalidade, inapreciável em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Crises de legalidade, que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo, caracterizadas por inobservância, pela autoridade administrativa, do seu dever jurídico de subordinação normativa à lei, revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis do controle jurisdicional concentrado, cuja finalidade exclusiva restringe-o, tão somente, à aferição de situação configuradora de inconstitucionalidade”⁹⁴

Contudo, como já se deixou antever, essa limitação não se aplica quando o objeto que se está a tratar for uma lei em sentido formal. Isso porque, malgrado esse percalço encontrasse sustento na antiga jurisprudência do STF, no julgamento da ADI 4.048-MC/DF, a Corte admitiu o exercício de controle abstrato de leis de efeitos concretos, deixando assente no julgado que o entendimento anterior restara superado⁹⁵.

⁹³ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1005, 2 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8186>>. Acesso em: 5 out. 2011.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Adin 365/DF. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 out. 2011. No mesmo sentido: Adin 311, Adin 531 e Adin 536.

⁹⁵ II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia

Essa solução, que acabou prevalecendo, já era apontada por parte da doutrina, que via na limitação em testilha um instrumento de evasão de diversas leis do controle em face da Constituição Federal, assim como uma indevida limitação trazida pelos tribunais, mas que não encontrava embasamento no texto constitucional.

Transcrevem-se a esse respeito preciosas lições de Gilmar Ferreira Mendes, que bem soube expressar em sua inteireza esse posicionamento doutrinário:

"A extensão desta jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis. Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária. Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou da vontade do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública). Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite esta garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle."⁹⁶

Nesse diapasão, também ponderava Lênio Streck acerca da dificuldade de se estabelecer critério confiável a respeito da classificação de uma lei como de efeitos concretos.

"De minha parte, entendo que o critério para aferição do que seja uma lei de efeitos concretos não passa de mera contraposição entre geral e individual, mas entre abstrato e concreto (deixando de lado, aqui, qualquer perspectiva ontológica, até porque, nestes termos, o abstrato é também concretude e o concreto é também abstratividade). O interesse estará em saber se um ato normativo pretende regular em abstrato (em tese) determinados fatos ou se se destina especialmente a certos fatos ou situações concretos. Um dos fundamentos para tanto é que uma lei pode ser geral, mas pensada em face de determinado pressuposto de fato que acabaria por lhe conferir uma dimensão individual."⁹⁷

constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4048 MC. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157. PUBLIC 22-08-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 out. 2011).

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 162-163.

⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 551.

Conclui-se, assim, pelo acerto do *overruling* jurisprudencial requestado, sendo certo que, em se tratando de uma lei formal, não há motivos nem justificativas constitucionais que fundamentem uma limitação ao seu controle.

Outro ponto que também resta pacífico da singela exegese do dispositivo constitucional em tablado é a impossibilidade, por esses meios (ADI e ADC), de controle de leis municipais.⁹⁸

Sobre o tema, o STF já rechaçou expressamente fundamentação no sentido de que a tese limitativa retiraria do Supremo Tribunal Federal a sua condição de guardião da Constituição Federal e, parcialmente, negaria vigência ao artigo 102, da Constituição Federal, que perderia a sua generalidade.⁹⁹ Na realidade, em se tratando de lei municipal, o controle de constitucionalidade tendo por parâmetro a Constituição Federal se faz, precipuamente, pelo sistema difuso — e não concentrado — ou seja, apenas no julgamento de casos concretos.¹⁰⁰

O controle concentrado dessas leis deve ser promovido em face da Constituição dos Estados, nos termos do § 2º do art. 125 da Carta Política.

Nesse sentido, bem lembra Hugo de Brito Machado Segundo que:

(..) mesmo se o autor da ADIn invocar a inconstitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal, o Tribunal de justiça poderá conhecer, processar e julgar essa ação, e julgar procedentes os pedidos nela formulados, com base em eventual incompatibilidade da lei municipal com a Constituição Estadual.¹⁰¹

Isso porque, como bem é sabido, as ações de controle concentrado de constitucionalidade têm causa de pedir aberta, pelo que o Tribunal não se vincula à argumentação trazida pelo promovente nem ao parâmetro por ele invocado. Assim, quando um legitimado requer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, rompendo desse modo a inércia da jurisdição, deve o órgão competente fazer o cotejo daquele objeto com a inteireza do texto constitucional (no caso, a Constituição Estadual).

⁹⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1.268 (AgRg)-MG. Relator Min. Carlos Velloso, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2011.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1.886-AgR Relator Min. Néri da Silva, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2011

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 209. Relator Min. Sydney Sanches, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 5 out. 2011

¹⁰¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 503.

Não é, porém, o ordenamento municipal livre de qualquer controle perpetrado em face da Constituição da República¹⁰². O STF tem admitido a interposição de recurso extraordinário contra decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça em sede de representação de inconstitucionalidade (CF, Art. 125, § 2º), quando a decisão *a quo* tomar por parâmetro dispositivo da Constituição Estadual que se limite a reproduzir dispositivo da Constituição Federal tido como de repetição obrigatória¹⁰³.

Ademais, poderão as leis municipais ser objeto de argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do Art. 1º da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que regula o § 1º do multicitado art. 102 da CF. Nesse caso, porém, pela própria característica da ação, o parâmetro de controle será bem mais reduzido, vez que a ADPF não se presta a tutelar toda e qualquer norma constitucional, mas tão somente aquelas tidas como preceitos fundamentais¹⁰⁴.

Em síntese, leis e atos normativos federais devem aqui ser entendidos exclusivamente como: disposições constitucionais propriamente ditas, desde que advindas do poder constituinte reformador; leis de todas as formas e conteúdos oriundas do Congresso Nacional; medidas provisórias; decretos legislativos que contenham a aprovação do Congresso aos tratados ou que autorizem o Presidente da República a ratificá-los em nome do Brasil; os decretos do Chefe do Executivo que promulguem os tratados e convenções; decretos legislativos do Congresso Nacional que suspendam a execução de ato do Executivo, em virtude de incompatibilidade com a lei regulamentada; os atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores, desde que configurado seu caráter autônomo; decreto legislativo aprovado pelo Congresso Nacional com o escopo de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; atos do Poder Executivo com força normativa, como os pareceres da Consultoria-Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República ou decretos que assumam

¹⁰² Sobre controle de leis municipais, Cf: ROCHA, Fernando Luis Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**, 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁰³ Cf: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rcl. 383/SP Relator Min. MOREIRA ALVES, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 out. 2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pet (AR) 2.788/RJ. Relator Min. Carlos Velloso, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 out. 2011.

¹⁰⁴ Sobre o que seja preceito fundamental, Cf: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1/RJ. Rel. Min. Neri da Silveira. Dec. 03.02.2000. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 7 out. 2011. Da referida ementa, extrai-se: “Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.”

perfil autônomo ou exorbitem flagrantemente do âmbito do poder regulamentar¹⁰⁵; e, por fim, atos normativos do Poder Executivo, desde que dotados de abstração e generalidade¹⁰⁶.

Por sua vez, devem ser considerados leis e atos normativos estaduais, passíveis de controle por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, as disposições das Constituições estaduais; leis estaduais de qualquer espécie ou natureza, independentemente de seu conteúdo; leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União (CF, art. 22, parágrafo único); decreto editado com força de lei; regimentos internos dos Tribunais estaduais, assim como os regimentos das Assembléias Legislativas.

Por fim, ponto mais complexo diz respeito à possibilidade de controle concentrado das leis e atos normativos editados pelo Distrito Federal. Isso porque, como se pode perceber pela leitura do supracitado art. 102, I, “a”, da CF, que trata da ADI e ADC, não há qualquer menção às leis ou atos normativos distritais, mas tão somente às leis e atos normativos federais e estaduais para a ADI e federais para ADC.

A primeira conclusão a que se chega, e para isso não se exige maiores empenhos hermenêuticos, é pela inviabilidade de controle das leis e atos normativos por meio de ação declaratória de constitucionalidade. Com efeito, a própria dicção do dispositivo constitucional que trata da ADC não deixa dúvidas de que o instrumento somente pode ter como objeto leis e atos normativos federais.

Com relação à ação direta de inconstitucionalidade, porém, o raciocínio deve ser outro. Isso porque, malgrado a literal disposição da norma constitucional não incluir as leis e atos normativos do Distrito Federal entre os possíveis objetos da ADI, o entendimento de que tais normas estariam excluídas do referido controle não sobrevive a uma correta interpretação lógico-sistemática do texto constitucional.

Com efeito, nos termos do § 1º do Art. 32 da Constituição Federal, temos que ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. Ora, referido dispositivo não deixa dúvidas de que os atos normativos distritais

¹⁰⁵ Nesse ponto, é preciso fazer salutar distinção: não se está aqui a referir os casos em que o decreto regulamentar contraria a lei que a lhe é superior. Nesse caso, conforme assentada jurisprudência da Suprema Corte, é incabível o controle de constitucionalidade por via de ação, vez que se trata de norma secundária. O que ora se aponta são os episódios em que o decreto exorbita a regulamentação, tornando-se nesse ponto norma autônoma, pelo que cabível o seu controle em vista da Carta Magna. Em resumo: os atos regulamentares contrários à lei regulamentada são passíveis de controle de legalidade; já os atos que exorbitem a regulamentação, tratando de matéria não abarcada na lei, são nessa questão, inconstitucionais, sujeitos ao devido controle de constitucionalidade. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 2.155/PR, Rel. Sydney Sanches, DJ de 01-6-2001. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 7 out. 2011.

¹⁰⁶ Rol desenvolvido a partir de: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1059 - 1062.

— leis, decretos etc. — são substancialmente idênticos aos atos normativos estaduais e municipais. Assim, é fácil de concluir que a correta exegese do art. 102, I, “a”, da CF, deve ser no sentido de que, ao se aduzir que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual, está a se abarcar também as leis distritais elaboradas quando da competência estadual, ou seja, no exercício das competências previstas no art. 25, § 1º, da CF.

Tanto é assim que a Emenda Constitucional n. 45/2004 alterou o Art. 103, IV e V, da CF para o fim de incluiu expressamente, entre os legitimados para propor ADI e ADC, o Governador do Distrito Federal e a Mesa de sua Câmara Legislativa.

Com igual conclusão, ressalte-se a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes:

Não existia razão jurídica para afastar do controle abstrato de constitucionalidade os órgãos superiores do Distrito Federal. Com a promulgação da EC n. 45/2004, a questão ficou definitivamente superada. A nova redação conferida ao art. 103 da CF incluiu o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa no elenco dos entes e órgãos autorizados a propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Razões semelhantes já militavam em favor do controle de constitucionalidade na jurisprudência do STF, por via de ação direta de inconstitucionalidade, de ato aprovado pelos Poderes distritais no *exercício da competência tipicamente estadual*.¹⁰⁷

Observe-se que, nessas ações, o objeto deve ser sempre lei ou ato normativo vigente e editado sob a égide do atual ordenamento. É que servem ambas as ações (ADI e ADC) como verdadeiro instrumento de defesa da ordem constitucional. Destarte, normas revogadas, ainda não promulgadas ou criadas anteriormente ao advento do Texto de 1988 não podem ser impugnadas por essas vias.

Na realidade, diversos outros instrumentos de defesa da ordem constitucional integram o nosso ordenamento, alguns que inclusive excepcionam o que foi aduzido (p. ex: a ADPF pode ter por objeto normas pré-constitucionais). São eles: a arguição de descumprimento de preceito fundamental; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; o mandado de injunção; e a representação interventiva. Contudo, pelos objetivos do presente trabalho, deixamos de examiná-los diretamente, fazendo, porém, referências aos mesmos ao longo deste estudo.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1163.

3.2 Parâmetro de Controle.

Parâmetro de controle é o dispositivo constitucional invocado para justificar a declaração da inconstitucionalidade de norma infraconstitucional ou de norma constitucional oriunda do poder constituinte derivado. É, na realidade, a norma que serve de referência para se aferir a validade do objeto examinado.

Tal idéia é primordial para a compreensão do tema, vez que, como bem explicitou o Min. Celso de Mello, a idéia de inconstitucionalidade, por encerrar um exame de compatibilidade vertical de um ato com aquele que se qualifica como seu fundamento de existência, requer a identificação do parâmetro de confronto, que se destina a possibilitar a verificação, “*in abstracto*”, da legitimidade constitucional de certa regra de direito positivo, a ser necessariamente cotejada em face da cláusula invocada como referência paradigmática.¹⁰⁸

O parâmetro significa, portanto, um padrão de cotejo que possibilita, ao exegeta, a aferição da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição da República.

Com relação a esse ponto, antes de analisarmos quais são os parâmetros do controle abstrato e concentrado, dois aspectos nos parecem merecer melhor apreciação para que se possa formar uma boa noção do sentido e dos limites do tema que ora se aborda.

3.2.1 Publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e ampliação do bloco de constitucionalidade.

O primeiro ponto a se considerar é a questão dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, os quais, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, passaram a integrar formalmente o nosso texto constitucional, ampliando desse modo o bloco de constitucionalidade, aqui entendido como o parâmetro de controle.

Inicialmente, cabe observar que a noção de bloco tem seu fundamento no Direito Administrativo francês, tendo sido utilizada por Maurice Hauriou para designar o conjunto de

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 514/PI. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2011.

regras a que a Administração Pública estaria adstrita, em virtude do princípio da legalidade.¹⁰⁹ Aqui ainda se falava em bloco de legalidade, não de constitucionalidade.

Posteriormente, essa idéia ganha uma dimensão constitucional, remetendo-se à noção de solidez e unidade da ordem jurídica, relacionadas à proteção dos direitos fundamentais¹¹⁰. Esse desenvolvimento teve como expoente Louis Favoreu, para quem a Constituição de 1958, a Declaração e Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição, de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República gozavam de um *status* constitucional na ordem jurídica francesa.¹¹¹

Não obstante as diferentes acepções acerca de o que seria bloco de constitucionalidade, é seguro concluir que, em nosso ordenamento, a jurisprudência do Pretório Excelso adotou a expressão como sinônima de parâmetro de controle constitucional.¹¹²

Ultrapassada essas conceituações preliminares, é de se observar que o bloco de constitucionalidade do nosso sistema jurídico sofreu proeminente ampliação, pelo menos em uma perspectiva teórica, com promulgação da EC n. 45/2004.

Como cediço, a referida emenda inovou o ordenamento, de sorte a incluir o § 3º no Art. 5º da Constituição Federal, o qual determina que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.¹¹³

Conforme já tivemos a oportunidade de assinalar quando da análise da supremacia constitucional como pressuposto do controle de constitucionalidade, para que uma norma se preste a servir de fundamento para o cotejo acerca da validade de outras normas, é preciso que ela se acople do ponto de vista formal ao texto constitucional. Significa dizer que, para que uma norma se enquadre como parâmetro de controle, é necessário que ela goze de supremacia formal.

¹⁰⁹Cf: MELLO, Vitor Tadeu Carramão. **O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais**. VoxJuris - Ano 2, v. 2, n. 1, pág. 127-150, 2009.

¹¹⁰ *Idem, Ibidem*.

¹¹¹ Cf: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 261.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 514/PI. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 12 out. 2011.

¹¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.jus.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 12 out. 2011.

Em assim sendo, uma vez que, com o acréscimo do parágrafo terceiro ao Art. 5. da CF, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos submetidos a quorum especial passaram a integrar, por expressa disposição, a nossa Constituição formal, ampliou-se sem dúvidas o bloco de constitucionalidade.

Sobre o tema, Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari acrescenta que:

[...] muito embora o dispositivo mencione “tratados e convenções internacionais”, a doutrina, a prática e mesmo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entendem a fórmula como redundante, já que, independentemente da denominação que tenha cada documento (tratado, convenção, acordo, pacto, carta, lei, uniforme, protocolo, estatuto, concordata etc.), o vocábulo “tratado” se aplica a todo acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou organizações internacionais e que seja destinado a produzir efeitos jurídicos. Observe-se que a própria Constituição brasileira não é de forma alguma homogênea a esse respeito: o art. 49, I, faz referência a tratados e acordos; o art. 84, VIII, a tratados e 109, III, e o § 5º, acrescido ao mesmo art. 109, apenas a tratados; e o art.178, apenas a acordos.¹¹⁴

Inobstante a inovação trazida com a Emenda Constitucional n. 45/2004, a possibilidade parece não ter empolgado o nosso constituinte derivado. Em verdade, conquanto já se tenham passados alguns anos da inclusão do referido parágrafo 3º ao art. 5º da nossa Constituição, somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 foram, por meio Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, integrados ao nosso ordenamento com força de emenda constitucional, vez que aprovados com o quorum qualificado.

3.2.2 Análise da normatividade do preâmbulo da Constituição.

O outro aspecto que faz jus a destacada análise é a questão referente à normatividade do Preâmbulo constitucional. Com efeito, tal exame se faz imprescindível, vez que a configuração de sua natureza é ponto salutar para a sua definição ou não como integrante do parâmetro de controle de constitucionalidade.

Pois bem! Na escorreita lição de Jorge Miranda, o preâmbulo pode ser definido como:

¹¹⁴ Apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 272 e 273.

“(...) proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significativa, anteposta ao articulado constitucional não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social.”¹¹⁵

Muito se discute a respeito da eficácia jurídica de um preâmbulo, mormente no que se refere à sua eficácia jurídica e à possibilidade de uma norma ser declarada inconstitucional por contrariar preceitos constantes do seu texto.

A matéria é sobremaneira controversa, destacando Jorge Miranda a nítida existência de três correntes: a tese da irrelevância jurídica, segundo a qual o preâmbulo não se situa no âmbito do direito, mas da política; a da plena eficácia, que o coloca em patamar de igualdade com as demais normas constantes do texto constitucional; e o da relevância jurídica indireta, segundo a qual o preâmbulo não é dotado da mesma força normativa que as demais normas, mas tem primordial papel como orientador na identificação da característica das Constituições.¹¹⁶

No Brasil, a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADI nº 2.076-5, firmou o entendimento de que o preâmbulo não constitui norma central, não se situando no âmbito do direito, mas consignando em mera posição ideológica do constituinte.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II - *Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central*. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.¹¹⁷ (grifo nosso).

Também no mandado de segurança 24.645/DF¹¹⁸, o Ministro Celso de Mello deixou assente que o conteúdo do preâmbulo não impõe qualquer limitação de ordem material ao poder reformador exercido pelo Congresso Nacional.

Tais julgados levaram a doutrina, quase que de forma unânime, a pugnar pela filiação da Suprema Corte à primeira corrente, qual seja, a da irrelevância jurídica.

¹¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 206/212.

¹¹⁶ Cf. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 436-438.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2076-5/AC. Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.08.2002, DJ 08.08.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24645, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 21/11/2003, publicado em DJ 27/11/2003 PP-00061. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

Seguindo essa linha de entendimento, doutrina das mais abalizadas ensina que “o preâmbulo da constituição não tem força obrigatória, destina-se simplesmente a indicar a intenção do constituinte”.¹¹⁹

Assim, porém, não nos parece! A nosso ver, com mais razão se encontra Peter Häberle, para quem o preâmbulo é provido de “relevante papel de desentranhamento hermenêutico das cláusulas de eternidade, escritas e não escritas, das Constituições do Estado constitucional”.¹²⁰ Com efeito, não há como se negar essa função ao preâmbulo, vez que o mesmo traduz uma clara expressão axiológica inspirada nos anseios sociais existentes quando da promulgação do Texto Político.¹²¹ Nesse sentido, mesmo Hans Kelsen, conquanto ressalve que o preâmbulo é carente de um conteúdo juridicamente relevante, reconhece a sua função no sentido de conferir maior dignidade e um mais elevado grau de eficácia à Constituição.¹²²

No mesmo diapasão, Inocêncio Mártires Coelho, com a autoridade e clareza que lhe são peculiares, arremata:

Como vetor hermenêutico, são indiscutíveis, se não mesmo imprescindíveis, os préstimos do preâmbulo, na medida em que nele e por ele se expressam o *ethos* e o *telos* da Sociedade e da sua Lei Fundamental, dados materiais de partida que funcionam para o intérprete como verdadeira condição de possibilidade do compreender constitucional.¹²³

O próprio Supremo Tribunal Federal, inobstante as decisões supramencionadas, pareceu, em alguns julgados, a aquiescer com esse papel de diretriz hermenêutica do preâmbulo. Pela relevância, transcrevemos os seguintes excertos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. (...) 2. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na

¹¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16.

¹²⁰ HÄBERLE, Peter. **Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica**, in: Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Antonio-Enrique Pérez Luño (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 165.

¹²¹ Em igual sentido, Cf: ARAUJO, Sérgio Luis de Souza. **O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia**. Revista de informação legislativa, Brasília, N. 36, 143, jul./set. 1999, p. 143-145.

¹²² Hans Kelsen, **Teoria general dei derecho y dei Estado**. México: UNAM, 1969, p. 309. Apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

¹²³ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 34.

perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade *que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna".*¹²⁴ (grifo nosso)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA (...))

A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém é a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. *Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna".*

(...)

De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (*preâmbulo da Constituição* e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF).¹²⁵ (grifo nosso)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004.

(...)

3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.
4. Recurso ordinário provido.¹²⁶ (grifo nosso)

Ora, em que pese não se ver reconhecimento expresso do STF nesse sentido, bem se observa que a Corte tem invocado preceitos constantes do preâmbulo, embora não como norma de incidência direta, mas como instrumentos hermenêuticos de aferição da diretriz principiológica adotada pela Constituição Federal.

De todo modo, é de se reconhecer que, de uma forma ou de outra, é incontroverso que não tem o preâmbulo a eficácia jurídica existente nas demais normas da Constituição, não servindo, desta feita, como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade.

3.2.3 Parâmetro no controle concentrado.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94163. Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 26071. Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 out. 2011.

Sobre o parâmetro no controle concentrado, importa de início consignar que, assim como ocorre quando nos referimos ao objeto de controle, trata-se de uma questão muito mais procedimental do que propriamente substancial. Isso porque o parâmetro vai depender do meio de que se utiliza o jurista para viabilizar o exercício do controle. Quer-se dizer que a peculiaridade das ações pode fazer variar o parâmetro.

Em breve síntese, temos que, na ADC e na ADI, o parâmetro de controle é toda a Constituição vigente, aí abrangendo as normas originárias e as decorrentes do poder constituinte reformador. Tal conceito, observam Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins, abrange igualmente os chamados princípios constitucionais materiais, que não estão mencionados expressamente na Constituição.¹²⁷

Nesse ponto, é salutar reforçar que o controle concentrado, qualquer que seja ele, visa proteger a supremacia e higidez do ordenamento constitucional atual, jamais se prestando a defender constituições pretéritas.

Por constituições pretéritas, entenda-se tanto as constituições anteriores quanto os dispositivos revogados da atual. Sobre esse aspecto, tem sido inclusive corriqueiro o Pretório Excelso julgar prejudicadas ações de controle em face da revogação superveniente da norma constitucional parâmetro.

Assim, observa Gilmar Mendes:

Vale ainda registrar que a sucessão de emendas constitucionais está fazendo surgir um outro fenômeno ligado à questão da lei e do direito intertemporal. E que a alteração substancial do parâmetro de controle por emendas constitucionais supervenientes tem levado o Tribunal a considerar prejudicada a ação direta. Tais leis são *pós-constitucionais* em relação à Constituição e *pré-constitucionais* em relação às emendas constitucionais. Cf. ADI-MC 949, Rei. Sydney Sanches, DJ de 12-11-1993; ADI-QO 1.836, Rei. Moreira Alves, DJ de 4-12-1998.¹²⁸

Por conseguinte, mostra-se fundamental, para fins de viabilização do processo de controle normativo abstrato, que as referências paradigmáticas se encontrem em regime de plena vigência, pois o controle de constitucionalidade em sede concentrada não se instaura,

¹²⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1171.

em nosso sistema jurídico, em função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor.¹²⁹

No que se refere à ADPF, o parâmetro será somente a parte da Constituição entendida como preceito fundamental. Os preceitos fundamentais, como já se observou, não possuem um conteúdo certo, apriorístico. Na realidade, já chegou o STF a afirmar que cabia a ele, como guardião da Carta Magna, definir o que seria preceito fundamental.

De todo modo, na visão da doutrina mais abalizada, há algumas matérias com relação as quais não se pode negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional. De um modo mais unísono, qualificam-se como preceitos fundamentais os fundamentos da República (CF, art. 1º), os direitos e garantias individuais (Cf, art. 5º) e os demais princípios protegidos pelas cláusulas pétreas do art. 60, § 4, da CF, a saber, o princípio federativo, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.¹³⁰

A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, também não conveio para uma melhor conceituação ou delimitação do que fosse preceito fundamental. Sobre esse tema, com primor, observa Ingo Sarlet.

Especialmente no que diz respeito à argüição de descumprimento de preceito fundamental, verifica-se, de plano, que a recente regulamentação pelo legislador ordinário pouco contribuiu para a clarificação dos contornos do instituto, inclusive quanto a seu objeto e finalidade, a respeito dos quais nunca houve consenso e, a depender do que se vislumbra em termos de produção doutrinária, dificilmente se logrará obter certa uniformidade, ao menos não antes de que se venha a sedimentar alguma orientação por parte do Supremo Tribunal Federal¹³¹.

Essa imprecisão legislativa, contudo, é aplaudida por parte da doutrina, que vê nessa indefinição conceitual a possibilidade de uma maior maleabilidade jurisprudencial sobre o tema, o que se coadunaria com a cogente necessidade de evolução interpretativa do texto constitucional. Bem expressando esse entendimento, Daniel Sarmento preleciona:

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4222 DF, Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 08/02/2011. Data de Publicação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2011.

¹³⁰ Cf; RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124; MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 213; e MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1217.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos**. In: Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg (coord). São Paulo: Atlas, 2001.

“(…) o legislador agiu bem ao não arrolar taxativamente quais, dentre os dispositivos constitucionais, devem ser considerados como preceitos fundamentais. Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Caberá, ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre baseando-se na consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional.”¹³²

Com relação à ADI interventiva, excepcional caso de controle concentrado-concreto, temos que os parâmetros de controle serão os chamados princípios constitucionais sensíveis. Nos termos da Constituição de 1988, são os seguintes os princípios sensíveis, cuja violação pode dar ensejo à propositura da representação interventiva: 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; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII).¹³³ Ademais, pode dar ensejo ao ajuizamento da referida ação a recusa à execução de lei federal.

3.2.4 Parâmetro no controle difuso.

Com relação ao controle difuso, temos como relevante afirmar que, ao contrário da via abstrata - que tem sempre como parâmetro o texto constitucional vigente - pode esse controle ser realizado em vista de constituições pretéritas, desde que sob sua vigência tenha sido editada a lei ou o ato normativo controlado. O que é indispensável ter em mente para se firmar esse raciocínio é que o controle deve sempre se realizar em face da Constituição sob cujo império foi editado o objeto.

¹³² SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental**. In: Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg (coord). São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

¹³³ Art. 34 da CF. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: 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.

3.3 Sistemas de controle.

Sistemas de controle “são as matrizes das quais derivam os diversos modelos de justiça”¹³⁴.

Há alguma controvérsia, no que tange à sua categorização. Para alguns, o sistema de controle pode ser classificado em controle de constitucionalidade político, jurisdicional ou misto¹³⁵; outros, porém, preferem classificá-lo sob uma perspectiva histórica, qualificando-os como sistema norte-americano ou sistema austríaco.

Nesse trabalho, a análise será feita tomando-se em consideração o segundo aspecto, vez que o primeiro leva em apreço basicamente a natureza do órgão competente para o exercício do controle, feição já sobremaneira examinada no item 1.3 deste estudo. Ademais, entendemos que a complexidade dos sistemas atuais tem tornado obsoleta a primeira classificação, sendo hodiernamente intrincado se falar em um sistema unicamente jurisdicional, político ou mesmo misto (esse quando tomado sob a perspectiva tradicional).

3.3.1 Sistema norte-americano de controle da constitucionalidade.

O sistema norte-americano, como a denominação faz antever, nasceu nos Estados Unidos, tendo se formalizado em 1803 com decisão proferida pelo *Chief Justice* da Suprema Corte americana John Marshall. O julgado se deu por ocasião do célebre caso *William Marbury versus James Madison*, onde aquele buscava provimento jurisdicional que lhe assegurasse nomeação para o cargo de juiz de paz, embaraçada por Madison, então Secretário de Estado americano.

Os fundamentos da decisão de Marshall, que afastou no caso a Lei Judiciária de 1789, bem são resumidos no seguinte excerto:

The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing; if these limits may, at any time, be passed by those intended to be

¹³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

¹³⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.¹³⁶

Nesse ponto, resulta salutar ponderar o desacerto comumente levado a cabo em sede doutrinária de se atribuir ao referido caso a gênese do controle difuso de constitucionalidade. Em verdade, o *decisum* de Marshall representou o amadurecimento dos referido controle, sendo, porém, o mesmo resultado de diversas manifestações judiciais e doutrinárias anteriormente preconizadas naquele país.

Nos idos de 1780, a justiça do Estado de *New Jersey* já havia declarado nulas leis incompatíveis com o texto constitucional. Em 1782, um grupo de juízes da Virgínia também procedera no mesmo sentido. No ano de 1787, por sua vez, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da Confederação.¹³⁷ O próprio Alexander Hamilton advertiu que nenhum ato legislativo contrário à Carta americana de 1787 poderia ser reputado válido.¹³⁸

Não se pode negar ao caso, contudo, o mérito pela disseminação dos fundamentos do controle judicial de constitucionalidade, bem como a consagração do princípio da supremacia da Constituição.

No sistema norte-americano, o controle de constitucionalidade se opera pelo modo difuso, de sorte que, deparando-se com ato que contradiz preceito constitucional, qualquer juiz ou tribunal pode declarar a sua inconstitucionalidade. Ademais, o controle sempre dá na seara de casos concretos submetidos ao Poder Judiciário. Aí a ferrenha Crítica de Hans Kelsen, para quem esse modelo mostrava-se sobremaneira deficitário, limitando em muito a atividade de controle, porquanto deixava isenta de análise um série de situações abstratas.¹³⁹

Essa crítica, entretanto, merece temperamento, vez que, pelo menos no que se refere às decisões oriundas da Suprema Corte, teremos certo grau de abstração em função do

¹³⁶ *MARBURY v. MADISON*. Disponível em: <http://www.landmarkcases.org/marbury/home.html>, acesso em 16 de outubro de 2011.

¹³⁷ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

¹³⁸ *Idem, Ibidem*.

¹³⁹ KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Trad. It. Carmelo Geraci, Milano: Gilfrè, 1981, p. 306.

stare decisis, inerente àquele sistema de direito baseado na *commom law*, o que torna os seus julgados vinculantes para os demais juízes e tribunais.

Com efeito, “a regra do *stare decisis*, presente naquele sistema, assegura certa austeridade ao direito, trazendo segurança jurídica, uma vez que os juízes não podem afastar-se da jurisprudência, criando uma evolução lenta e gradual daquele direito”.¹⁴⁰

3.3.2 Sistema austríaco de controle da constitucionalidade.

Em sentido diametralmente oposto, temos o sistema austríaco (ou europeu), consubstanciado em um controle fundamentalmente concentrado e abstrato, que dispensa maior respaldo à atividade parlamentar, não permitindo que, no caso concreto, qualquer juiz atue como legislador negativo e declare a invalidade de leis.

Referia-se, pelo menos inicialmente, a um controle abstrato, feito em ação própria, com o exclusivo escopo de aferir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato. Não tinha qualquer atrelamento a um caso concreto.

Da mesma forma, pressupunha a centralização da atividade de controle em um único órgão: o tribunal constitucional. Na hipótese de ser posta em dúvida pelo juiz ordinário a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, este deveria suspender o processo e argüir a inconstitucionalidade perante o Tribunal competente, que decidiria em abstrato o caso, vinculando ao seu entendimento o juiz singular, o qual aplicaria a decisão ao caso concreto.

O referido sistema, criação de Hans Kelsen, adveio da Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (*Oktoberverfassung*), primeira a consagrar a concepção de um Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) com, entre outras, competência para, em face de requerimento especial (*Atrag*), apreciar de modo concentrado a constitucionalidade das leis.¹⁴¹

Bem sintetiza o que foi dito, as precisas lições Cappelletti:

Em posição diametralmente oposta ao sistema americano, colocou-se o sistema austríaco de controle de constitucionalidade das leis, (...) De fato, esta Constituição (austríaca) não só criou uma especial Corte Constitucional – o *Verfassungsgerichtshof* – na qual ‘concentrou’ a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, mas, além disso, a Constituição austríaca confiou a esta Corte um poder de controle que, para

¹⁴⁰ SILVA, Rafael da. **A Nova Corte Suprema do Reino Unido e o Controle da Constitucionalidade**. Disponível em: http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=34. Acesso em 16 de out. de 2011.

¹⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

ser exercido, necessitava de um pedido especial ('Antrag'), isto é, do exercício de uma ação especial.¹⁴²

É de se observar, ainda, que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional produzia efeitos vinculantes e *erga omnes*, atrelando todo o sistema judiciário, de modo que passaria a não mais ser possível aos juízes ordinários aplicar o ato fulminado aos casos concretos supervenientes.

Esse modelo foi copiado em seguida pela Constituição espanhola de 1931 e pela Lei Fundamental da Alemanha, promulgada em 12 de março de 1951. Antes disso, vale registrar, a Constituição de Weimar já havia, em 1919, previsto a existência de um Tribunal de Justiça Constitucional do Império alemão, o *Staatsgerichtshof*. Não obstante, esse Pretório era desprovido de poderes para controlar as leis do *Reich*.¹⁴³

O sistema austríaco de controle concentrado se funda em bases marcadamente normativistas. Peculiar ao pensamento Kelseniano, que vê o direito como ciência pura, não havia espaço no referido sistema para juízos subjetivos, valorações políticas ou mesmo para a invocação de princípios *jusnaturalistas* como parâmetros de controle. Tudo isso para justificar a atividade do Tribunal sem dar azo à usurpação das competências do parlamento.

Ressalte-se que, como já aduzido, o Tribunal Constitucional não julgava sequer questões fáticas, trabalhando sempre em um plano abstrato de normas, consoante bem explana García de Enterría:

"o sistema de controle de constitucionalidade das leis se configura como uma função constitucional que não seria propriamente judicial, mas sim, nos expressos termos de Kelsen, de legislação negativa. Em concreto, o Tribunal Constitucional não julga nenhum suposto fato singular – que está reservado ao Tribunal a quo que tenha suscitado o incidente de inconstitucionalidade –, mas sim somente o incidente de inconstitucionalidade, somente o problema puramente abstrato de compatibilidade lógica (*Vereinbarkeit*) entre a previsão abstrata da lei e a norma constitucional"¹⁴⁴

Observa-se claramente esse papel de legislador negativo, porquanto a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Tribunal seria, até esse momento, presumidamente válido, sendo, porém, depois da manifestação pela sua invalidade, rechaçado do ordenamento,

¹⁴² CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p 104.

¹⁴³ SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen**, p. 2, *apud* BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 118.

¹⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**, 1994, p. 57 *apud* MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais – Garantia suprema da jurisdição**, 2 ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 128

afigurando-se absolutamente nulo. Ademais, tal como ocorre no sistema brasileiro, somente as leis em vigor poderiam ser objeto de controle.

As decisões tinham efeitos tão somente *ex nunc*, ou seja, os efeitos da cassação se produziam a partir da publicação do julgado. A Carta Austríaca permitia, contudo, o estabelecimento de um prazo máximo de um ano para a cassação do ato inconstitucional vigorar (art. 140, par. 5º, 2º e 3º períodos).

Entrementes, o sistema austríaco foi substancialmente modificado com a introdução, em 1929, da designada *questão constitucional*, segundo a qual um tribunal inferior poderia deixar de aplicar lei que entendesse inconstitucional, suspendendo o processo e submetendo a questão posteriormente ao Tribunal Constitucional. Estabeleceu-se, desta feita, um controle difuso de forma mitigada.¹⁴⁵

4. EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

4.1 Efeitos tradicionais no controle de constitucionalidade.

4.1.1 Distinção preliminar entre efeito vinculante e eficácia contra todos.

Antes de abordarmos diretamente os efeitos que tradicionalmente são atribuídos a cada uma das espécies de controle de constitucionalidade, é necessário que se proceda, ainda que sumariamente, a uma distinção conceitual. Isso porque, como lembra Roger Stiefelmann Leal, “a literalidade dos textos normativos que consagram o efeito vinculante o dissocia da eficácia contra todos”.¹⁴⁶

Quer-se, com isso, dizer que, ao atribuir às decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade efeito vinculante e eficácia contra todos, o

¹⁴⁵ SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7141>>. Acesso em: 16 out. 2011.

¹⁴⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145.

legislador obviamente optou por distinguir os referidos institutos ¹⁴⁷⁻¹⁴⁸, de modo que cabe aqui examinar as peculiaridades entre ambos existentes.

Inicialmente, é de se observar que perquirir se determinada decisão tem eficácia contra todos ou apenas entre as partes diz respeito a analisar os limites subjetivos dos efeitos do processo. Ou seja, consiste em argüir *quem* será atingido pelas conseqüências da decisão.

Em termos singelos, a concessão do chamado efeito *erga omnes* importa em expandir as implicações do julgamento de forma a abranger não só as partes formais do processo, mas a própria essência da relação jurídica discutida, de sorte que os seus efeitos acabam por abarcar todos que seriam atingidos pela própria relação objeto da decisão. É o que ocorre com a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que, não só se limita a afastar a sua incidência do caso concreto, mas a expurga do ordenamento jurídico, pelo que toda a coletividade que se sujeitaria à sua normatização acaba por ser afetada pelo resultado da deliberação.

A eficácia contra todos, já inquestionável no âmbito controle abstrato, adveio como fruto de entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, vez que a Carta de 1961/69 exigia, tanto no controle difuso quanto no concentrado, a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional pelo Senado Federal, negando à decisão efeitos autônomos relevantes. ¹⁴⁹

Com efeito, coube ao próprio Tribunal reconhecer, desde logo, às suas decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade eficácia *erga omnes*, dispensando, nessa hipótese, qualquer participação do Senado Federal. ¹⁵⁰ Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou expressamente consagrado esse entendimento. ¹⁵¹

Já o efeito vinculante induz que a decisão tomada pelo Tribunal em determinado processo passe a valer para os demais que discutam idêntica questão. “Vincular é ligar,

¹⁴⁷ Constituição Federal: Art. 102 (...) § 2º 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.

¹⁴⁸ Lei 9.868/99 - Art. 28 (...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹⁴⁹ Essa posição era sustentada por Alfredo Buzaid (Cf: BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 136)

¹⁵⁰ Cf: MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 277.

¹⁵¹ Cf: LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

estabelecer laço, relação de dependência ou de subordinação, obrigação, sujeição à atuação de outrem”.¹⁵²

O efeito vinculante é instituto jurídico desenvolvido no Direito Processual alemão, e adveio com o escopo outorgar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional daquele país, assegurando força obrigatória não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).¹⁵³

Como observa Zavascki, o efeito vinculante é decorrência natural da eficácia social do provimento na jurisdição constitucional.¹⁵⁴ Implica na obrigatoriedade de observação da decisão por seus destinatários; encerra, portanto, um juízo impositivo e cogente.

Na esteira da doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, o efeito vinculante no ordenamento pátrio, tal como ocorre no direito tedesco, não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes da decisão.¹⁵⁵

Nesse sentido, arremata o referido doutrinador:

Como se vê, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.¹⁵⁶

Na realidade, o efeito vinculante, na sua acepção mais genérica, traduz-se como um liame que “cria um vínculo entre sujeitos – uma obrigação que limita as escolhas do sujeito nas suas relações intersubjetivas, sem solapar deste sujeito a liberdade, proporcionando, ao mesmo tempo, estabilidade e segurança nas relações sociais”¹⁵⁷.

¹⁵² CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

¹⁵³ Cf: MENDES, Gilmar Ferreira. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm. Acesso em: 20 out. 2011.

¹⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2000. Dissertação (Mestrado do em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 70.

¹⁵⁵ Cf: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1333 e ss.

¹⁵⁶ Idem, p. 1337.

¹⁵⁷ DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais**. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 13.

É o efeito vinculante uma espécie de precedente judicial qualificado, ou seja, tem o sentido de precedente judicial obrigatório. Significa, na lição de João Luís Fischer, a “eficácia de uma decisão judicial proferida sobre uma questão de fato e de direito, que ultrapassa o caso concreto da qual se originou”.¹⁵⁸ Tais características, sem dúvidas, aproximam o instituto da doutrina do *stare decisis*.

4.1.2 Efeitos no controle concreto e abstrato.

Tradicionalmente, costuma-se dizer que o controle de constitucionalidade realizado no âmbito de um processo judicial subjetivo, ainda que concretizado pelo Supremo Tribunal Federal, produz efeitos tão somente entre as partes, não vinculando destarte os demais órgãos do Poder Judiciário ou da Administração Pública.

Isso porque o controle difuso de constitucionalidade é meramente incidental, tendo por desígnio tão somente afastar a aplicação da norma impugnada em relação caso concreto objeto da contenda judicial. Logo, a decisão do juiz constituirá uma resposta à pretensão argüida, pelo que terá efeitos privativos para os integrantes da relação jurídico-processual.

É que, segundo a doutrina clássica, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial se estender além dos limites do mesmo. Desse modo, no controle concreto, a eficácia objetiva da coisa julgada limitar-se-ia ao que foi pedido e decidido, ou seja, à parte dispositiva da sentença.¹⁵⁹ Lembre-se aqui que, no controle incidental, a questão constitucional faz parte tão somente do plano de fundo da decisão, devendo constar de seus fundamentos.¹⁶⁰

Segundo esse entendimento, a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico, pelo que, em relação a terceiros, a sua aplicação continuaria

¹⁵⁸ DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais**. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 23.

¹⁵⁹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

¹⁶⁰ Conforme se mostrará adiante, ao contrário do que em geral se preconiza, quando a questão é resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, o que a mais das vezes é feito por meio de recurso extraordinário, a questão principal é justamente a matéria constitucional, o que, em nosso entendimento, justifica a concessão de efeitos vinculantes para a decisão (Cf: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. III**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 343 e ss.

integral, ainda que esses se encontrassem em situação jurídica semelhante à das partes originárias.

Na realidade, dada as nossas raízes romano-germânicas - sistema que em regra não atribui eficácia vinculante às decisões do Poder Judiciário, ainda que proferidas Supremo Tribunal - para que se possa impor o almejado efeito obrigatório ao julgado, é necessário (e isso só é possível quando o controle incidental for realizado pelo próprio STF) que o Senado Federal suspenda, nos termos do Art. 52, X, da CF, a aplicação da norma rechaçada.¹⁶¹ Somente ante à atuação parlamentar, portanto, imputar-se-ia eficácia geral à decisão prolatada no caso singular.

Conclui-se, assim, que, na esteira da doutrina clássica, a regra no controle concreto é de que os efeitos se irradiem ordinariamente apenas em relação às partes da ação que originou a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Já a decisão no controle concentrado (e aqui nos limitamos às peculiaridades da ADI e ADC), tem 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 (STF – art. 102, § 2º).

Nesse caso, a coisa julgada no controle por via de ação consistirá na imutabilidade da sentença e de seus efeitos, que serão preclusivos e vinculatórios. Preclusivos porque impedirão a existência de novos pronunciamentos judiciais sobre a matéria decidida; e vinculatórios porque atrelam os demais juízes, tribunais e a Administração Pública ao que foi decidido pela Suprema Corte, podendo a parte interessada ajuizar reclamação perante o Pretório Constitucional em caso de inobservância da decisão.¹⁶²

Tal entendimento é reforçado pelo art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, o qual dispõe que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante.

Reitere-se que, como dito, antes mesmo da edição do referido diploma, o Supremo Tribunal Federal já havia concluído pela força vinculante de seus julgados em sede de ação declaratória de constitucionalidade.¹⁶³ Confira-se esclarecedor excerto do julgado:

¹⁶¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128-129.

¹⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218.

¹⁶³ Idem, p. 232.

“Órgãos do Poder Judiciário, de modo que, no julgamento dos casos concretos, em que a mesma questão constitucional deva ser decidida *incidenter tantum*, o juiz ou tribunal competentes deverão observar aquele pronunciamento. Decisão em sentido contrário constitui afronta à autoridade do julgado do Supremo Tribunal Federal, que pode ser proclamada pelas instâncias superiores nos julgamentos dos recursos, ou mesmo por via de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, na forma dos arts. 156 a 162 do Regimento Interno.”¹⁶⁴

Sobre esse ponto é preciso apenas fazer duas considerações.

A primeira é que, observado o efeito dúplice da ADI, caso essa seja julgada improcedente, terá por óbvio a consequência de asseverar a constitucionalidade da norma impugnada. Ocorre que, nesse caso, não há que se falar em efeitos preclusivos da decisão, mas tão só nos vinculatórios. Isso porque parece inapropriado que se obste nova apreciação da constitucionalidade de lei considerada válida, ainda que diante de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei.¹⁶⁵ Assim, não obstante essa decisão vincule os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, o Supremo poderá reapreciar a matéria, desde que se apresentem novos fatos ou argumentos que modifiquem a situação jurídica outrora decidida.¹⁶⁶

O segundo aspecto o qual é preciso considerar refere-se ao fato de que o efeito vinculante da decisão de mérito não atinge o próprio Supremo Tribunal Federal, que, em tese, pode alterar a sua posição em julgamento superveniente.¹⁶⁷ De igual modo, o parlamento poderá legislar sem embargo do entendimento sedimentado na decisão. Em outros termos, o Poder Legislativo não fica impedido de editar nova lei com idêntico conteúdo ao que foi censurado pela Corte Maior. Sobre esse ponto, é importantíssimo salientar que a ausência de vinculação diz respeito exclusivamente à atividade típica, legiferante, do Poder Legislativo, jamais ao exercício de funções atípicas.

Por fim, cabe observar que esse entendimento tradicional, tal como posto, não mais se justifica na atual ordem jurídica brasileira, devendo, como será aduzido, ceder lugar a

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 1. Relator Ministro Moreira Alves, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

¹⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199.

¹⁶⁶ Nesse sentido, também precedente da Corte Constitucional portuguesa: (Cf: Tribunal Constitucional português, Ac. 452/95, Rel. Conselheiro Alves Correa, j. em 6.7.1995)

¹⁶⁷ Ressalve-se que, apesar de o posicionamento em si não vincular o Supremo Tribunal Federal, por óbvio (a exceção do que se dá com o julgamento improcedente da ADI, que não gera efeitos vinculatórios) o STF também ficará adstrito aos efeitos da coisa julgada. Assim, por exemplo, uma norma declarada inconstitucional é definitivamente expurgada do ordenamento, não mais podendo haver novo pronunciamento sobre ela.

uma inteligência mais consentânea com os ditames de segurança jurídica, isonomia e economia processual, tão caros ao Constituinte de 1988.

4.2 Evolução da teoria dos efeitos da decisão judicial no controle incidental.

Com o progresso do Direito Constitucional brasileiro, tem surgido, tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário, uma tendência de abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, no que se refere às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa corrente teórico-jurisprudencial defende que a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente no controle concreto ou difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por si só, tem eficácia vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e *erga omnes*, independentemente da edição de resolução senatorial suspendendo a execução do ato normativo declarado inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal¹⁶⁸

Como observa Barroso, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional no controle concreto de constitucionalidade tornou-se um anacronismo em nosso sistema, vez que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade (EC 16/65) e com os contornos dados à ação direta no atual ordenamento, as razões de ordem histórica que motivavam a conservação da referida atribuição já não mais persistem. Assim, a manutenção dessa competência ao Senado Federal acaba por atribuir efeitos bastante distintos a situações equivalentes: a declaração de inconstitucionalidade no controle concreto e no abstrato.¹⁶⁹

Tais razões, não só justificam, mas impõem a evolução dos efeitos no controle concreto, de modo que às decisões proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal seja atribuído o mesmo efeito vinculante e eficácia geral quer sejam prolatadas no controle abstrato ou no controle incidental.

¹⁶⁸ GOMES, Anderson Ricardo. **Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 80, 01/09/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8306. Acesso em 22/10/2011.

¹⁶⁹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130-131.

Com efeito, sendo inquestionável a existência de diversas relações jurídicas que, face à isonomia, reclamam idêntica solução, e, observado o caráter normativo da Constituição, que, como dito, implica na incidência direta do texto constitucional sobre uma ampla gama de relações jurídicas análogas, “não há como cogitar que decisões que tenham as mesmas bases levem a conclusões diversas, nem que seja coerente impor a um já sobrecarregado aparelho judiciário a solução reiterada de questões idênticas”,¹⁷⁰ quando já há manifestação definitiva do STF sobre o tema.

Ademais, por razões mesmas de segurança jurídica e isonomia, deve o sistema prestigiar a uniformização dos entendimentos, donde temos por salutar a análise da vinculação aos efeitos da jurisdição constitucional.

Ressalte-se ainda que, por mais que se fale em controle concreto ou abstrato, o controle de constitucionalidade é sempre realizado da segunda maneira, visto que, mesmo quando concretizado em um processo constitucional subjetivo, a análise da compatibilidade da norma impugnada com o texto constitucional é sempre procedida de modo apartado das particularidades do caso concreto. Esse procedimento é mais facilmente percebido no âmbito dos tribunais, onde, pela reserva de plenário (CF - art. 97), o órgão que procede ao controle não é, em regra, sequer o responsável pelo julgamento do caso concreto em análise.

Desta feita, fácil é notar que não há qualquer diferença substancial num ou noutro controle que abone a concessão de efeitos distintos para os mesmos.

Além dos diversos motivos apresentados, o próprio desenvolvimento da compreensão acerca do papel da jurisdição, a competência do STF como guardião da Carta Magna e a observância de princípios como isonomia e segurança jurídica corroboram com a evolução dos efeitos tradicionais, consoante se passará a examinar nos tópicos seguintes.

4.2.1 Competência do STF como guardião da Constituição.

Com o advento da primeira Constituição republicana em 1891, introduziu-se em nosso ordenamento, por influência da doutrina constitucional americana, a competência do

¹⁷⁰FAIDIGA, Daniel Bijos. **Abstrativização dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade e estabilidade da jurisdição constitucional a partir do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Dissertação (Mestrado do em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 125.

Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe a competência para cotejar a constitucionalidade da aplicação do direito pátrio.¹⁷¹ Na realidade, os esforços para a criação de um Supremo Tribunal no Brasil iniciaram-se já na época do Império, quando, em 1889, o Imperador Dom Pedro II solicitou de Salvador Mendonça um estudo sobre a organização da Suprema Corte americana.¹⁷²

Na atual Carta Política, a prerrogativa de guardião maior do texto constitucional é conferida ao Pretório Excelso no Art. 102, *caput*, que assim dispõe: “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...).”¹⁷³ Nesse sentido, compete-lhe primordialmente e com primazia realizar o controle de constitucionalidade das normas do direito brasileiro.

A essa conclusão se chega, tanto pela expressa dicção do dispositivo supra transcrito, como pela própria sistemática criada pela Carta Política e pelos instrumentos colocados à disposição do STF para controlar em definitivo a constitucionalidade das normas.

Essas considerações já nos dão sustento para encetar uma formulação acerca da necessária força vinculante que se deve conferir às decisões proferidas pela nossa Corte Maior, pelo menos no que se refere às matérias de índole constitucional, vez que é o próprio texto da Constituição que lhe confere a prerrogativa de legítimo intérprete de suas normas.

A hipótese é de que tal entendimento resguarda a função precípua do STF de preservar e interpretar as normas constitucionais como efetiva Corte Constitucional em qualquer situação (controle concreto ou abstrato), uma vez que lhe assegura a prerrogativa de indistintamente uniformizar a jurisprudência nacional, no que tange à interpretação das normas constitucionais.

Com efeito, o STF é o órgão autorizado a dar a palavra final em temas constitucionais. Na já consagrada expressão, “a Constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é”. Desta feita, em termos pragmáticos, contrariar um precedente do Pretório Excelso em matéria constitucional tem o mesmo sentido e o mesmo alcance de violar a própria

¹⁷¹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891: Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.(...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (...) b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

¹⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1146.

¹⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 17 out. 2011.

Constituição.¹⁷⁴ Eventuais controvérsias constitucionais existentes no âmbito de outros juízos ou tribunais perdem o sentido em virtude de pronunciamento da corte maior. Tanto é assim que o Código de Processo Civil dispensa a regra de reserva de plenário quando já houver pronunciamento do STF sobre a questão discutida.¹⁷⁵

A bem da verdade, inobstante a formulação constitucional que consagra ao STF destacada função no ordenamento jurídico nacional - sendo a Corte guardiã e legítima intérprete do texto magno - do modo como foi previsto na Carta Política vigente, o Supremo Tribunal Federal não é rigorosamente uma Corte Constitucional. Isso porque, além de realizar o controle concentrado, é também o Tribunal competente para julgar inúmeras outras questões, algumas delas, inclusive, desprovidas de qualquer fundo constitucional, como é o caso da competência para julgar infrações penais comuns praticadas por altas autoridades da República.¹⁷⁶

Isso, porém, não desqualifica atividade do Pretório Excelso que, quando em defesa da Constituição, faz às vezes de uma verdadeira Corte Constitucional, sendo o guardião da Lei Fundamental, por expressa delegação do Poder Constituinte Originário. Sua atuação, portanto, tem especial relevância na proteção das liberdades públicas, da estabilidade do ordenamento normativo do Estado, da segurança das relações jurídicas e da legitimidade das instituições da República.¹⁷⁷

Ainda no que tange à atribuição de força vinculante a todo e qualquer julgados do STF em matéria constitucional, é de se reconhecer que a Corte marcha atualmente para um sistema precedencialista (*stare decisis*).

Com efeito, “a postura do Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir da Emenda Constitucional 45/2004 é a de valorização das suas decisões, quer seja no controle concentrado de constitucionalidade, quer seja no controle difuso de constitucionalidade”¹⁷⁸, o

¹⁷⁴ ZAVASCKI. Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2000. Dissertação (Mestrado do em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000, p. 153.

¹⁷⁵ Art. 481. (...) Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

¹⁷⁶ Vale mencionar a proposta de instituição de uma Corte Constitucional formulada, na Constituinte de 1934, pelo Deputado Federal Nilo Alvarenga. (Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.)

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2010 MC. Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

¹⁷⁸ ORTEGA, Carlos Eduardo. **O papel do STF como Corte Constitucional**. *Revista Consultor Jurídico*, 30 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-30/papel-supremo-tribunal-federal-corte-constitucional>. Acesso em 20 out. 2011.

que acaba por cunhar uma atmosfera de maior segurança jurídica e de estabilidade institucional.

Como bem se extrai de aquilatado voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 328.812/AM, a conservação de decisões de instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em detrimento da jurisprudência sedimentada no âmbito da Corte “revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”.¹⁷⁹

Não existe, pois, razão para que o Supremo Tribunal Federal fique a afirmar reiteradamente a correta interpretação que se deve dar à Constituição da República.

Tanto é assim que em recente questão de ordem, suscitada na ADC n. 18¹⁸⁰, o Min. Marco Aurélio salientou que o julgamento da ação deveria ser precedido pelo exame de um Recurso Extraordinário onde a instrução já estava devidamente concluída, vez que a questão de fundo dos dois casos era idêntica. Deste modo, na análise do processo subjetivo, onde se procederia a um controle concreto, resolver-se-ia a questão constitucional, trazendo os mesmo efeitos do julgamento para a ADC, ou seja, no próprio recurso, alcançar-se-ia a correta e peremptória interpretação do preceito constitucional.

Assim, observado o papel do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição, é de se conferir legitimidade às suas decisões nessa matéria, de forma a torná-lhes vinculantes os efeitos em relação aos demais órgãos do Judiciário, mesmo quando proferidas em sede de controle concreto de constitucionalidade.

4.2.2 Força normativa da jurisdição e suas implicações nos efeitos do controle difuso.

Outro ponto cujo estudo se faz necessário e que corrobora com a tese aqui defendida de abstrativização dos efeitos do controle é concreto de constitucionalidade é a questão da atividade criativa do provimento jurisdicional.

Com efeito, a mais moderna doutrina observa que o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, quer vinculado ao sistema do *civil law*, quer vinculado à

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 328.812/AM. Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Data do julgamento 06.03.2008, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 18 QO/DF. Relator Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, Data do julgamento 04.02.2009, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

tradição do *common law*. A diferença estaria tão somente no grau da autoridade (eficácia) que o mesmo possui.¹⁸¹ Nesse sentido, José Guilherme de Souza, em vetusta lição, preleciona que “existe um consenso, cada vez mais sedimentado, no sentido de se admitir que a jurisprudência é fonte do direito”¹⁸²⁻¹⁸³

Esse papel jurisprudencial assume uma importância ainda maior quando se está a trabalhar com os precedentes oriundos de tribunais superiores, vez que os julgados desses serão paradigmáticos não só com relação à própria Corte, mas para com os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores, servindo indubitavelmente o precedente como fonte jurídica de ampla abrangência.

Como ensinam Luciana da Rocha e Vicente de Paula Marques Filho, para se atribuir a certo dado o predicado de fonte jurídica, “mister se faz que nele se vislumbrem dois elementos intimamente conexos, quais sejam, a criação de normas jurídicas com força obrigatória, e a influência de um centro de poder em tal processo criativo”.¹⁸⁴

Observando ambos os elementos, constitui-se a decisão judicial como verdadeira fonte jurídica, vez que é ato que emana de um dos poderes (Poder Judiciário), assim como implica em manifestação construtiva do direito. Sobre esse aspecto criativo, observa Fredie Didier que “muito mais do que aplicar a lei, cumpre ao magistrado criar uma norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão”.¹⁸⁵

De efeito, não se limita a atividade jurisdicional a manifestar o direito legislado, restando, a toda evidência, suplantada a firme orientação do direito napoleônico de que o juiz seria a mera “boca que pronunciava as palavras da lei”.

Nesse sentido, esclarece Inocêncio Mártires Coelho que:

“(…) dessa nova realidade é a revolucionária jurisprudência das cortes constitucionais desenvolvida a partir da técnica de *interpretação das leis conforme a*

¹⁸¹ Cf: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 390.

¹⁸² SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 37.

¹⁸³ Em sentido contrário, cf: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 246.

¹⁸⁴ Cf: ROCHA da, Luciana; MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Sobre o precedente e a jurisprudência: aproximação entre sistemas jurídicos sob o enfoque das fontes do direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do COMPEDI, Fortaleza, Jun. 2010, p. 1274.

¹⁸⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 391.

constituição, cujo manejo, cada vez mais ousados, lhes permite *construir* decisões substancialmente legislativas.”¹⁸⁶

Em verdade, rejeitar esse fato seria negar uma vez mais a "verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada, em todas épocas e com inexaurível perseverança"¹⁸⁷, da criatividade judicial.

Observam com acerto Luciana da Rocha e Vicente de Paula Marques Filho que “a decisão judicial representa um estágio intermediário da criação jurídica”.¹⁸⁸ Esse amplo processo vai do geral ao abstrato, estreando com o advento da norma constitucional e perfilhando da legislação e do costume, até a decisão judicial.¹⁸⁹ O provimento do magistrado inova, pois, o ordenamento, não se limitando a proceder a "concretização e a individualização necessárias da norma geral e abstrata"¹⁹⁰, mas assumindo papel autônomo e desempenhando uma função criativa direta.

Em idêntico sentido, precisas são as lições de Fredie Didier Júnior que arremata: “há, pois, na atividade jurisdicional muito mais do que uma mera técnica de interpretação e aplicação do Direito. Há aí verdadeiramente uma técnica de criação do Direito, o que garante à jurisprudência a condição de *fonte* do Direito”.

É de se reconhecer ainda que, no papel de interpretação e aplicação da Constituição, essa atividade criativa é ainda mais destacada, vez que a Carta Magna é composta de normas eminentemente principiológicas. A esse respeito, Mártires Coelho ressalta que:

“a singularidade da estrutura normativo-material dos *princípios* como normas genuinamente constitucionais, cujos enunciados – lapidares, esquemáticos, abstratos, elásticos, indeterminados e, por isso, portadores de múltiplos significados – demandam uma nova abordagem hermenêutica, em que a clássica subsunção silogística, tida como necessária e suficiente para a interpretação/aplicação das regras de direito, cede o lugar à técnica da *ponderação* como procedimento adequado à *concretização* dessas fluidas espécies normativas, e, finalmente, como consequência de tudo isso, um acentuado protagonismo dos intérpretes/ aplicadores da constituição, reconhecidamente conducente à *onipotência judicial*, sobretudo no

¹⁸⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional**. In: Direito Público. Doutrina Brasileira. Nº 12. Abr-Maio-Jun/2006, p. 63.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 07.

¹⁸⁸ ROCHA, Luciana da; MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Sobre o precedente e a jurisprudência: aproximação entre sistemas jurídicos sob o enfoque das fontes do direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do COMPEDI, Fortaleza, Jun. 2010, p. 1274.

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 263.

¹⁹⁰ Idem. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 197.

âmbito das cortes constitucionais, em razão do papel hegemônico e da mais absoluta liberdade de que desfrutam para, na *defesa* da Lei Maior.”¹⁹¹

Ademais, o reconhecimento da *força normativa* da Constituição e do seu papel também como fonte material do direito, direta e imediatamente aplicável, obriga a valorização e o reconhecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vez que, como dito, as normas constitucionais se expressam no entendimento deste. Assim, a força cogente e especial dignidade da Carta Política impõem a vinculação dos demais juízes e da administração ao direito *criado* através do pronunciamento do Pretório Excelso, até mesmo como forma de se prestigiar a normatividade da Constituição Federal.

4.2.3 Efeito vinculante como meio de realização da isonomia e da segurança jurídica.

Aspecto também sobremaneira relevante para abonar a concessão de efeito vinculante às decisões proferidas no controle concreto de constitucionalidade é o apreço que o texto constitucional dispensou à isonomia e à segurança jurídica, princípios elementares em nossa ordem jurídica constitucional.

Com relação ao primeiro, é forçoso que se promova uma necessária redefinição dogmática do princípio da isonomia, que deve ser pensado não só como ideal de igualdade perante a lei, mas como ideal frente ao direito, de modo que todos “devem ser tratados como iguais perante a “norma jurídica”, qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane.”¹⁹²

Com efeito, na guisa da construção lógica procedida no item antecedente, temos por salutar a observância desse princípio também na atividade judicante, legítima fonte do direito.

Por certo, o princípio da isonomia não deixa de abarcar também a atuação do Poder Público quando do exercício da atividade jurisdicional, sendo exato que a incidência desse princípio não mais se limita ao tratamento isonômico das partes, com garantia de atuação com paridade de armas ou igualdade de acesso a determinadas técnicas e

¹⁹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional**, in: Direito Público. Doutrina Brasileira. Nº 12 – Abr-Maio-Jun/2006, p. 63.

¹⁹² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 396.

procedimentos judiciais; a evolução do ditame constitucional em tablado, ao revés, pressupõe ainda uma exegese sob o viés de necessária igualdade *perante as decisões judiciais*.¹⁹³

A esse respeito, formidável é a lição de Celso de Albuquerque Silva:

“... impende ressaltar que, classicamente, o efeito vinculante tem sido considerado a melhor política judicial porque permite concretizar a regra de justiça consubstanciada no mandamento isonômico de que os iguais devem ser tratados igualmente. *Desse princípio deflui a regra de que litígios judiciais substancialmente semelhantes devem ser destinatários de decisões judiciais idênticas*”.¹⁹⁴ (grifo nosso).

Com efeito, não se justifica que, face a atual sistemática constitucional, jurisdicionados em idênticas condições de fato sejam submetidos a solução judicial diversa, ainda mais quando consideramos a unidade do Poder Judiciário e a necessária coesão na interpretação constitucional. A idéia que se quer estabelecer é “fundamentalmente do princípio do tratamento igualitário do Estado quanto à proteção legal de seus cidadãos”¹⁹⁵

Em verdade, a sujeição dos demais poderes à Constituição, aí consubstanciada no significado que lhe empresta a jurisdição constitucional, atua no sentido de eliminar eventuais divergências hermenêuticas, em homenagem aos postulados da isonomia e da segurança jurídica.¹⁹⁶

Sobre este último princípio, observa Roger Stiefelmann Leal que é finalidade própria do Estado tornar previsível ou presumível a atuação do Poder Público.¹⁹⁷ À idêntica conclusão chega Dinamarco, para quem a ordem jurídica tem o encargo de “definir situações e gerar clima de confiança das pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações.”¹⁹⁸ Somente assim, será possível aos cidadãos exercê-los e cumpri-los adequadamente, assim como prever as conseqüências do seu descumprimento.

De efeito, ao indivíduo deve-se dar a prerrogativa de pautar sua conduta presente com base num comportamento adotado pelo Estado. É natural que as respostas dadas pela

¹⁹³ Cf: MARINONI, Luis Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. A força dos precedentes. Luis Guilherme Marinoni (coord). Salvador: juspodvm, 2010, p. 228-233.

¹⁹⁴ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. xx.

¹⁹⁵ Cf: DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais**. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 15.

¹⁹⁶ Cf: LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114

¹⁹⁷ *Idem*, p. 115.

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno, t. II**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 1145.

atividade jurisdicional às situações que lhe são postas induzam comportamentos e gerem no cidadão uma justa expectativa a determinada consequência.

Não é lógico ou razoável que indivíduo que determina sua atividade por decisão ou orientação da Suprema Corte venha a ser surpreendido pelo entendimento diverso de um magistrado ou mesmo da administração pública que insiste em desacatar o precedente. Esse fato é um tanto quanto mais reprochável no atual panorama de extrema publicidade dos julgados do STF.

É o que se daria, por exemplo, se determinado contribuinte, fincado em sólida jurisprudência da nossa Corte Maior, praticasse reiteradamente ato que, nos termos de assentada jurisprudência do referido tribunal, não constituísse fato gerador de tributo e, depois de anos, viesse a ser surpreendido com a cobrança retroativa do mesmo, procedida pela Administração Pública. Pior ainda seria se membro do Poder Judiciário viesse a cancelar a citada conduta.

É exatamente nesse contexto que a segurança jurídica precisa ser pensada. Trata-se de princípio que não apenas se presta a garantir situações consolidadas no passado, mas também a assegurar legítimas expectativas e condutas adotadas a partir de um comportamento presente.¹⁹⁹

Com efeito, a fixação de uma exegese constitucional divergente da adotada pelo intérprete máximo da Carta Magna, apenas se presta a gerar instabilidade e insegurança na ordem político-constitucional²⁰⁰, vez que, a bem da verdade, seguindo o processo o seu curso normal, esse entendimento não deverá sequer prevalecer, pois caberá à Suprema Corte dar a palavra final sobre o tema.

Trata-se, em verdade, o efeito vinculante, de verdadeiro obstáculo à aplicação arbitrária e discriminatória do texto constitucional. Sua consequência é a desejável sujeição de diversas autoridades a uma mesma e legítima solução, o que verdadeiramente prestigia o princípio da unidade da Constituição.²⁰¹

Dáí surge a obrigação de respeito ao entendimento sedimentado no Pretório Excelso, o que produz o efeito vinculante; advém ainda o compromisso para o próprio tribunal de uniformizar a jurisprudência, donde se legitimam os diversos instrumentos criados em sede legislativa com o fim de padronizar e adequar a atividade jurisdicional.

¹⁹⁹Cf: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 397.

²⁰⁰ Cf: Cf: LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 115.

²⁰¹ *Idem, Ibidem.*

Nessa linha de entendimento, o efeito vinculante se presta também a obstar a perpetuação de controvérsias interpretativas envolvendo a Constituição.

Mais uma vez, valemo-nos da precisão dos ensinamentos de Celso de Albuquerque Silva, que aduz:

“a estabilidade e certeza do direito são um forte argumento a favor da adoção do efeito vinculante. A ausência de uma diretriz relativamente segura para a solução de determinada controvérsia conduz inevitavelmente a um permanente estado de insegurança e, conseqüentemente, injustiça”²⁰²

Referida construção se concilia com os princípios inspiradores da carta magna, uma vez que, como é de hipótese, traria uma maior efetividade ao texto constitucional (princípio da máxima efetividade). Ademais, parece-nos mais adequada às modernas premissas do constitucionalismo, que se caracterizam por uma reinterpretação da separação dos poderes, conferindo assim atuação política ao Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito às cortes constitucionais, cada vez mais comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais²⁰³.

4.3 Tendência de atrelamento judicial aos precedentes dos tribunais superiores: acolhimento do efeito vinculante no âmbito legislativo.

Pode-se perceber hodiernamente uma tendência, no âmbito legislativo e jurisprudencial, motivada pela necessidade de se unificar as decisões judiciais, de que todas as deliberações do STF em matéria constitucional acabem por tornar vinculadas as demais instâncias judiciárias.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo de deliberação do Poder Judiciário, cabendo-lhe, como já amplamente ressaltado, a guarda da Carta da República, preservando e interpretando as normas constitucionais. Nessa competência de resguardar e interpretar a Constituição Federal, insere-se a função de uniformizar a jurisprudência nacional no que tange à exegese das disposições constitucionais. Daí por que

²⁰² SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 79.

²⁰³ COELHO, Inocência Mártires. **A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação de poderes**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 134, 1997, 104-106.

toda e qualquer decisão do STF desponta como paradigmática, impondo efeito vinculante à atividade dos demais tribunais da federação.²⁰⁴

Para o desempenho dessa função, realiza a Corte, além do controle concentrado, um controle incidental, que pode ser exercido tanto por meio de suas competências originárias quanto pela competência de órgão revisor das decisões proferidas pelas demais instâncias do Poder Judiciário, hipótese em que a controvérsia é levada à sua análise por meio de recurso ordinário ou extraordinário.

Importa-nos aqui precipuamente o exame desse segundo recurso, que tem por finalidade basilar assegurar a inteireza do sistema jurídico pátrio.²⁰⁵

O que se busca aqui é perquirir acerca dos instrumentos consagrados em âmbito legislativo que se prestam a corroborar com a tese ora sustentada de vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ao que decidido pelo STF, ainda que em sede de controle concreto.

Com efeito, a abstrativização do controle difuso tem influenciado a criação de inúmeros instrumentos no âmbito do direito processual brasileiro com o fim primordial de impedir o avanço de demandas contrárias ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Exemplo disso é o art. 557 do Código de Processo Civil que permite ao relator negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal²⁰⁶. De igual forma, o § 3º do art. 475 do CPC dispensa o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal.

De todo modo, limitaremos o objeto do nosso exame ao requisito da repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário e à análise das súmulas vinculantes, encartadas no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004 e regulamentada pela lei nº. 11.417 de 19 de dezembro de 2006.

²⁰⁴ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. III**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 324.

²⁰⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens**. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Tereza Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: RT, 1997, p. 46.

²⁰⁶ O relator também poderá negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do tribunal que receberá apelação ou de qualquer Tribunal Superior. Contudo, pelo objeto do presente trabalho, somente nos interessa a hipótese em que o fundamento para o não recebimento do recurso é a contrariedade com súmula do STF.

4.3.1 Súmulas vinculantes.

O primeiro instrumento que passamos a analisar é a súmula vinculante, manifesto veículo de consagração legislativa do papel padronizador da Suprema Corte no que se refere à jurisdição constitucional.

Tem, o instituto, por primordial objetivo promover a unidade de interpretação de uma norma constitucional controvertida, evitando a insegurança jurídica gerada pela disparidade de entendimentos em idênticas questões.

A sistemática das súmulas vinculantes teve início no direito anglo-saxão – sistema do *common law* – derivando mais precisamente do brocardo jurídico *stare decisis et quieta non movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido).²⁰⁷ No direito norte-americano, a referida sistemática exterioriza-se pelo instituto do *stare decisis*, segundo o qual a Suprema Corte dos Estados Unidos fixa acerca de determinada situação jurídica uma interpretação única e vinculante, assegurando ao jurisdicionado “segurança e igualdade de entendimento na exegese dos casos polêmicos e repetidos”²⁰⁸.

No Brasil, a possibilidade de criação de enunciados vinculantes é um tema velho e recorrente todas as vezes que se fala em reforma do Judiciário. Já em 1843, José Thomaz Nabuco de Araújo apresentou projeto em que se conferia ao Supremo Tribunal de Justiça – mais alta corte do Brasil imperial – a prerrogativa de julgar definitivamente as matérias em que concedesse revista.²⁰⁹ Para o jurista, soava absurdo que tribunais inferiores pudessem julgar de modo diverso do que decidido pela primeira Corte do Império.²¹⁰

Tal como conhecida hoje, porém, a súmula vinculante somente teve a sua introdução definitiva no direito brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que, justamente almejando os valores de segurança jurídica e racionalidade dos processos judiciais²¹¹, promoveu a reforma do Poder Judiciário e, entre outras providências, incluiu o art. 103-A na Constituição Federal, que permite ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou

²⁰⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1167.

²⁰⁸ *Idem, Ibidem*.

²⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564.

²¹⁰ *Idem, Ibidem*.

²¹¹ Para maior aprofundamento acerca da reforma do Poder Judiciário, Cf: SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. *Estud. avançados*. [online], São Paulo, vol.18, n.51 May/Aug. 2004, p. 79-101. ISSN 0103-4014.

por provocação, aprovar súmula²¹² com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública em geral, bem como a proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Exige-se, para tanto, que a aprovação da súmula se dê mediante decisão de dois terços dos membros do Tribunal e após reiteradas decisões sobre a matéria, que obrigatoriamente deve ser de índole constitucional. O mesmo *quorum* é demandado para a sua revisão ou cancelamento.

A exigência de que a aprovação da súmula se dê após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional estipula uma conexão direta da sistemática da súmula vinculante com o controle incidental de constitucionalidade.²¹³ Essa inovação resgata e reafirma a importância do controle difuso na jurisdição constitucional brasileira, já dando mostras de que o legislador perfilha na tendência de que o entendimento sedimentado pela Suprema Corte deve ser seguido pelos demais membros do Poder Judiciário e da Administração Pública.

A tese nos parece ainda mais nítida quando levamos a efeito a interpretação desse dispositivo cumulada com a da norma inserta no § 1º do já comentado Art.103-A da Carta Federal, o qual preconiza que a súmula vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais *haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública* que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Com efeito, o dispositivo supracitado, além de reafirmar a função da súmula vinculante como instrumento de promoção da segurança jurídica e racionalização do sistema processual, também nos pareceu demonstrar a clara intenção do constituinte em não admitir a existência de controvérsias sobre matérias já reiteradas vezes resolvidas pelo STF.

Outro ponto importante de se consignar é que o cancelamento ou revisão de súmulas vinculantes exige o mesmo *quorum* e procedimento similar ao de sua edição. Sendo assim, parece-nos lógico concluir que essas decisões terão a mesma força cogente da deliberação que cria a súmula.²¹⁴ Ou seja, uma vez que o Supremo Tribunal Federal revisa ou

²¹² Aqui, parece-nos bastante pertinente a observação levada a efeito por Fredie Didier, que esclarece não ser essa terminologia de “súmula vinculante” a mais adequada. Isso porque súmula é a designação que se dá ao repositório que consolida os enunciados que refletem a jurisprudência dominante num determinado Tribunal. O mais correto, portanto, seria a referência a enunciados vinculantes. (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II.** 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 408.) Não obstante, a terminologia que restou consagrada, inclusive no texto constitucional, foi a que ora se emprega.

²¹³ Em igual sentido, cf: TRANCA, Marcus Leonardo Pereira. **A utilização da súmula vinculante como meio de conferir efeito erga omnes às decisões de controle difuso de constitucionalidade.** Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 41.

²¹⁴ Cf: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 410.

cancela súmula vinculante, sua aplicação, tal como dispunha o enunciado anterior, resta vedada para todos os juízes e tribunais brasileiros. Tanto é assim que o § 3º do Art. 103-A da CF estabelece que, do ato ou decisão que *indevidamente aplicar súmula*, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, o qual, 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. Ora, não há dúvidas que aplicar enunciado anterior de súmula cancelada ou revisada é dar-lhe aplicação indevida, rendendo ensejo, portanto, ao cabimento de reclamação constitucional.

Em termos gerais, os requisitos para a atribuição do efeito vinculativo são: matéria constitucional; decisão tomada por, no mínimo, dois terços dos ministros; adoção da tese jurídica em reiteradas decisões; objeto consistente na validade, interpretação e eficácia de normas determinadas; existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, acerca da validade, interpretação ou eficácias de tais normas determinadas; e que, em consequência de tal controvérsia, seja gerada grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão jurídica idêntica.²¹⁵

Ponto deveras significativo com relação à súmula vinculante diz respeito ao fato de que, diferentemente do que ocorre com as demais situações em que vige o efeito vinculante no nosso ordenamento, a força obrigatória resultante de seus enunciados sujeita o próprio Supremo Tribunal Federal, que, para deixar de aplicar súmula vinculante, deverá obrigatoriamente se valer dos procedimentos de revisão ou cancelamento disciplinados pela lei 11.417/06. O raciocínio é simples e merece ser explicitado: se a Constituição e a lei exigem quorum qualificado de 2/3 dos membros do Tribunal para a edição de súmulas vinculantes, não seria lógico que se admitisse que mera maioria, como se dá em geral nas deliberações do STF, pudesse simplesmente desconsiderar o enunciado.

Observada a gravidade dos efeitos das súmulas vinculantes, é salutar que a decisão que as edita, altera ou cancela seja a mais legítima possível. Justamente imbuído desse espírito, o Art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/06 estabelece que, no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Essa participação de terceiros (*amicus curiae*), os quais, nos termos da jurisprudência assentada no STF, devem demonstrar representatividade com

²¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A atribuição de eficácia vinculativa às proposições já incluídas na 'súmula da jurisprudência predominante' do Supremo Tribunal Federal.** COAD/ADV: Seleções Jurídicas, Doutrina, Rio de Janeiro, maio, 2005, p.23.

relação à matéria discutida, traduz em um intuito de democratização do debate constitucional.²¹⁶

Calha anotar ainda que somente ao STF é dada a prerrogativa de editar súmulas com efeitos vinculantes e que, malgrado a força imperativa do instituto, não se retira dos juízes e demais tribunais a liberdade de esquadrihar com independência acerca da aplicabilidade de eventual súmula ao caso concreto submetido à sua apreciação. Ou seja, cabe ao juiz do caso aferir se determinada situação posta sob o seu poder decisório reclama ou não a aplicação de súmula vinculante, promovendo, se for o caso, o chamado *distinguishing*, que trabalharemos em tópico a seguir.

É claro que essa análise apriorística é passível de controle por intermédio do próprio STF, vez que, caso a parte discorde da decisão proferida pelo magistrado inicial do feito, poderá ajuizar reclamação perante a Corte Constitucional, que dirá em definitivo sobre a necessidade de aplicação ou não da súmula sobre o caso em exame. Também os demais tribunais que venham a apreciar recursos contra essa decisão deverão analisar o acerto da aplicação ou não do enunciado normativo.

Não obstante as ponderações formuladas, o sistema de súmulas vinculantes não é isento de críticas. Em geral, a doutrina que se perfilha contrária às inovações trazidas pelo instituto tende a considerá-lo como uma afronta à separação de poderes, à tipicidade das leis, ao processo legislativo, à independência do Poder Judiciário, ao princípio do juiz natural e ao acesso à jurisdição.²¹⁷

Essas críticas, porém, nos parecem sem razão, tendo em vista que a promoção do efeito vinculante em nosso ordenamento tem por finalidade, como já amplamente abordado, justamente o respeito à supremacia constitucional, sendo certo que não há que se falar em desrespeito a qualquer desses valores caso a atuação do STF se dê nos limites impostos pela nossa Lei Fundamental.

4.3.2 Sistemática da repercussão geral.

Tem ainda o STF a função de processar e julgar os Recursos Extraordinários.

²¹⁶ BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Amicus Curiae - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade**. Revista CEJ, V. 6 n. 19 out./dez. 2002.

²¹⁷ Cf: Núcleo de Estudos Críticos do Direito” in Jornal da Ajuris, Porto Alegre, p. 6, de 23 de janeiro de 2005.

Tal como ocorreu com as súmulas vinculantes, que vieram ao ordenamento por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a referida emenda também trouxe ao instituto dos Recursos Extraordinários significativas modificações, consagrando, no art. 102, § 3, da Constituição Federal, o requisito da repercussão geral, pelo qual “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”²¹⁸.

Com a criação da repercussão geral, o recurso em comento ganhou maiores aspectos de objetivação, o que veio a corroborar com a tese defendida no presente trabalho e a caracterizar o instrumento como modelo de opção legislativa no sentido de conferir efeito vinculante ao controle difuso.

A esse respeito, ensina Hugo de Brito Machado que as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, versam, em síntese, sobre questões de controle de constitucionalidade e que, por meio de tal recurso, viabiliza-se a verificação do controle difuso.²¹⁹

Para nos, não restam dúvidas de que a intenção do constituinte reformador com a instituição da nova sistemática foi, além da já conhecida aspiração por reduzir o número de processos tramitando perante o STF, dar maior amplitude aos julgados da Corte, em especial com o procedimento adotado no caso de multiplicidade de causas idênticas.

Esse procedimento, incluído no CPC pela Lei nº 11.418, de 2006, que regulamentou o § 3º do art. 102 da Constituição Federal, estabelece que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão, 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.

O Pretório Excelso analisará a existência de repercussão geral e o mérito do recurso extraordinário paradigmático, sendo que os expedientes sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que deverão dar a eles idêntica solução à adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Caso assim não procedam, poderá o STF, nos termos de seu Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

²¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 31 out. 2011.

²¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Conhecimento do recurso extraordinário – repercussão geral das questões constitucionais**. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 34, p. 44, jan./2006.

Outrossim, a inovação legislativa não pode ter outra interpretação senão a de que o julgamento feito pelo plenário do STF deverá ser aplicado também em relação a recursos futuros que cheguem à corte²²⁰. Isso porque, se o Tribunal já resolveu o caso, e, por expressa determinação legislativa, o entendimento firmado teve seus efeitos estendidos para inúmeras outras ações consideradas idênticas, não se justificaria que a Corte fosse novamente instada a proferir decisão em processo superveniente.

Tal fato não traz riscos de engessamento da Constituição, vez que é possível, face à posterior alteração legislativa ou mesmo pela análise de novos argumentos não aventados na decisão inicial, que o Tribunal venha a superar o entendimento já esposado. Isso, contudo, deve-se dar observando os requisitos e limites de *overruling*, trabalhados em tópico específico a seguir.

Também se deve estar atento ao fato de que, conquanto caiba ao Presidente do Tribunal de origem aferir a similitude dos recursos para fins de aplicação da “sistemática da multiplicidade de causas idênticas”, caberá, por fim, ao próprio Supremo decidir a respeito da aplicabilidade do recurso paradigmático ao caso concreto.

Com efeito, caso a parte entenda que o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo* determinou o sobrestamento de recurso não identificado com aquele que foi selecionado e dirigido ao STF, poderá se valer de reclamação constitucional para ver garantido o seu direito à apreciação do apelo.²²¹ Isso porque o magistrado estará se omitindo no seu dever de encaminhamento do recurso para o Tribunal Superior, o que implica, em última análise, na usurpação da competência que teria o STF para apreciar a matéria. Entende ainda, Fredie Didier, que, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, poderia a parte se utilizar também de agravo de instrumento ou, até mesmo, de medida cautelar para ver o seu recurso examinado.²²²

O próprio instituto da repercussão geral já é, em si, inequívoco meio de objetivação do recurso extraordinário, que não mais se presta a socorrer interesses unicamente subjetivos, devendo ter, portanto, abstrativizados os seus efeitos. Por lógico, se o constituinte passou a exigir que os recursos extraordinários tivessem por objeto apenas causas de comprovada repercussão geral, não se afiguraria razoável restringir os seus efeitos unicamente ao caso concreto apreciado.

²²⁰ Em igual sentido, cf: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luis Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.

²²¹ Cf: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. III**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 339.

²²² *Idem, Ibidem*.

Nesse sentido, expressamente já se manifestou o Ministro Gilmar Mendes, no bojo do Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). (...)

*A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional de transcende os interesses subjetivos”.*²²³ (grifo nosso)

Também nesse diapasão, a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI n. 375.2001,²²⁴ manifestando-se expressamente sobre a transformação do apelo em tablado em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, admitiu Recurso Extraordinário sem prequestionamento, sob a justificativa de dar efetividade a posicionamento adotado pelo STF em Recurso Extraordinário anterior.

De igual modo, no RE n. 298.694²²⁵, o tribunal, por maioria, admitiu Recurso Extraordinário para julgá-lo com base em fundamento diverso do enfrentado pelo acórdão recorrido. Deu-se assim aplicação à sistemática já consagrada nas ações diretas, onde se tem uma causa de pedir aberta, pelo que, rompida a inércia da jurisdição, a análise procedida pelo STF acerca da constitucionalidade da norma é a mais ampla possível, devendo se dar com relação a todo o texto constitucional.

Os casos mais paradigmáticos, porém, serão tratados em tópico específico a seguir.

Com relação à repercussão geral, temos que, nos termos do Art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, para efeitos da sua caracterização, 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.

²²³ Excerto extraído de MADDOZ, Wagner Amorim, **O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n.119, p. 75-76. *Apud* DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. III**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 345.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 375/2001. Relator Ministro Bernardino Ferreira, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 298694. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003 Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

A repercussão geral jurídica diz respeito a aspectos básicos do nosso direito, em especial quando é necessário se ratificar relevante precedente ou quando se deve refutar um perigoso; a repercussão geral política se dá quando a decisão puder interferir na relação entre o Brasil e Estado estrangeiro ou organismo internacional; a repercussão social ocorre quando se está a discutir direitos sociais de índole transindividual como educação, moradia, saúde, etc.; e, por fim, a repercussão geral econômica ocorre quando se discutirem temas de relevante envergadura na economia como, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais.²²⁶

Ademais, a repercussão geral será sempre presumida quando o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (Art. 543-A, § 3º). Vê-se aí mais um instrumento de que a Corte dispõe para ver respeitada a força, em nosso entender vinculante, de suas decisões.

4.4 Efeito vinculante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O próprio STF já vem, em alguns julgados, perfilhando no sentido da abstrativização dos efeitos de seus julgados. Nesse diapasão, sem prejuízo de outros precedentes tratados de forma pulverizada ao longo deste trabalho, dois casos despontam como paradigmáticos, pelo que passamos a abordá-los em tópicos específicos:

4.4.1 A inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime em crimes hediondos.

Caso sobremaneira ilustrativo da tese aqui defendida se deu em julgamento realizado na Reclamação Constitucional nº. 4.335/AC²²⁷, que impugnou decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco, o qual decidiu

²²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luis Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21/08/2006 Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

contrariamente ao entendimento firmado pelo STF no julgamento do *habeas corpus* nº 82.959²²⁸.

No referido remédio constitucional, o Pretório Excelso reconheceu *incidentalmente* a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, que vedava a possibilidade de progressão de regime no cumprimento de pena por crimes hediondos, definidos no art. 1º do mesmo diploma legal.

Entendeu a Corte que a vedação à progressão de regime prevista na norma impugnada caracterizava-se em afronta ao direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), vez que, ao não permitir que se considerassem as particularidades do caso concreto e a capacidade de reintegração social do condenado, acabava por tornar inócua a garantia constitucional.

Ressaltou-se, ainda, que o dispositivo impugnado apresentava incoerência, porquanto impedia a progressividade, mas admitia o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º).

Ocorre que, inobstante tenha sido declarada inconstitucional pela nossa Corte Maior, a norma rechaçada continuou em pleno vigor²²⁹, vez que o dispositivo legal não teve a sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, o meio que, nos termos do entendimento tradicional já abordado, seria o adequado para expurgá-lo do ordenamento jurídico.

Desta feita, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco no Acre proferiu decisão divergente da orientação sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, justamente sob o fundamento de que a decisão da Suprema Corte havia se dado por via do *habeas corpus* (controle difuso de constitucionalidade), produzindo, portanto, efeitos unicamente entre as partes.

No julgado, o magistrado de primeiro grau inclusive ressaltou expressamente que a decisão do STF se deu no plano do controle difuso, pelo que, para que tivesse efeito vinculante, o Supremo deveria tê-la comunicado ao Senado Federal a fim de que o órgão parlamentar, ao seu critério, providenciasse a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional. Concluiu, assim, o julgador, que inexistia decisão a ser preservada.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

²²⁹ Por conta da alteração promovida pela lei 11.464, de 28 de março de 2007, o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 passou a permitir a progressão penal, instituindo o cumprimento em regime inicialmente fechado.

Em face disso, a defensoria pública do estado em tablado ajuizou a referida Rcl. nº. 4.335/AC. No exame da ação, o relator, Min. Gilmar Mendes, em paradigmática decisão, votou pela procedência da demanda, para cassar a decisão impugnada, sob o fundamento de que a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, bem como o advento da Lei 9.882/1999 alteraram de forma radical a concepção dominante sobre a separação de poderes, tornando comum a decisão com eficácia geral.

O relator afastou a tese de que inexistia decisão cuja autoridade merecesse ser preservada. Com efeito, reconheceu o Ministro que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução da lei pelo Senado é o ato político apto a emprestar eficácia geral às decisões definitivas de inconstitucionalidade proferidas em processos constitucionais subjetivos. Não obstante, ressaltou que a amplitude conferida ao controle abstrato pela Constituição de 88 e a previsão de suspensão liminar da eficácia de leis ou atos normativos acabaram por desconstruir o instituto, que tem a sua inspiração numa concepção de separação de poderes hoje ultrapassada.

Destacou, ademais, que, ao larguear de forma significativa o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, tanto em razão dos motivos expostos, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, a concepção dominante sobre a divisão de poderes restou de tal forma alterada que se tornou comum, no atual sistema, o advento de decisões com eficácia geral.

Salientou, portanto, ser forçosa uma reinterpretção dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ainda ser legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado *há de ter simples efeito de publicidade*, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa apenas para que se publique no Diário do Congresso.

O Min. Eros Grau acompanhou o referido voto, ressaltando que o art. 52, X, da Constituição Federal teria sofrido uma verdadeira *mudança constitucional* e que *todas as decisões do Supremo, ainda que proferidas em controle difuso, contêm força normativa suficiente para ensejar o cabimento de reclamação*.

Esse entendimento bem se coaduna com a tese aqui formulada. Exprime, como assevera Marcus Leonardo Pereira Tranca, uma construção jurisprudencial que mescla ambos as espécies de controle de constitucionalidade.²³⁰ Com efeito, a vista dos atuais ditames constitucionais, não mais se justifica que a decisão do STF seja desrespeitada pelos demais órgãos do Estado.

Todavia, a questão está longe de ser resolvida. Na própria reclamação em comento, que ficou sobrestada de 19/04/2007 a 10/02/2011²³¹ por pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski e hoje se encontra pendente de julgamento, os ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence apresentaram voto divergente, não conhecendo da reclamação²³².

Também contrário a essa tese, no julgamento da na Reclamação nº 4.263/MT o ministro Carlos Ayres Britto, enfrentando diretamente a questão dos efeitos vinculantes da decisão no controle difuso, entendeu pela não extensão de efeito vinculante e eficácia “*erga omnes*” à decisão proferida no HC 82.959-7/SP, vejamos o teor de parte da decisão:

(...) 3. Assim sumariado o caso, passo a decidir. Ao fazê-lo, observo que não se juntou instrumento de mandato, falha que, se fosse única, poderia ser objeto de sanação. Nove fora essa questão formal, entendo ser a reclamatória manifestamente incabível. Isto porque a reclamação constitucional prevista na alínea ‘l’ do inciso I do artigo 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, tanto quanto em processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado). 4. *Com os olhos postos no caso concreto, observo que a decisão tomada no processo apontado pelo reclamante não possui efeito vinculante e eficácia erga omnes, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional exarado nesse feito apenas tem a finalidade de atar as partes neles envolvidas. Se é assim, vale repisar, se o reclamante não figurou em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado processo, é de se inferir que falta ao acionante legitimidade ativa ad causam.* 5. Por tudo isso, frente ao § 1º do artigo 21 do RI/STF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o exame da medida cautelar²³³. (grifo nosso)

²³⁰ TRANCA, Marcus Leonardo Pereira. **A utilização da súmula vinculante como meio de conferir efeito erga omnes às decisões de controle difuso de constitucionalidade.** Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 44.

²³¹ Informações constantes do sitio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Cf: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>

²³² Inobstante o não conhecimento da reclamação, é de se ressaltar que os referidos ministros concederam a ordem de *habeas corpus* de ofício.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4.263/MT. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

Data venia, entendemos que esse entendimento representa um retrocesso em nossa ordem jurídica constitucional e na consagração dos direitos previstos na Lei Fundamental brasileira.

Com efeito, no próprio julgamento do HC 82.959/SP, que deu ensejo à Reclamação Constitucional nº. 4.335/AC, conquanto se tratasse de um processo constitucional subjetivo, o STF pareceu dar efeito *erga omnes* à decisão. Em seu voto, o Min. Nelson Jobim expôs expressamente que a Suprema Corte não decidia caso concreto, mas a verdadeira constitucionalidade da norma incidentalmente questionada.

Ademais, calha lembrar que, como já abordado nesse trabalho, no próprio controle abstrato de normas, que hoje por expressa dicção constitucional produz eficácia contra todos e efeito vinculante, coube ao próprio Tribunal reconhecer às suas decisões eficácia *erga omnes* independentemente de qualquer atuação do Senado Federal,²³⁴ vez que a Carta de 1961/69 exigia, para tanto, a participação do órgão parlamentar, qualquer que fosse a espécie de controle realizado.²³⁵

Destarte, negar efeito vinculante a toda e qualquer decisão do plenário do STF em matéria constitucional e, conseqüentemente, o cabimento de reclamação face à sua inobservância, é quedar-se ofuscado frente à manifesta evolução que o constitucionalismo moderno nos impõe.

Em idêntica posição, conferir Evandro Lins e SILVA:

“O efeito vinculante só se aplica às decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional. Declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a lei está fulminada, desaparece do ordenamento jurídico. A competência dada ao Senado para suspender a execução no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional pelo Supremo é supérflua e excrescente, não tem razão de ser e deve ser suprimida”²³⁶

4.4.2 A inconstitucionalidade do número de vereadores do Município de Mira Estrela.

²³⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 277.

²³⁵ Cf. BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 136)

²³⁶ Evandro Lins e SILVA, Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante, in: *Jornal do Brasil*, de 16.09.96, *apud* FAIDIGA, Daniel Bijos. **Abstrativização dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade e estabilidade da jurisdição constitucional a partir do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Dissertação (Mestrado do em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 221.

Outro caso em que o Supremo Tribunal Federal pareceu reconhecer efeitos gerais e vinculantes a decisão proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade foi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3365/DF²³⁷.

O julgado remonta ao Recurso Extraordinário nº 197.917²³⁸, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela unidade federativa. Na decisão, entendendo que o número estabelecido não se afastou dos limites constantes da CF, art. 29, IV, “a”, “b” e “c”, a Corte paulista manifestou-se pela constitucionalidade do art. 6º, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, que, mesmo contando com menos de três mil habitantes, fixara em 11 o número de vereadores da Câmara Municipal.

No julgamento do recurso extraordinário, contudo, o Pretório Constitucional, seguindo o voto do relator, Min. Maurício Corrêa, por maioria, conheceu e deu parcial provimento ao apelo, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal supracitado, por considerá-lo contrário ao art. 29 da Constituição Federal de 88, que estabelece um critério de proporcionalidade aritmética para o cálculo do número de vereadores.

Com alicerce nesse julgado, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 21.702/04, definindo, com base na população local, um critério para se fixar o número de vereadores adequado a cada município, o que acabou por ensejar a redução na quantidade de parlamentares em boa parte das cidades brasileiras.

Por óbvio, referida resolução foi objeto de inúmeras contestações perante o próprio tribunal eleitoral²³⁹, que as rejeitava justamente sob o fundamento de que a norma se fundava em entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, partidos políticos propuseram duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 3.345²⁴⁰ e ADI 3.365²⁴¹), em face da aludida resolução.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.365/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 197.917/SP. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

²³⁹ Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. MS 3.173/SP. Relator Ministro Carlos Madeira. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011. Em igual sentido, outras decisões do Tribunal Superior Eleitoral. Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RMS 337/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins; RMS 362/SP, Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.345/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.365/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

Em enfrentamento às ações constitucionais, a Corte Suprema esclareceu que a Resolução 21.702/2004 foi editada com o propósito de dar efetividade e concretude ao julgamento do Pleno no citado RE 197917/SP, onde o STF havia dado interpretação *definitiva* à cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF. Conferiu-se, assim, efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento.

Afirmou-se ainda que o TSE, dando expansão à interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo Tribunal Federal na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade constitucional, submeteu-se, na elaboração do ato impugnado, ao princípio da força *normativa da Constituição*, objetivando afastar as divergências hermenêuticas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de Vereadores.

Tal posicionamento se justifica por sua própria coerência. Com efeito, a atribuição do STF para promover a interpretação conclusiva sobre o que seja ou não seja constitucional associada ao fato de serem as suas decisões irreformáveis por qualquer outro Tribunal tornam ilógico, ou ao menos incompreensível, que juízes situados abaixo na pirâmide do Poder Judiciário possam julgar à revelia da jurisprudência predominante e firme do Supremo Tribunal Federal.²⁴²

4.5 *Overruling e distinguishing.*

Por derradeiro, é de se observar não ser aqui cabível alegação no sentido de que a abstrativização do controle difuso e o conseqüente desenvolvimento exponencial que isso traria para o efeito vinculante em nosso ordenamento seriam aptos a ensejar julgamentos injustos e desatentos às particularidades do caso concreto ou a provocar um indesejado engessamento dos direitos constitucionais.

²⁴² NOGUEIRA, Rubem. **Desempenho normativo da jurisprudência do STF**, RT 448:3, *apud* FAIDIGA, Daniel Bijos. **Abstrativização dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade e estabilidade da jurisdição constitucional a partir do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Dissertação (Mestrado do em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 221.

Isso porque a correta sistemática de aplicação dos precedentes se mostra atenta a essas particularidades, empreendendo meios hábeis a evitar que o mau emprego dos paradigmas venha a gerar prejuízos à atividade jurisdicional.

Na hipótese de um magistrado encontrar-se vinculado a uma decisão pretérita, a sua aplicação num caso concreto dependerá de um método de cotejamento, onde o juiz aferirá se os elementos objetivos da demanda atual se aproximam dos elementos caracterizadores da demanda anterior. Esse exame se dará tendo-se em vista a tese jurídica firmada (*ratio decidendi*) no julgado vinculante.²⁴³

Somente em face dessa análise é que se deve resolver acerca da aplicabilidade ou não do julgado vinculante, importando a negativa no que comumente se denomina de *distinguishing*. Esse instituto configura-se na *distinção* entre o caso concreto e o anterior, seja pela real inexistência de similitude fática entre os casos²⁴⁴, seja porque, a despeito de coincidência entre a situação concreta do caso discutido e aquela que serviu de fundamento para o caso pretérito, há alguma particularidade que obsta a aplicação do precedente.

Ademais, conforme já observamos por reiteradas vezes, nos termos da jurisprudência do STF, o efeito vinculante, justamente para se evitar uma despicienda fossilização da Constituição, não atinge o Poder Legislativo (no âmbito de sua atividade legiferante), nem o próprio Tribunal.

Destarte, é perfeitamente possível que o STF, por eventual desfiguração do precedente em razão de norma constitucional superveniente ou mesmo por evolução jurisprudencial que o motive a concluir pela inadequação da decisão anterior²⁴⁵, venha a superar o precedente vinculante. É o que se chama de *overruling*.

No caso em que regra ou princípio constitucional posterior venha a confrontar com a decisão vinculante pretérita, fazendo-a obsoleta, é possível que a contraposição não se dê sobre a inteireza do precedente, mas apenas limite o seu âmbito de incidência, gerando o que se entende por *overriding*²⁴⁶, que nada mais é do que um *overruling* limitado,

Outro ponto que se faz mister esclarecer é que, na situação em que o tribunal, independentemente de alteração legislativa, venha a simplesmente concluir pela inadequação

²⁴³ Cf. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 402/405.

²⁴⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 142.

²⁴⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 297.

²⁴⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 406.

da decisão anterior, julgando-a injusta ou incorreta, deve fazê-lo escorado em um maior grau de motivação, com *argumentos até então não enfrentados*, e uma justificação complementar de superação do precedente.²⁴⁷

Essas exigências são imprescindíveis para se garantir o estado de segurança jurídica que se deseja na ordem constitucional de 1988. Com efeito, não se mostraria razoável, ainda mais se levarmos em conta a força vinculante de seus julgados, que a Suprema Corte não tratasse de uniformizar os seus entendimentos, passando então os efeitos gerais de seus precedentes a implicar em verdadeira instabilidade no sistema.

A esse respeito, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello que:

“Deveras, ao lume de princípios jurídicos fundamentais seria teratológico, em tais casos, que situações constituídas à sombra de entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal e logicamente confirmadas por numerosas decisões dos Tribunais em geral pudessem ser, ao depois, afetadas pelo fato deste, anos mais tarde, sem a ocorrência de fato novo, vir a modificar sua inteligência sobre a tese jurídica que dantes merecera seu agasalho. Não apenas o princípio da segurança jurídica, como visto, mais também o princípio da lealdade e da boa-fé e da confiança legítima se oporiam e do modo mais cabal possível a que uma mudança de orientação do Poder Judiciário na matéria viesse a ter tão gravosos efeitos”.²⁴⁸

O Pretório Constitucional não deixou de atentar para essa realidade, conforme se observa do que decidido na ADI 4.071-AgR/DF, Rel. Menezes Direito, cujo acórdão foi assim ementado:

“Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual 'a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator'. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso. (...)”²⁴⁹ (grifo nosso).

²⁴⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 406.

²⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Segurança jurídica e mudança de jurisprudência**. In: Revista de Direito do Estado, n. 6, Rio de Janeiro: renovar, 2007, p. 335.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.071-AgR/DF. Relator Ministro Menezes Direito. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 6 nov. 2011.

Na realidade, entendemos que até mesmo juízes subordinados ao precedente podem dele se desvincular, na hipótese de apresentarem *fundamentos não apreciados* pela Corte Suprema. Ressalte-se que esse requisito é imprescindível para a caracterização da hipótese, e que essa não vinculação somente deve perdurar até que o Pretório Excelso se manifeste acerca desses novos fundamentos, quando então todos estarão novamente vinculados à última posição esposada. O que nos afigura absurdo são as não raras situações em que o magistrado faz ressalva à posição do STF e decide contrariamente pelo simples motivo de não se filiar ao entendimento.

Bem se vê que a sistemática do efeito vinculante não se encontra em desacordo com imperativa necessidade de se observar as particularidades de cada caso concreto, nem com a possibilidade de sadia evolução legislativa e jurisprudencial do direito.

Por todos, colacionamos exímia conclusão de Cruz e Tucci, prelecionando que:

“(...) todos esses mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do *precedente* não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de ‘normatização pretoriana’. A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça (...)”²⁵⁰

Decorrência lógica do exposto é o questionamento acerca da relação que essa mudança de entendimento terá com os fatos ocorridos no passado. Isso porque, como cabalmente defendido neste trabalho, uma das principais justificativas para o efeito vinculante nos precedentes do Supremo Tribunal Federal é a segurança jurídica que a uniformização das decisões judiciais traria ao ordenamento. A aplicação desarrazoada ou desprovida das devidas cautelas do *overruling*, porém, tem justamente o condão de gerar o efeito contrário.

É natural que a regularidade da jurisprudência venha a suscitar justa expectativa quanto à sua manutenção. Como ensina Tércio Ferraz Jr, “é provável que os particulares, leigos, confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, venham a tomar medidas e a propor determinados negócios jurídicos com base naquele posicionamento”.²⁵¹ Assim, uma mudança abrupta de um entendimento já consolidado poderá vir a trair o jurisdicionado que age de boa-fé, depositando confiança no precedente previamente firmado.

²⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 180

²⁵¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e jurisprudência judicial**. In: NERY JR. Nelson. CARRAZA, Roque Antônio. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007, p. 8.

Cabe, pois, à Corte, com base no postulado da razoabilidade, modular os efeitos da decisão que altera um posicionamento consolidado.²⁵²

Tanto é assim que o próprio texto constitucional ressalva que a lei não retroagirá para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ora, admitindo-se a tese aqui sustentada de que a decisão judicial tem verdadeiro efeito de norma jurídica, não há razão para se fazer distinções entre a lei formal e a jurisprudência com relação à proteção dada em face de sua modificação.

Nesse sentido, preleciona Roque Antônio Carrazza que a “segurança jurídica, um dos pilares do nosso Direito, exige que as leis, os atos normativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí falarmos em irretroatividade do Direito e não, apenas, das leis.”²⁵³

E conclui o renomado autor:

“Assim, quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo Tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticaram atos, certas de que procediam sob o amparo do direito objetivo”²⁵⁴

²⁵² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e jurisprudência judicial**. In: NERY JR. Nelson. CARRAZA, Roque Antônio. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007, p. 8.

²⁵³ CARRAZA, Roque Antônio. **Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais**. In: NERY JR. Nelson. CARRAZA, Roque Antônio. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007, p. 45-46.

²⁵⁴ *Idem*, p. 55.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O atual panorama do controle de constitucionalidade brasileiro consagra, entre suas espécies, a adoção de um sistema em que a análise da compatibilidade das leis e atos normativos com o texto constitucional se dá apenas como questão prejudicial de um processo judicial subjetivo.

Nesses termos, a declaração de invalidade das normas constituirá uma resposta à pretensão argüida em juízo, pelo que tradicionalmente se diz que terá efeitos exclusivos para os integrantes da relação jurídico-processual.

Não obstante, motivada pela necessidade de se unificar as decisões judiciais, começa a se delinear com mais clareza recente tendência no âmbito legislativo e jurisprudencial de que todas as manifestações do STF em matéria constitucional acabem por tornar vinculadas as demais instâncias do Poder Judiciário.

Esse entendimento encontra respaldo nos princípios da segurança jurídica e da isonomia, vez que assegura uma imperiosa redefinição dogmática dos referidos postulados, pensando-se a *isonomia* sob o viés de necessária igualdade perante as decisões judiciais e a *segurança jurídica* sob um prisma que visa dar ao indivíduo a prerrogativa de pautar suas condutas com base nas respostas dadas pela atividade judicante às situações que lhe são postas.

De igual modo, na medida em que perfilha ao STF, guardião da Carta Magna, a possibilidade de imprimir ao ordenamento jurídico verdadeiras normas abstratas e de observância cogente, a tese se coaduna com a moderna doutrina constitucionalista, que reconhece à atividade jurisdicional um papel criador.

Com efeito, compete à Corte Suprema a primazia na realização do controle de constitucionalidade das normas do direito brasileiro. Não existe, pois, razão para que o Supremo Tribunal Federal fique reiteradamente a afirmar a correta interpretação que se deve dar à Constituição da República.

Ademais, o reconhecimento da força normativa da Constituição e do papel da jurisprudência como fonte material do direito, direta e imediatamente aplicável, obriga a valorização e o reconhecimento das decisões do STF, vez que as normas constitucionais, em última análise, expressam-se no entendimento deste.

Não se justifica, destarte, que jurisdicionados em análogas condições de fato sejam submetidos a soluções judiciais diversas, ou seja, não há como cogitar que decisões que

tenham as mesmas bases levem a conclusões variadas. Tal fato se agrava ainda mais quando consideramos a unidade do Poder Judiciário

Nesse diapasão, tem-se observado a criação de inúmeros instrumentos no âmbito do direito processual brasileiro com o fim de obstar o progresso de demandas contrárias ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que acaba por perfilhar no sentido da abstrativização do controle difuso.

Entre esses, destacam-se, com nitidez, a criação da súmula vinculante e a exigência de repercussão geral para o processamento do recurso extraordinário, mormente no que tange à sistemática para julgamento dos recursos repetitivos.

Referidos instrumentos foram inseridos no direito pátrio com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que deu ao STF competência para, cumpridos determinados requisitos, aprovar súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A aludida emenda também trouxe expressivas modificações ao instituto dos recursos extraordinários, consagrando novo requisito para a sua admissibilidade, pelo que o recorrente passou a ter a obrigação de demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso. Desse modo, o recurso em comento ganhou maiores aspectos de objetivação, o que veio caracterizar o instrumento como modelo de opção legislativa no sentido de conferir efeito vinculante ao controle concreto.

Na verdade, essas inovações resgatam e reafirmam a relevância do controle incidental na jurisdição constitucional brasileira, manifestando que o legislador caminha no sentido de promover o entendimento sustentado neste trabalho.

Importa consignar ainda que a abstrativização do controle difuso não traz em si o inconveniente de promover julgamentos injustos ou desatentos às particularidades do caso concreto. A correta sistemática de aplicação do efeito vinculante induz que o magistrado sempre proceda a um método de cotejamento para aferir se os elementos objetivos da demanda atual se aproximam dos elementos caracterizadores da questão paradigmática. Se, em face dessa análise, concluir-se pela não aplicabilidade julgado vinculante, importará necessariamente em seu afastamento (*distinguishing*).

De igual modo, o efeito vinculante não provoca o engessamento da Constituição, vez que não atinge o Poder Legislativo, nem o próprio Supremo Tribunal Federal. Assim,

pode o STF, desde que apresente motivos para tanto, superar entendimento pretérito, assim como a atividade legislativa não fica adstrita ao entendimento manifestado pela Corte Constitucional.

Ademais, mesmo juízes subordinados ao precedente podem dele se desvincular, na hipótese de apresentarem fundamentos não apreciados pela Corte Suprema ou em caso de superveniência de questões de fato ou de direito que o justifiquem (*overruling*).

REFERÊNCIAS.

ALVES, José Carlos Moreira. **A Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais Originárias - Sua Impossibilidade em Nosso Sistema Constitucional.** Revista dos Estudantes de Direito da UnB, 2ª Ed. Brasília. Disponível em: <http://www.arcos.org.br>. Acesso em: 6 out. 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda. **O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens.** Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Tereza Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: RT, 1997.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Direito Constitucional Econômico e Tributário.** Fortaleza: ABC, 2007.

ARAÚJO, Sérgio Luis de Souza. **O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia.** Revista de informação legislativa, Brasília, N. 36, 143, jul./set. 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista de Direito do Estado nº 13, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil).** In. Revista Opinião Jurídica. Ano III - nº 3, 2005.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOGONI, Flávia. **Os Tribunais de Contas e o controle de constitucionalidade: ponderações acerca da Súmula nº 347 do STF.** Fórum administrativo: direito público, Belo Horizonte, v. 8, n. 91, set. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 913/2005 – Segunda Câmara. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 574/2006 – Plenário. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 831/2003 – Plenário. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. MS 3.173/SP. Relator Ministro Carlos Madeira. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tse.jus.br>.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. RMS 337/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins; RMS 362/SP, Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.tse.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2024-DF, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22-06-2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24875-DF, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06-10-2006. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24645, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 21/11/2003, publicado em DJ 27/11/2003 PP-00061. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2024-DF, Rel: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01-12-2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 2215/PE. Relator Min. Celso de Mello. Julg: 17/04/2001. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIMC 1.480/DF, rel. Min. Celso de Mello. Julg. 04.09.1997. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, 03.12.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 221/DF. Rel. Min. Moreira Alves, julg, 29.03.1990. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 25.888 / DF. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Mandado de Segurança. MS 25.986 / DF. Embargante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Embargado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 26.410 / DF. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 27.232 / DF. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Eros Grau, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 27.337 / DF. Impetrante: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Eros Grau, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 201819. Relatora Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 815. Relator Min. Moreira Alves, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 997. Relator Min. Moreira Alves, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Adin 365/DF. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4048 MC. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157. PUBLIC 22-08-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1.268 (AgRg)-MG. Relator Min. Carlos Velloso, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1.886-AgR Relator Min. Néri da Silveira, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 209. Relator Min. Sydney Sanches, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rcl. 383/SP Relator Min. MOREIRA ALVES, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pet (AR) 2.788/RJ. Relator Min. Carlos Velloso, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1/RJ. Rel. Min. Neri da Silveira. Dec. 03.02.2000. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 2.155/PR, Rel. Sydney Sanches, DJ de 01-6-2001. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 514/PI. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 514/PI. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2076-5/AC. Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.08.2002, DJ 08.08.2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 94163. Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS 26071. Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4222 DF, Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 08/02/2011. Data de Publicação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 1. Relator Ministro Moreira Alves, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2010 MC. Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 328.812/AM. Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Data do julgamento 06.03.2008, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC 18 QO/DF. Relator Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, Data do julgamento 04.02.2009, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 375/2001. Relator Ministro Bernardino Ferreira, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 298694. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003 Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21/08/2006 Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 82959. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4.263/MT. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 197.917/SP. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.345/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.365/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.071-AgR/DF. Relator Ministro Menezes Direito. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus Curiae - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. Revista CEJ, V. 6 n. 19 out./dez. 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de direito constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição Federal anotada.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.

CARRAZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: NERY JR. Nelson. CARRAZA, Roque Antônio. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ.** São Paulo: Manole, 2007

CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional e Teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1ª reimp. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional**, *in*: Direito Público. Doutrina Brasileira. Nº 12 – Abr-Maio-Jun/2006.

_____. **A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação de poderes**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 134, 1997.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual Civil – Vol. II**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011,

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. III**. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno, t. II**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FAIDIGA, Daniel Bijos. **Abstrativização dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade e estabilidade da jurisdição constitucional a partir do Supremo Tribunal Federal**. 2007. Dissertação (Mestrado do em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, 2007.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e jurisprudência judicial**. In: NERY JR. Nelson. CARRAZA, Roque Antônio. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GOMES, Anderson Ricardo. **Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 80, 01/09/2010 [Internet]. **Disponível em** http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8306.

HÄBERLE, Peter. **Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica**, in: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Antonio-Enrique Pérez Luño (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **La giustizia costituzionale**. Trad. It.Carmelo Geraci, Milano: Gilffrè, 1981.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2005.

ROCHA, Luciana da; MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Sobre o precedente e a jurisprudência: aproximação entre sistemas jurídicos sob o enfoque das fontes do direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do COMPEDI, Fortaleza, Jun. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Conhecimento do recurso extraordinário – repercussão geral das questões constitucionais**. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 34, p. 44, jan./2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A Constituição democrática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 13, 18 maio 1997. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/84>>.

MARINONI, Luis Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. A força dos precedentes. Luis Guilherme Marinoni (coord). Salvador: juspodvm, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luis Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. **O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais**. VoxJuris - Ano 2, v. 2, n. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Segurança jurídica e mudança de jurisprudência**. In: Revista de Direito do Estado, n. 6, Rio de Janeiro: renovar, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm.

_____. **Controle de constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Introdução ao controle de constitucionalidade, difuso e concentrado.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1005, 2 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8186>>. Acesso em: 5 out. 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Manual de Direito Constitucional.** 4^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27^a Ed. São Paulo: ATLAS, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A atribuição de eficácia vinculativa às proposições já incluídas na ‘súmula da jurisprudência predominante’ do Supremo Tribunal Federal.** COAD/ADV: Seleções Jurídicas, Doutrina, Rio de Janeiro, maio, 2005.

NOGUEIRA, Ana Cristina Resende. **Controle preventivo de constitucionalidade no processo legislativo distrital.** 2005. Tese (Especialização em processo legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 4. Ed, Método – Rio de Janeiro, 2010.

NÚCLEO DE ESTUDOS CRÍTICOS DO DIREITO. *in* Jornal da Ajuris, Porto Alegre, p. 6, de 23 de janeiro de 2005.

ORTEGA, Carlos Eduardo. **O papel do STF como Corte Constitucional.** Revista Consultor Jurídico, 30 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-out-30/papel-supremo-tribunal-federal-corte-constitucional>.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERTENCE, Sepúlveda. **O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Número 9. Salvador, janeiro/fevereiro/março de 2007.

PINTO FERREIRA, Luis. **Princípios Gerais do Direito Constitucional moderno.** 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RECK, Melina Breckenfeld. **Legitimação democrática da jurisdição constitucional**. Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – n. 1 – Jan/Jul 2008.

ROCHA, Fernando Luis Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROSAS, Roberto. **Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 12. ed., rev. e atual., com referências ao Código civil de 2004. São Paulo: Malheiros, 2004.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. *Estud. avançados*. [online], São Paulo, vol.18, n.51 May/Aug. 2004, p. 79-101. ISSN 0103-4014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos**. In: Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg (coord). São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental**. In: Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg (coord). São Paulo: Atlas, 2001.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7141>>.

SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel. **Qu'est-ce que le tiers état ?** Genève, Doz, 1970.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Rafael da. **A Nova Corte Suprema do Reino Unido e o Controle da Constitucionalidade.** Disponível em: http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=34.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. **Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União.** Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Público e Controle Externo) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

SOUZA, José Guilherme. **A criação judicial do direito.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. **O tratamento da lei inconstitucional pelo poder executivo.** Disponível em http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/lei_inconstitucional_poderexecutivo.pdf. Acesso em 11 de out. 2011.

TEIXEIRA, J.H Meireles. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRANCA, Marcus Leonardo Pereira. **A utilização da súmula vinculante como meio de conferir efeito *erga omnes* às decisões de controle difuso de constitucionalidade**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 153 jan./mar. 2002.

VELOSO, Zeno. **Controle de constitucionalidade das leis**. Belém: Cejup, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como reserva de justiça**. Lua Nova, N. 42, p. 53-97. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>. Acesso em 16 de out. de 2011.

WEFFORT, Francisco C. organizador. **Os clássicos da política**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1991.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.