

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA
CONSTITUCIONAL**

EMANUEL DE MELO FERREIRA

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE E OS EXCESSOS DO STF**

**Fortaleza
2010**

EMANUEL DE MELO FERREIRA

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE E OS EXCESSOS DO STF**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional como requisito para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

**Fortaleza
2010**

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)

Professor Doutor João Luis Nogueira Matias (UFC)

Professor Doutor Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (UNIFOR)

Aos meus pais Gizeuda e Wilton, pelo amor incondicional, que me dá forças para continuar nessa jornada sem fim em busca do conhecimento e me motiva a sempre crescer como ser humano;

À minha irmãzinha Sara, cuja saudade me faz querer voltar para casa;

À minha Myrlla, pelo eterno apoio;

Ao amigo-irmão Fabrício, pela verdadeira e perpétua amizade;

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana, meu orientador;

Aos Professores Doutores: João Luis Nogueira Matias, Coordenador do Mestrado, Hugo de Brito Machado e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima pela disponibilidade em analisar artigos que acabaram compondo parte desta dissertação;

Ao Dr. Diogo Palau, Sub-Procurador Regional da União da 1ª Região, pela constante atenção na leitura e debates de temas de Direito Constitucional.

Ao Dr. Manoel Dantas, Ex-Procurador Regional da União da 1ª Região, pela ajuda inestimável no início de carreira como Advogado da União, sem a qual teria sido ainda mais difícil conseguir tempo para terminar este trabalho;

A todos os meus colegas e amigos da Procuradoria Regional da União da 1ª Região, especialmente aos revolucionários Luiz Felipe, Antônio David, Tiago Bacelar, Ciro Porto, Frederico Wagner, Hugo Cezário, e às amigas não menos revolucionárias Melina Bordone, Mirian Sasaki, Natália Machado e Denise Leão. A amizade cultivada entre nós, nascida e aprofundada enquanto vivíamos o momento mais grandioso de nossas vidas profissionais, tem nessa dedicatória minha singela lembrança, com ares de cláusula pétrea. Apesar de nossos memoráveis momentos em Brasília, essa dissertação nos privou de muitos outros, a serem devidamente compensados.

RESUMO

O controle de constitucionalidade é a atividade desempenhada para verificar a compatibilidade vertical das leis e atos normativos em face da Constituição, sendo uma decorrência da supremacia formal por esta ostentada. No Brasil, o controle concreto exercido pelo Supremo Tribunal Federal tem passado por mudanças que visam equipará-lo ao controle abstrato. Desenvolvendo essa atividade, aquela Corte acaba por cometer, pelo menos, dois excessos, relacionados à edição de súmulas vinculantes inconstitucionais e à mutação constitucional do art. 52, X. Se a súmula vinculante é editada dentro dos limites constitucionais, não há violação à separação dos poderes. No entanto, se não é observada, por exemplo, a condição acerca da reiteração de decisões sobre a mesma matéria e, mesmo assim, a súmula vinculante é editada, cabe ao Poder Legislativo atuar para preservar sua competência legislativa em face da competência normativa dos outros Poderes. As mutações constitucionais são essas mudanças informais no sentido das normas constitucionais, sem qualquer alteração no texto da Constituição. Quando essas mutações violam a letra da Lei Fundamental, tem-se uma mutação inconstitucional, como a proposta que os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defendem.

PALAVRAS-CHAVES: ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO; EXCESSOS DO STF.

ABSTRACT

The judicial review is the activity carried out to verify the vertical compatibility of the laws and normative acts in face of the Constitution, being a consequence of its formal supremacy. The Brazilian judicial review exercised by the Supreme Court is changing, and that Court has committed some excesses while developing those breakthroughs. The first refers to the unconstitutional binding precedent, and the second to the unconstitutional mutation. In this research, was said that if a binding precedent has been edited according with the constitutional rules, there is no violation to the principle of separation of powers. If those rules aren't observed, however, the binding precedent edited is unconstitutional, and the Legislative Power must act to guarantee its jurisdiction in face of the Judiciary. The constitutional mutations are these informal changing in the meaning of the constitutional norms, without any alteration in the constitutional text. When these mutations violate that text, occur an unconstitutional mutation, like that one announced by Judges Gilmar Mendes and Eros Grau, referring to the Federal Senate role in the judicial review.

KEY-WORDS: JUDICIAL REVIEW ABSTRATIVIZATION; SUPREME COURT'S EXCESSES.

ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

MI – Mandado de injunção

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

HC – *habeas corpus*

EC – Emenda Constitucional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	5
1. A jurisdição como função estatal e a constituição.....	5
2. Jurisdição constitucional e expressões afins – distinções.....	7
2.1 Jurisdição constitucional, justiça constitucional e controle de constitucionalidade.....	7
2.2 Direito processual constitucional, direito constitucional processual, direito constitucional judicial.....	11
2.3 Crítica doutrinária às expressões.....	14
3. Jurisdição constitucional e direito comparado.....	15
3.1 O Tribunal Constitucional espanhol.....	17
3.1.1 O recurso de amparo e a aproximação com a ADPF incidental.....	19
3.2 O Tribunal Constitucional português.....	21
3.3. O Tribunal Constitucional Federal alemão.....	24
3.4.O Supremo Tribunal Federal.....	27
3.4.1 Aspectos históricos.....	27
3.4.2 Composição e competência.....	29
4. O controle de constitucionalidade.....	32
4.1 Supremacia e rigidez constitucionais.....	33
4.2 A inconstitucionalidade como conceito de relação – parâmetro e objeto de controle.....	36
4.3 As diversas formas de inconstitucionalidade.....	42
4.4 Os tipos de controle.....	43
4.4.1 Controle político.....	43
4.4.2 Controle jurídico.....	46
4.4.3 Controle misto.....	46
4.4.4 Controle pela via incidental.....	47
4.4.5 Controle pela via principal.....	47
4.4.6 Controle preventivo.....	47

4.4.7 Controle repressivo.....	48
CAPÍTULO II – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	49
1. De marbury x madison à abstrativização do controle concreto no Brasil.....	49
2. A constante necessidade humana de se reportar a uma “lei superior”.....	50
3. Marbury versus Madison e o surgimento do controle difuso.....	51
3.1 A nomeação de John Marshall.....	54
3.2 Análise crítica e desdobramentos de Marbury versus Madison.....	56
4. O controle concentrado.....	58
5. A evolução histórica do controle de constitucionalidade brasileiro.....	59
6. A tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade.....	66
CAPÍTULO III - A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	69
1. Conceito.....	69
2. O processo objetivo de controle de constitucionalidade.....	69
3. A eficácia <i>erga omnes</i>	73
3.1 Os limites objetivos e subjetivos da eficácia <i>erga omnes</i>	75
4.O efeito vinculante.....	76
4.1 Os limites objetivos e subjetivos do efeito vinculante.....	78
5. A limitação dos efeitos da decisão no controle abstrato.....	84
5.1 Colisão de direitos fundamentais e ponderação.....	86
5.2 A colisão aparente e o âmbito de proteção do direito fundamental.....	89
5.3 Aspectos gerais do princípio da proporcionalidade.....	91
5.3.1 Adequação.....	93
5.3.2 Necessidade.....	93
5.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito e a lei da ponderação.....	93
5.4 Ponderação e princípio da concordância prática ou da harmonização.....	95
5.5 Procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade.....	96
5.6 A ponderação e a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	97
6. Inovações jurisprudenciais e legislativas concretizadoras da tendência.....	98
6.1. Os precedentes do STF.....	99
6.1.1 O RE nº 298.694/SP.....	99

6.1.2 O RE 197.917/SP.....	100
6.1.3 O HC nº 82.959/SP e a RCL nº 4.335/AC.....	102
6.1.4 OS MI 670, 708 e 712.....	103
6.2. As inovações legislativas.....	105
6.2.1 A repercussão geral no RE e a abstrativização.....	105

CAPÍTULO IV – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....111

1. Controle de constitucionalidade e uniformização da jurisprudência constitucional.....	111
2. A necessidade de abstrativização tendo em vista a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo.....	114
2.1 As dimensões da dogmática e os direitos fundamentais.....	114
2.2 A dimensão positivo-constitucional dos direitos fundamentais e a CF/88.....	115
2.3 Abstrativização e isonomia.....	119
2.3.1 Esboço histórico: a igualdade formal e material.....	119
2.3.2 O princípio jurídico da igualdade na Constituição de 1988 e a igualdade jurisdicional.....	123
2.4 Segurança jurídica e abstrativização.....	127
2.4.1 A segurança jurídica como valor básico do Direito.....	127
2.4.2 A segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência constitucional.....	129
2.5 Abstrativização e a razoável duração do processo.....	131
2.5.1 Aspectos históricos.....	131
2.5.2 A EC nº 45 e a positivação expressa do direito.....	133
3. A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o princípio da força normativa da constituição.....	138
3.1 Ferdinand Lassale e os fatores reais de poder.....	139
3.2 Konrad Hesse e a força normativa da Constituição.....	140
3.3 A divergência jurisprudencial em matéria constitucional e a força normativa da Constituição.....	146
3.3.1 Pronunciamento do STF no controle difuso e decisões contrárias a esse entendimento.....	147
3.3.2 Divergências entre os demais órgãos do Poder Judiciário em matéria constitucional, sem prévio pronunciamento do STF.....	148

3.3.3 A coisa julgada que abriga tese constitucional de aplicação controvertida nos tribunais.....	149
--	-----

CAPÍTULO V – A SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL.....152

1. Súmula vinculante.....	152
2. Do dogma liberal da separação de poderes à moderna concepção de cooperação entre as funções estatais.....	153
2.1 O avanço do Poder Judiciário como forma de reequilibrar as relações entre os demais Poderes.....	157
3. Aspectos gerais da Súmula Vinculante.....	163
4. Súmula vinculante e separação de poderes.....	166
5. A súmula vinculante inconstitucional e a resposta do poder legislativo.....	170
5.1 Sustação da súmula vinculante com base no art. 49, XI da CF/88.....	172

CAPÍTULO VI – A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....176

1. Aspectos gerais.....	176
2. Interpretação e autonomia hermenêutica do texto interpretado.....	177
3. Mutações constitucionais e alteração da Constituição.....	180
3.1 Da rigidez às mutações constitucionais.....	180
3.2 A tipologia das mutações constitucionais.....	183
3.3 Interpretação constitucional e mutações inconstitucionais.....	185
4. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade.....	189
4.1 Origens históricas da atuação do Senado no controle de constitucionalidade.....	190
4.2 O caráter vinculado ou discricionário da atuação do Senado.....	190
4.3 A natureza do ato senatorial que suspende, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional.....	192
4.4 A adstrição do ato em relação à decisão do STF.....	193
4.4.1 A extensão da expressão “suspensão no todo ou em parte da lei”.....	193
4.4.2 Os efeitos temporais da Resolução.....	195
4.4.3 A possibilidade de a Resolução senatorial desconstituir a coisa julgada inconstitucional.....	195
5. A mutação inconstitucional do art. 52, X.....	196

5.1 Análise crítica das mutações constitucionais e as inconveniências da mutação do art. 52, X.....	199
---	-----

CONCLUSÃO.....	205
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	209
--	------------

INTRODUÇÃO

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil tem sofrido algumas transformações ao longo dos anos, sentidas com mais veemência após a edição da EC nº 03/93 e da EC nº 45/2004. Sabe-se que a Constituição de 1988 operou uma franca ampliação do controle abstrato, com a previsão de um maior número de legitimados para a propositura da ADI ou a criação da ADPF. Com a EC nº 03/93, restou criada a ADC, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por sua vez, a EC nº 45/2004 consagrou no ordenamento pátrio os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral no recurso extraordinário, fortalecendo, ainda mais, o controle abstrato. Diga-se, ainda, que a própria jurisprudência do STF mostrou-se rica sobre o tema, adotando uma clara postura tendente a fortalecer o controle abstrato frente o concreto.

Todas essas inovações, legislativas e jurisprudenciais, fizeram surgir uma tendência caracterizada como a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, através da qual se busca equiparar ambos os modelos de controle adotados na ordem constitucional brasileira. Através desse movimento, características relacionadas ao controle abstrato, como a eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante ou a possibilidade de modulação temporal da declaração de nulidade da lei, também poderiam ser aplicadas ao controle concreto realizado pelo STF. Assim, há três caminhos para se efetivar a abstrativização. Um dos objetivos desta dissertação é analisar se todos esses caminhos estão de acordo com a Constituição.

No âmbito jurisprudencial, foco deste trabalho, tem-se na jurisprudência do STF a justificativa para a concretização dessa tendência de abstrativização, necessária, segundo a Corte, para efetivar a isonomia, segurança jurídica, a razoável duração do processo ou a força normativa da Constituição. Outro objetivo desta pesquisa é analisar se, de fato, tal tendência concretiza esses direitos.

A presente pesquisa surgiu a partir de uma preocupação em torno dessa atuação do STF, tendo em vista possíveis excessos da Corte no desenvolvimento da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Desse modo, a atuação específica do Tribunal quando da edição de súmulas vinculantes ou da proposta de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição será alvo de indagações que perquirirão se os limites impostos pela Constituição na consecução de ambas as medidas foram adimplidos.

Sendo assim, o presente estudo contém duas partes. Na primeira, será analisada em que consiste a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, partindo de considerações em torno da jurisdição constitucional, da evolução histórica do controle de

constitucionalidade e da relação entre a abstrativização e os direitos fundamentais. Na segunda, serão analisados os excessos do STF, especificamente no tocante à edição de súmulas vinculantes inconstitucionais e na utilização da interpretação como instrumento de mutação inconstitucional, com a conseqüente diminuição do papel do Senado no controle concreto exercido pela Corte Suprema.

No primeiro capítulo, será feito um estudo sobre a jurisdição constitucional e sobre o controle de constitucionalidade, primeiramente numa vertente de direito comparado para, em seguida, analisar a configuração de ambos na ordem constitucional brasileira. Os objetivos do capítulo são: 1) conceituar e diferenciar o que se entende por jurisdição constitucional, justiça constitucional, direito processual constitucional, direito constitucional processual e direito constitucional judicial; 2) comparar a competência das Cortes Constitucionais espanhola, portuguesa e alemã especificamente no controle abstrato de constitucionalidade e demonstrar como, no Brasil, todo juiz exerce jurisdição constitucional, não devendo confundir-la somente com o controle abstrato.

No segundo capítulo, será feita a exposição da evolução histórica do controle de constitucionalidade, demonstrando a constante necessidade humana em se reportar a uma lei superior, como a lei divina, passando por *Marbury versus Madison* até a abstrativização do controle de constitucionalidade no Brasil. Os objetivos do capítulo são: 1) demonstrar como o respeito que as normas inferiores devem ter em relação às normas superiores, ideia ínsita ao controle de constitucionalidade, nasceu muito antes daquele famoso precedente norte-americano; 2) analisar como se deu a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, com especial enfoque para ao avanço do controle abstrato sobre o concreto; 3) perquirir se o mecanismo de anticontrole de constitucionalidade, presente na Constituição de 1937, era um instrumento democrático, à medida em que determinava a superação de uma decisão do STF por iniciativa do Presidente da República e deliberação do Congresso Nacional.

No terceiro capítulo será estudada a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade em suas três vertentes antes apontadas. Para tanto, será necessário desenvolver investigações em torno da eficácia *erga omnes*, do efeito vinculante e da modulação temporal da declaração de nulidade da lei inconstitucional. Perquirir-se-á, como dito, se todas essas formas de abstrativização levadas a cabo pelo STF estão de acordo com a Constituição.

Também nesse capítulo serão estudados criticamente os precedentes do STF que indicam os caminhos para a abstrativização, como o julgamento em torno da Reclamação Constitucional nº 4.335, que discute a mutação constitucional do art. 52, X, além das

inovações legislativas que também apontam para a tendência. Sendo assim, os outros objetivos do capítulo são: 1) diferenciar o efeito *erga omnes*, a coisa julgada *erga omnes* e o efeito vinculante; indagar quais seus os limites objetivos e subjetivos; 2) analisar a constitucionalidade da modulação temporal da declaração de nulidade da lei inconstitucional; 3) indicar os limites objetivos do efeito vinculante da súmula vinculante e da decisão que julga o mérito de um recurso extraordinário após o reconhecimento da repercussão geral.

No quarto capítulo, será feito o estudo da abstrativização à luz dos direitos fundamentais que ela visa proteger e da força normativa da Constituição, perquirindo se decisões divergentes em matéria constitucional, de fato, enfraquecem a crença na Constituição. Os demais objetivos do capítulo são: 1) investigar se a abstrativização é necessária para a preservação da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo; 2) indagar como o controle de constitucionalidade pode contribuir para a uniformização da jurisprudência constitucional.

Esses quatro primeiros capítulos compõem a primeira parte da pesquisa.

No quinto capítulo será analisada a postura do STF na edição de súmulas vinculantes, dando especial atenção às súmulas vinculantes possivelmente editadas fora dos parâmetros fixados no art. 103-A da Constituição. Os objetivos do capítulo são: 1) estabelecer a ligação entre a súmula vinculante e a doutrina do *stare decisis*; 2) perquirir a constitucionalidade da súmula vinculante à luz, especialmente, da separação de Poderes; 3) analisar em que consistem as súmulas vinculantes inconstitucionais; 4) estudar a viabilidade de o Poder Legislativo sustar uma súmula vinculante inconstitucional através de decreto legislativo, como forma de reequilibrar a harmonia entre os Poderes e se tal postura ressuscita o antigo mecanismo de anticontrole de constitucionalidade presente, como visto, na Constituição de 1937.

Finalmente, o sexto capítulo analisará outro excesso do STF no tocante à proposta de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição, determinando que o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade seja a de publicador de acórdãos do STF. No ponto, a investigação referir-se-á à interpretação como mecanismo de mutação constitucional, perquirindo-se os limites desta. Os demais objetivos do capítulo são: 1) indagar em que consiste a mutação constitucional e se a mutação proposta observa a autonomia do texto interpretado; 2) analisar o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade; 3) caracterizar as mutações inconstitucionais e como a interpretação judicial pode originá-las; 4) estabelecer as diversas consequências inconstitucionais dessa tomada de posição do STF, se efetivamente concretizada quando do julgamento da reclamação constitucional nº 4.335.

Esses dois últimos capítulos compõem, assim, a segunda parte da pesquisa.

Feita essa apresentação, faz-se necessária uma importante advertência terminológica. A abstrativização do controle de constitucionalidade, analisada em sua vertente jurisprudencial, é uma tendência que só será de fato acabada com o reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, X da Constituição. Como a mencionada reclamação constitucional que discute tal tema encontra-se suspensa, ainda se pode falar em tendência.

Diga-se, ainda, que outra denominação plenamente aplicável a essa tendência seria a objetivação do processo subjetivo de controle de constitucionalidade exercido pelo STF, já que aquelas características do controle abstrato, antes mencionadas, também se confundem com os caracteres básicos do processo objetivo. Não se afigura preciso, por outro lado, falar em abstrativização do controle difuso, pois não há paralelismo entre as expressões “abstrato” e “difuso”, que tem suas referências opostas, respectivamente, nas expressões “concreto” e “concentrado”. Nessa mesma linha, falar em concentração do processo difuso pode levar à falsa impressão de que a abstrativização almeja extinguir o controle difuso exercido por todos os juízes, quando, na verdade, a tendência em estudo se refere ao controle difuso exercido somente pelo STF.

Finalmente, quando se fala em abstrativização do controle concreto levado a cabo pelo STF deve-se excluir o controle concreto exercido pela corte na ADI interventiva, cujas especificidades não autorizam tal equiparação de efeitos, já que a finalidade desta é manter o equilíbrio entre os entes da federação. Assim, quando se fala em controle concreto para fins de abstrativização, está-se referindo especificamente àquele efetivado incidentalmente, por exemplo, em sede de *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, recurso ordinário ou em qualquer ação originária perante o STF, como aquelas referentes aos conflitos federativos entre a União e os Estados-Membros.

Assim, com essas ponderações se justifica a utilização da expressão “abstrativização do controle concreto de constitucionalidade” no decorrer do texto.

CAPÍTULO I - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. A JURISDIÇÃO COMO FUNÇÃO ESTATAL E A CONSTITUIÇÃO

Sabe-se que a função jurisdicional do Estado caracteriza-se por ter como finalidade solucionar conflitos, substituindo as partes litigantes, mediante a provocação destas, aplicando o direito à espécie e estabilizando definitivamente as relações sociais através de uma decisão que, num certo momento, tornar-se-á imutável.¹ Essa conceituação abarca as clássicas características da jurisdição, como a substitutividade, a lide, a inércia, o escopo jurídico da aplicação do direito e a definitividade. Adiante será demonstrado que, no tocante a certos processos constitucionais, submetidos, assim, à jurisdição constitucional, tais características ganham contornos especiais, notadamente no que concerne à existência de lide.

Com o desenvolvimento das relações humanas, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a aplicação da Constituição ganha contornos mais significativos, a ponto de se qualificar como jurisdição constitucional a função estatal voltada especificamente para a aplicação das normas constitucionais. Diga-se, no entanto, que mesmo antes do citado evento histórico, a jurisdição constitucional já ocupava os estudos de doutrinadores do quilate de Kelsen, apontado como seu criador, tendo em vista, principalmente, os estudos por ele desenvolvidos para a confecção da Constituição austríaca de 1920.

Inserindo a jurisdição constitucional como a forma mais propícia para a garantia da Constituição, Kelsen, no clássico “Jurisdição constitucional”², aborda a natureza superior da Constituição; sua rigidez; as questões em torno dos conceitos de legalidade e de inconstitucionalidade; a sanção aplicável à lei inconstitucional; a conveniência de um controle dos atos legislativos por um órgão fora desse poder; as linhas gerais em torno da composição das Cortes Constitucionais; o parâmetro e o objeto do controle de constitucionalidade; o processo do controle de constitucionalidade e os significados jurídicos e políticos da

¹ Na clássica conceituação de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, tem-se que: “Da jurisdição, já delineada e em sua finalidade fundamental no cap. 2, podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139. José Alfredo de Oliveira Baracho, por outro lado, enfatiza o caráter soberano da jurisdição, pois, quando o Estado a exerce, tem-se a manifestação da soberania deste: “A jurisdição é a função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é causa final e específica da atividade do judiciário. Incumbindo de garantir à sociedade um ordenamento jurídico, ao exercer a atividade jurisdicional está o Estado manifestando a soberania que lhe é inerente. Muitos autores definem a jurisdição como função da soberania do Estado, que se consubstancia no poder de declarar o direito aplicável aos casos concretos.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 75.

² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121-187.

jurisdição constitucional. Percebe-se, portanto, como a referida obra clássica pautou (e ainda pauta) muitos dos debates sobre jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, pois seus conceitos básicos estão lá lançados.

A pauta sugerida pelo autor, no entanto, encontra-se em vias de alteração no Brasil, notadamente tendo em vista recentes decisões proferidas pelo STF. Diz-se isso porque Kelsen concebia a natureza da jurisdição constitucional e da função das Cortes Constitucionais como não propriamente jurisdicionais, mas legislativas, ainda que negativamente, uma vez que determinava a anulação de uma lei emanada pelo Poder Legislativo. O dogma do legislador negativo foi relativizado diversas vezes pelo STF,³ cabendo uma análise crítica, ainda que preliminar neste capítulo, dessa tendência.

Estudar a jurisdição constitucional demanda a superação de alguns óbices prévios. Primeiramente, as vacilações terminológicas em torno do tema dificultam o entendimento do que venha a ser a jurisdição constitucional, a justiça constitucional, o processo constitucional, direito processual constitucional, o direito constitucional processual, o direito constitucional judicial e o próprio controle de constitucionalidade. Tais expressões, diga-se desde já, não podem ser admitidas como sinônimas.

No presente capítulo, as referidas vacilações terminológicas serão enfrentadas, fixando-se os fundamentos para a utilização das respectivas expressões no decorrer do texto, como forma de se preservar a coerência e o rigor analítico da dogmática jurídica.⁴ Levando em conta que a expansão da jurisdição constitucional após a Segunda Guerra é tributária da criação de diversas Cortes Constitucionais,⁵ traçar-se-á um estudo comparativo entre os perfis constitucionais das Cortes portuguesa, espanhola e alemã, para, em seguida, compará-las com a Suprema Corte brasileira. Finalmente, o controle de constitucionalidade será estudado, partindo-se de seus conceitos básicos para prenunciar a caracterização da abstrativização do controle concreto.

³ Os precedentes respectivos serão analisados no capítulo III.

⁴ Sobre as considerações metodológicas em torno da dogmática e de suas dimensões, ver capítulo IV.

⁵ Luís Roberto Barroso lembra que foi a Alemanha o primeiro País a instalar uma Corte Constitucional (1951), seguido da Itália (1956). O autor ainda assinala que tal “tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*”. BAROSSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo nº 240 (Abril/Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E EXPRESSÕES AFINS – DISTINÇÕES

2.1 Jurisdição constitucional, justiça constitucional e controle de constitucionalidade

De um modo geral, os autores concordam que a jurisdição constitucional é a função estatal voltada para a aplicação das normas constitucionais, tendo como objeto, portanto, a matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado.⁶

A caracterização da jurisdição constitucional pode ser feita sob o aspecto formal ou material.

Sob o aspecto formal, a jurisdição constitucional é definida a partir do órgão que a exerce, ou seja, a partir das funções das Cortes Constitucionais ou das Supremas Cortes. Essa é a caracterização clássica da jurisdição constitucional, que deve, no entanto, ser adequadamente entendida, notadamente levando-se em conta as particularidades de cada ordem constitucional, em especial a brasileira.

Em suas origens históricas, partindo-se da já referida obra de Kelsen e da Constituição austríaca de 1920, a jurisdição constitucional era voltada, exclusivamente, para o controle de constitucionalidade. E mais: ao controle abstrato. Pode-se atribuir a essa origem as posteriores vacilações e confusões terminológicas daqueles que tratam como sinônimas as expressões controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional.

O aspecto material, por outro lado, caracteriza a jurisdição constitucional a partir da aplicação das normas constitucionais para a solução das questões postas, seja qual for o órgão que execute essa função. Segundo Luís Afonso Heck, tem-se o aspecto material da jurisdição constitucional “a partir do procedimento judiciário (ou arbitral), o qual conduz ao controle de constitucionalidade, objetivando garantir diretamente a observância da Constituição”.⁷ Para Ivo Dantas, por outro lado, a perspectiva material não é propriamente referível à jurisdição constitucional, pois esta é definida somente em seu aspecto orgânico, fazendo com que tal aspecto material caracterize o processo constitucional, que “seria sempre definido sob uma perspectiva material, ou seja, é o conjunto de atos regulados pela Lei, determinando como e em que condições a Jurisdição Constitucional se manifesta”.⁸

⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit. p, 97; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p, 965; SEGADO, Francisco Fernandez. *La jurisdiccion constitucional en España*. Madri: Editora Dykinson, 1984. p, 14; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 1999. p, 25; BAROSSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p, 3; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. *Direito processual constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p, 56.

⁷ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Safe, 1995. p, 24.

⁸ DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007. p, 306.

Analisando sob outro aspecto, a jurisdição constitucional pode ser entendida em sentido amplo e estrito.

Em sentido amplo, ela compreende as diversas competências típicas das Cortes Constitucionais, como as atinentes: 1) ao controle de constitucionalidade; 2) ao julgamento de conflitos de competência entre certos órgãos de cúpula, previstos constitucionalmente; 3) à atuação como “Tribunal da Federação”, ao atuar perante os litígios envolvendo os entes políticos, como nas causas entre União e Estados-Membros; 4) à persecução penal dos ocupantes de certos cargos, como se tem com a responsabilização penal de Deputados ou Senadores; 5) à tutela dos direitos fundamentais; 6) à legitimidade de partidos políticos. Nessa acepção ampla, percebe-se que, nos ordenamentos que consagram somente o controle concentrado de constitucionalidade, há uma coincidência entre o aspecto formal da jurisdição constitucional e esta acepção, já que as competências acima enumeradas, que variam de acordo com cada ordenamento constitucional, só podem ser efetivadas pela Corte Constitucional.

Em sentido estrito, por outro lado, a jurisdição constitucional confunde-se com o controle de constitucionalidade. Assim, aqui está a distinção entre ambos: o controle de constitucionalidade é uma espécie do gênero jurisdição constitucional. Nesse sentido, Cappelletti assenta, no início de seu clássico estudo comparado sobre o controle de constitucionalidade, que:

Na verdade, parece oportuno precisar, desde agora, que o tema do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou a justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada “justiça constitucional”, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes. (...) Não pretendo tratar, aqui, de outras manifestações da justiça constitucional, diversas do controle de constitucionalidade das leis: como, por exemplo, de todas aquelas manifestações que se concentram no *Bundesverfassungsgericht*, isto é, no Tribunal Constitucional Federal alemão, a saber, o controle sobre legitimidade constitucional dos partidos políticos, o julgamento das acusações do Bundestag ou do Bundesrat ou do Bundespräsident, etc. (...)

Todas essas manifestações da “justiça constitucional” podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional a função da tutela da atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional. No entanto, é indubitável a profunda diferença estrutural que intercorre entre aquelas várias manifestações pelo que bem se pode justificar uma exposição limitada, particularmente, àquela que de todas é provavelmente a mais importante, ou seja, o controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis.⁹

Traçada essa distinção, deve-se optar, no desenvolvimento desse trabalho, pela expressão controle de constitucionalidade, por ser mais específica. Nesse sentido é que se

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. 23-26.

analisará o cerne desta pesquisa: as mudanças no controle concreto de constitucionalidade a partir de sua abstrativização.

Todas as concepções em torno do conceito e conteúdo da jurisdição constitucional retratam as divergências quanto ao seu objeto. Assim, Paulo Roberto de Gouvêa Medina apresenta quatro concepções doutrinárias acerca dele:

a) a dos que só a concebem em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, exercido por Cortes Constitucionais; b) a dos que a consideram atinente ao controle de constitucionalidade, em geral, por qualquer dos seus sistemas, seja o sistema concentrado, seja o sistema difuso; c) a dos que como tal compreendem tanto o controle jurisdicional da constitucionalidade quanto o exercício da jurisdição para a tutela dos direitos fundamentais, dando a essa última a denominação específica de jurisdição constitucional das liberdades; d) a dos que entendem que ela envolve toda forma de exercício da função jurisdicional que importe aplicação de matéria essencialmente constitucional.¹⁰

A primeira concepção, extremamente restritiva, é tributária dos estudos de Kelsen, que concebia a jurisdição constitucional a partir do controle de constitucionalidade concentrado. A segunda concepção amplia o debate para o controle difuso, mas ainda não compreende a tutela dos direitos fundamentais. É somente com a terceira e quarta concepções que a jurisdição constitucional tem seu objeto mais bem delineado.¹¹ Assim, com o surgimento de diversas normas constitucionais voltadas não só para a declaração de direitos, mas também para a proteção e concretização dos mesmos, com a criação de diversas ações tipicamente constitucionais, tem-se uma nova caracterização da jurisdição constitucional como função apta para a defesa dos direitos fundamentais.¹² Finalmente, a quarta concepção é a mais ampla de todas, já que condiz com a aplicação de qualquer norma constitucional.¹³

É interessante observar, ainda, que Cappelletti, na citação transcrita anteriormente, utiliza indistintamente as expressões “justiça constitucional” e “jurisdição constitucional”. De fato, ao se admitir que a jurisdição constitucional deve ser entendida sob o aspecto material, ou seja, não restrita à atuação da Corte Constitucional, cabendo a cada juiz aplicar as normas constitucionais, parece não haver mesmo distinção entre as expressões. Nesse sentido, o adequado entendimento do tema leva à conclusão de que, no Brasil, a caracterização da jurisdição constitucional sob o aspecto meramente formal é inadequada, pois todo juiz pode

¹⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. Ob cit. p, 57.

¹¹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. Ob cit. p, 60.

¹² José Alfredo de Oliveira Baracho perfilha esse entendimento, pois “reduzir a jurisdição constitucional apenas ao controle de constitucionalidade é limitar o seu campo de abrangência, que é bem maior”. Ob. cit. p, 112.

¹³ Reconhecendo o acerto dessas duas últimas concepções em não restringir a jurisdição constitucional ao controle de constitucionalidade, e como a presente pesquisa é, especificamente, sobre a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, tem-se mais um motivo para não confundir os conceitos, adotando, precisamente, a terminologia “controle de constitucionalidade” no decorrer do texto.

aplicar a Constituição, notadamente levando-se em conta o controle difuso de constitucionalidade. É essa a conclusão de Marcelo Cattoni, ao afirmar que, no Brasil, “toda jurisdição é jurisdição constitucional”.¹⁴

Por outro lado, é possível pensar em justiça constitucional como a meta a ser alcançada a partir do desempenho da jurisdição constitucional. A partir do momento em que a própria Constituição consagra o valor justiça em diversos de seus dispositivos, partindo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a jurisdição constitucional só se legitima se almejar alcançar a justiça constitucional.

É possível encarar, ainda, a justiça constitucional sob um aspecto orgânico. Assim, de maneira ampla, compreenderia todos os juízes brasileiros, já que todos podem aplicar diretamente a constituição. Esse aspecto orgânico do termo é o mesmo encontrado quando se utiliza as expressões “Justiça do Trabalho”, “Justiça Eleitoral”, “Justiça Comum Estadual” ou “Justiça Comum Federal”. Assim, em que pese todos esses magistrados serem dotados de jurisdição constitucional, como defendido por Cattoni, eles exercem suas funções no interior da justiça constitucional. Sob um aspecto estrito, a justiça constitucional também referir-se-ia somente às Cortes Constitucionais.¹⁵

Em síntese, pode-se concluir: a jurisdição constitucional pode ser compreendida em um aspecto formal e material; amplo e estrito. No aspecto formal, a importância maior é atribuída ao sujeito que exerce a jurisdição, enquanto no aspecto material basta o exercício em si da função de aplicar diretamente a Constituição. No aspecto amplo, a jurisdição constitucional abarca todas as competências constitucionalmente previstas para a atuação da Corte Constitucional, desde que diga respeito à aplicação da Constituição. No aspecto estrito, diz respeito somente ao controle de constitucionalidade. Por outro lado, é possível diferenciar a justiça constitucional das demais expressões, entendendo esta como a finalidade a ser buscada pela jurisdição constitucional. Além disso, ela possui uma conotação orgânica, que

¹⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p, 213. Nesse mesmo sentido também se manifesta Teori Zavascki: “Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. A atuação desse Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p, 14.

¹⁵ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002. p, 17-18.

também pode ser ampla e estrita. De maneira ampla, a justiça constitucional abriga todos os magistrados. De maneira estrita, refere-se somente à Corte Constitucional.

2.2 Direito processual constitucional, direito constitucional processual, direito constitucional judicial

Os autores diferenciam, ainda, o direito processual constitucional, o direito constitucional processual e o direito constitucional judicial.

Para Canotilho, o direito processual constitucional não se confunde com o direito constitucional processual. Através do primeiro, ter-se-ia o conjunto de regras e princípios constitucionalmente previstos voltados para a instrumentalização de qualquer processo no qual se discutisse questão constitucional, tomando a expressão em maneira ampla, incluindo, assim, o controle de constitucionalidade da lei e atos normativos, o processo de verificação e declaração da incapacidade de qualquer candidato a Presidente da República ou o processo de verificação da perda do cargo de Presidente da República, dentre outros. Essas atribuições decorrem diretamente da Constituição portuguesa de 1976, adiante explorada quando do estudo da jurisdição constitucional em Portugal. Em sentido estrito, o direito processual constitucional teria como objeto o processo constitucional, entendido como o processo objetivo voltado para a análise vertical da lei e atos normativos em face da Constituição.¹⁶

Por outro lado, o direito constitucional processual caracteriza-se por ser o conjunto de regras e princípios processuais constitucionalmente previstos, aplicáveis aos mais diversos ramos do processo, seja ele civil, penal ou administrativo.¹⁷ Assim, é forçoso reconhecer um verdadeiro paradigma processual¹⁸ de constitucionalidade da Constituição, cabendo ao intérprete, ao analisar determinada disposição infraconstitucional, buscar, inicialmente, a compatibilidade desta com o referido paradigma.

O Direito Constitucional Judicial, por outro lado, compreenderia “o conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional, as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais” (destaque no original).¹⁹

Para Ivo Dantas, que lança sua proposta de sistematização dessas expressões aqui estudadas após a apresentação de um longo debate doutrinário entre diversos autores, o Direito Processual Constitucional compreenderia: 1) a Jurisdição, a Justiça ou Tribunal Constitucional; 2) A estrutura e a composição dos Tribunais Constitucionais; 3) Garantia da suprallegalidade constitucional e as formas de torná-la efetiva: o controle de

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p, 965.

¹⁷ Idem. p, 966.

¹⁸ Idem. p, 967.

¹⁹ Idem. p, 967.

constitucionalidade; 4) os remédios constitucionais (a jurisdição constitucional das liberdades). Por outro lado, o Direito Constitucional Processual seria concebido como o ramo que abriga as garantias referentes ao devido processo legal. Finalmente, ter-se-ia o Direito Constitucional Judicial, que abrigaria: 1) a estrutura do Poder Judiciário e do Ministério Público; 2) as garantias e impedimentos; 3) a advocacia como função essencial à Justiça.²⁰

O Direito Constitucional Processual traçaria, assim, o perfil constitucional do processo, informando seus princípios básicos. Por outro lado, o Direito Processual Constitucional também manteria uma íntima relação com o processo, notadamente no que tange à jurisdição constitucional das liberdades e a consagração de diversas ações constitucionais. O tema, como se vê, coloca em evidência as relações entre Constituição e processo.

Em verdade, quando se pensa em efetividade do processo, por exemplo, está-se querendo dar concretude a diversas normas constitucionais que garantem a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88), pois não se pode conceber o direito fundamental do acesso à justiça como algo meramente formal, que se perfaça com o simples ajuizamento da ação. O exercício do direito fundamental de ação, logicamente, demanda uma resposta estatal sobre o litígio, sabendo-se que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV) e que tal atividade deve ocorrer numa duração razoável (art. 5º, LXXVIII), respeitando o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º LV).

Essa simples digressão principiológica revela, num primeiro momento, a relação entre a Constituição e o processo, já que a ambiência desses princípios, como é cediço, é o texto constitucional. Isso sem falar nos diversos outros princípios aplicáveis mais precisamente ao processo penal (art. 5º, XXXVII, XXXVIII, XLV, XLVI, XLVII, etc.) ou nos princípios de positivação implícita, como o princípio da proporcionalidade, decorrentes de outros princípios.²¹ Esse é o campo do Direito Constitucional Processual.

Some-se a tais disposições o fato de a Constituição ter previsto diversas ações especificamente constitucionais, como o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), *habeas data* (art. 5º, LXXII), mandado de injunção (art. 5º, LXXI), mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX, respectivamente) e as ações de controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) ação declaratória de

²⁰ DANTAS, Ivo. Ob. cit. p. 338.

²¹ Sobre o princípio da proporcionalidade, sua fundamentação e princípios parciais, ver capítulo III.

constitucionalidade (art. 102, I, “a”), argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III), todas de competência originária do STF. A Lei Maior ainda fixa a competência de diversas cortes do País (arts. 102, 105, etc), bem como determina a prerrogativa de foro de certas autoridades (arts. 102, I, “b” e “c”; 105, I “a” e “b”, etc.). Recentemente, com o advento da EC nº 45/2004, até mesmo a previsão de súmula vinculante da jurisprudência do STF (art. 103-A) e a criação da repercussão geral como (art. 102, § 3º), foram objeto de inserção no texto constitucional, fazendo com que o processualista lance seus olhos primeiramente no texto constitucional, a fim de apreender com profundidade seu material de estudo.²² Esse seria o campo do Direito Processual Constitucional, seja em sua acepção ampla (todas as competências constitucionais da Corte Constitucional) ou estrita (controle de constitucionalidade).

Constituição e processo se aproximam ainda mais quando se tem em mente que certas normas constitucionais possuem inegável caráter processual, devendo-se trazer à baila a clássica distinção entre normas jurídicas materiais e normas jurídicas instrumentais ou processuais. Às primeiras cabem ordenar a conduta humana em interferência intersubjetiva, determinando quais interesses devem ceder em face de outros e em quais medidas. Às segundas cabem disciplinar a atuação das primeiras, contribuindo somente de forma indireta para a resolução dos conflitos.²³ Ora, é possível conceber a Constituição sob um aspecto formal, cujas normas teriam a função de elaborar e identificar outras normas da ordem jurídica nela baseada, não apontando como devida determinada conduta.²⁴ É exatamente isso que ocorre com as normas constitucionais fixadoras de competência, organizatórias dos órgãos máximos do Estado, cuja ambiência constitucional não desautoriza o entendimento acerca de seu caráter processual, pois tal natureza é determinada por seu objeto e não por sua topografia.²⁵

²²Willis Santiago Guerra Filho, analisando as relações entre Constituição e processo, assinala que “o final dos anos sessenta e o princípio da década de setenta marca o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a Constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de ‘direito constitucional aplicado’, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã”. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007. p, 15-16.

²³CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p, 90.

²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007. p, 18.

²⁵CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p, 91.

Pode-se apontar, ainda, uma última relação entre a Constituição e processo. É através deste que se tem uma das formas de concretização daquela.²⁶ Em verdade, ao se estabelecer abstratamente um conjunto de valores no texto constitucional, a efetivação destes demanda a intermediação de procedimentos, que, por sua vez, serão igualmente informados por esses valores. Isso se torna mais claro quando se tem em mente, por exemplo, o princípio da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º LXXVIII da constituição. A fim de concretizar essa norma constitucional, o legislador, informado por esse princípio na sua dimensão objetiva,²⁷ cria institutos que visam tornar o processo mais célere, como o julgamento antecipadíssimo da lide (art. 285-A do CPC). Através desse procedimento, fundamentado na razoável duração do processo, procura-se concretizá-la, mantendo, portanto, uma circularidade entre a norma fundamental e o procedimento por ela fundamentado.

2.3 Crítica doutrinária às expressões

A par dessas considerações terminológicas em torno do Direito Processual Constitucional e do Direito Constitucional Processual, deve-se assentar, nesse momento, a crítica doutrinária feita a essas concepções.

Inicialmente, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ponderam que o direito processual constitucional não se trata de um novo ramo autônomo da ciência processual, mas sim um método de trabalho, uma forma de analisar o processo em relação à Constituição.²⁸ Divergindo de tal orientação, Willis Santiago Guerra Filho aponta que a tendência é o Direito Processual Constitucional desmembrar-se do Direito Constitucional e formar um ramo autônomo, já que não há um ramo do Direito Processual que possa acolhê-lo completamente. Diz-se isso porque o Direito Processual Constitucional apresenta assuntos de interesse geral, ou seja, que informa o processo civil, penal e trabalhista. Ainda segundo o autor, essa característica poderia fundamentar, até mesmo, a absorção da Teoria Geral do Direito pelo novo ramo do Direito Processual Constitucional.²⁹

Por outro lado, deve-se advertir que o autor não vê qualquer interesse prático na dicotomia entre Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual. Para

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007. p. 17.

²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006.

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p. 81.

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora RCS, 2005. p. 6-7 e nota de rodapé nº 05. Também nesse sentido: MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. Ob cit. p. 05.

ele, a expressão a ser utilizada é a primeira, pois a segunda só se poderia falar em sentido metafórico.³⁰

Finalmente, José de Albuquerque Rocha também critica a dualidade das expressões, mas parte de um pressuposto diferente, que diz respeito à supremacia da Constituição, para assentar o acerto da expressão Direito Constitucional Processual, ao invés de Direito Processual Constitucional. Assim, o autor aponta que a segunda expressão enfatiza o caráter processual das normas, em que pese a sua natureza constitucional e em detrimento desta, subvertendo a supremacia e o status superior da Constituição. Por outro lado, a primeira expressão enfatiza o caráter constitucional das normas, induzindo à interpretação correta, qual seja, das normas infraconstitucionais de acordo com as normas constitucionais.³¹ Para o autor, portanto, mais correta seria a expressão Direito Constitucional Processual, por respeitar a hierarquia superior das normas constitucionais.

Sem dúvida alguma, as normas constitucionais devem informar as normas infraconstitucionais, de modo que a advertência feita por José de Albuquerque Rocha é procedente nesse sentido. No entanto, é possível manter a denominação Direito Processual Constitucional ao se ter em mente, além da advertência feita, o fato de que essa expressão designa as normas que regulam o processo constitucional, ou seja, o instrumento utilizado pela jurisdição constitucional para alcançar a justiça constitucional, como o processo de controle de constitucionalidade ou o processo das ações constitucionais destinado à tutela dos direitos fundamentais.³²

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITO COMPARADO

Analisar-se-á, em seguida, o perfil constitucional das Cortes Constitucionais espanhola, portuguesa e alemã, centrando especial atenção aos mecanismos de controle de constitucionalidade previstos nos respectivos textos constitucionais.

O estudo comparativo tem por objetivo mostrar as diferenças entre aquelas Cortes e o STF, seja no tocante à forma de composição, à existência de mandato para os juízes constitucionais, a previsão de competências mais estritas ou o fato de tais cortes, de um modo geral, não estarem inseridas no Poder Judiciário.

De um modo geral, os Tribunais Constitucionais europeus apresentam as seguintes características: 1) número reduzido de membros; 2) mandato para o exercício do cargo; 3)

³⁰ Idem. p. 7-8, nota de rodapé nº 06.

³¹ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58.

³² Idem. p. 59.

natureza de “super-órgão”, não estando na estrutura do Poder Judiciário; 4) competências estritas para o controle de constitucionalidade, proteção dos direitos fundamentais, julgamento de conflitos federativos e das questões penais atinentes aos ocupantes dos cargos de mais alto escalão; 5) elenco de incompatibilidades as quais estão submetidos seus membros.

Kelsen, comentando a forma de composição preferível para os Tribunais Constitucionais, destacava a importância de se estabelecer um número reduzido de membros, a fim de não converter a Corte numa assembleia, pois era sobre questões de direito que o Tribunal era instigado a se manifestar.³³

Sobre o modelo de indicação e da parceria entre o Poder Executivo e o Legislativo para levar a cabo a nomeação dos juízes, bem como da necessidade de se preencher o Tribunal com especialistas e afastar ou minimizar as indesejáveis influências políticas, Kelsen assenta que:

Entre os modos de recrutamento particularmente típicos, não poderíamos preconizar sem reservas nem a simples eleição pelo Parlamento, nem a nomeação exclusiva pelo chefe de Estado ou pelo governo. Talvez fosse possível combinar ambas, por exemplo, com o Parlamento elegendo juízes apresentados pelo governo, que deveria designar vários candidatos para cada das vagas a serem preenchidas, ou vice-versa. É da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira. Por exemplo, poder-se-ia conseguir isso atribuindo às Faculdades de Direito do país, um direito de apresentação para pelo menos uma parte das vagas, ou também atribuindo ao próprio tribunal o direito de fazer uma apresentação para cada vaga que suja ou de preenchê-las por eleição, isto é, por cooptação. De fato, o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas eminentes. Também é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento ou do governo, já que são precisamente os atos de ambos que ela deve controlar. É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional. Não se pode negar que os especialistas também podem – consciente ou inconscientemente – deixar-se determinar por condições de ordem política. Se esse perigo for particularmente grande, é quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e por conseguinte incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo fazendo que uma parte das vagas seja preenchida por eleições realizadas pelo Parlamento, levando-se em conta a força relativa dos partidos. Se as outras vagas forem atribuídas a especialistas, estes poderão levar muito mais em conta as condições puramente técnicas, porque então sua consciência política se veria aliviada pela colaboração dos membros a que caberia a defesa dos interesses propriamente políticos.³⁴

A possibilidade de o Parlamento indicar alguns dos membros do Tribunal Constitucional é amplamente reconhecida, como será visto adiante. Por outro lado, a não ocultação das preferências políticas por parte dos juízes, como preconizado pelo autor, não pode se converter, em hipótese alguma, em exercício de atividade político-partidária,

³³ KELSEN, Hans. Ob. cit. p. 153-154.

³⁴ Idem. p. 154-155.

expressamente vedada nos mais diversos textos constitucionais, como também será demonstrado adiante.

3.1 O Tribunal Constitucional espanhol

A Constituição espanhola de 1978, em seu Título IX, art.s 159 a 165,³⁵ apresenta as linhas básicas do Tribunal Constitucional. O primeiro ponto a destacar, de resto mais ou

³⁵ “Artículo 159.

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

Artículo 160.

El Presidente del Tribunal Constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años.

Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por La jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

Artículo 162.

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor Del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados.

Artículo 163.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Artículo 164.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

menos comum em diversos países europeus, é o fato de o Tribunal Constitucional não estar contido na estrutura do Poder Judiciário. Nesse sentido, o art. 1º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol estabelece que: “1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”.³⁶

A natureza jurisdicional do órgão, mesmo não estando contido no Poder Judiciário, é afirmada por Francisco Fernandez Segado, para quem o procedimento, o estatuto de seus membros e o valor das decisões da Corte mostram-se na órbita da jurisdição.³⁷ Levando em conta que a decisão do Tribunal Constitucional faz coisa julgada, ou seja, torna-se imutável e indiscutível, bem como o fato de a declaração de inconstitucionalidade ter eficácia contra todos, nos termos do art. 164 da Constituição espanhola, tem-se a consagração daquela característica essencial da jurisdição, ou seja, a definitividade, que a distingue das demais funções estatais.

O Tribunal Constitucional é composto por doze membros, nomeados pelo Rei para cumprir um mandato de nove anos, sendo que tal ato se insere na competência vinculada,³⁸ após a proposta do nome por diversos órgãos de cúpula, conforme o art. 159.1. Também de uma maneira geral, os juízes das Cortes Constitucionais são submetidos a uma série de vedações e incompatibilidades, como forma de buscar sua independência e imparcialidade. Nesse sentido, especialmente em relação aos membros do Tribunal Constitucional espanhol, tem-se a vedação para o exercício de política partidária, a ocupação de cargos políticos ou o desenvolvimento de atividades mercantis, dentre outras hipóteses previstas no art. 159.4.

Comentando a competência do Tribunal em cotejo com a competência do Tribunal Constitucional alemão, que tanto influenciou a criação daquele órgão máximo da constitucionalidade espanhol, Francisco Fernandez Segado afirma que:

Así, mientras nuestro Tribunal Constitucional carece de la facultad de controlar La constitucionalidad de los partidos políticos, competencia de la que – previa

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por La inconstitucionalidad.

Artículo 165.

Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.” Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/en/Pages/Home.aspx>. Acessado em: 24/11/2009.

³⁶ Essa orientação leva a um debate sobre a natureza política ou jurisdicional do órgão, que pode, certamente, ser estendido para as outras Cortes Constitucionais com a mesma característica de “super-órgão”. As considerações sobre a natureza política do órgão de controle, bem como sobre o controle político de constitucionalidade serão apresentadas no capítulo seguinte, no momento do estudo do Conselho Constitucional francês.

³⁷ SEGADO, Francisco Fernandez. Ob. cit. p. 51.

³⁸ SEGADO, Francisco Fernandez. Ob. cit. p. 57.

iniciativa da cualquiera de las Cámaras del Parlamento, del Gobierno Federal, o del Gobierno de cualquier Länd en lo que se refiere a los partidos cuya organización no exceda de su ámbito territorial – conoce el Tribunal Constitucional Federal alemán algo sumamente importante, que es ser también Tribunal Constitucional de los sistemas jurídicos autonômicos, cosa que no lo es el Tribunal alemán, pues en el sistema germano federal existe em cada Länd un Tribunal Constitucional, que decide sobre La compatibilidad de las Leyes de los Länder con las Constituciones respectivas de éstos.³⁹

A competência do Tribunal Constitucional Federal alemão será adiante analisada, devendo-se destacar, desde já, que a ausência de controle sobre as leis dos Lander em face das respectivas constituições destes não afasta, de forma alguma, a atuação do Tribunal alemão como Tribunal da Federação, já que a competência para dirimir os conflitos federativos lhe é assegurada.

3.1.1 O recurso de amparo e a aproximação com a ADPF incidental

É no tocante ao controle de constitucionalidade e à proteção dos direitos fundamentais, no entanto, que a atuação do Tribunal Constitucional mais chama atenção. Nesse sentido, o art. 161 estabelece a competência do Tribunal, prevendo o controle abstrato de constitucionalidade, através do *recurso de inconstitucionalidad*, as autoridades legitimadas para a deflagração do mesmo, e o controle concreto de constitucionalidade, através do recurso de amparo, cuja legitimação é atribuída a toda pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, dentre outras autoridades.

A legitimação extremamente ampliada para o ajuizamento do recurso de amparo, mesmo que submetido à interpretação do que venha a ser um “interesse legítimo”, mostra uma salutar abertura do processo de controle de constitucionalidade, em tudo condizente aos anseios democráticos. No Brasil não há, infelizmente, uma norma semelhante, não cabendo o argumento de que os legitimados para a propositura da ADI, previstos no art. 103 da CF/88, bastariam para defender o interesse da coletividade em ser regida por leis constitucionais. Ora, tal argumento cai por terra quando se analisam os legitimados para a propositura do *recurso de inconstitucionalidad* na Constituição espanhola, bem semelhantes aos legitimados previstos na CF/88, o que não impediu a outorga de uma verdadeira legitimação popular para a defesa dos direitos fundamentais através do recurso de amparo.

É bem verdade que a ADPF incidental, em sua feição originariamente prevista no art. 2º, inciso II da Lei 9.882/99, previa que qualquer indivíduo que estivesse sofrendo ou

³⁹ SEGADO, Francisco Fernandez. Ob. cit. p. 48-49.

estivesse na iminência de sofrer ataque a preceito fundamental, proveniente de ato do Poder Público, poderia, se comprovasse a controvérsia judicial sobre a questão, ajuizar diretamente a ADPF perante o STF. Ocorre que tal previsão fora vetada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

As razões do veto se baseiam em argumentos pretensamente pragmáticos, ao mostrar a preocupação com a multiplicação de ações desse tipo e o funcionamento regular do STF. Ora, tal argumentação parece esquecer os flagrantes óbices para a propositura da ADPF, notadamente na modalidade incidental. É que, além da comprovação da referida controvérsia judicial sobre a questão, ou seja, a demonstração de que tal violação se mostra relevante, atingindo diversas pessoas já litigando pelo Poder Judiciário, a parte tem ainda que preencher o requisito da subsidiariedade, a saber, a ADPF, mesmo a incidental, só é cabível se não houver qualquer outro meio, tão eficaz quanto, para o alcance da finalidade pretendida, que é sanar a violação ao preceito fundamental.⁴⁰

Reconheça-se, no entanto, que está em vias de aprovação um Projeto de Lei na Câmara dos Deputados que corrige o equívoco do veto,⁴¹ atribuindo a legitimação popular para o ajuizamento da ADPF incidental. O projeto de lei se insere no pacto de intenções chamado “Segundo Pacto Republicano”, firmado pelos Presidentes dos três Poderes.⁴² É um avanço no controle de constitucionalidade brasileiro, sem dúvida.

3.2 O Tribunal Constitucional português

⁴⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Arquição de descumprimento de preceito fundamental*. In.: *Ações constitucionais*. Org.: DIDIER JR., Fredie. 3ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 510.

⁴¹ Trata-se do Projeto de Lei nº 6543/2006, cuja ementa assim dispõe: “Altera a Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999, para legitimar, para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental, as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público, e dá outras providências”. De acordo com o projeto, o art. 2º da Lei 9.882/99 passaria a ter um terceiro inciso e um terceiro parágrafo, com as seguintes redações: “art. 2º, inciso III - qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público” e §3º - “a propositura da arguição pelas pessoas referidas no inciso III deste artigo deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do art. 102 da Constituição. (NR)”. Igualmente, o art. 3º da referida Lei passaria a vigorar com o seguinte inciso VI: “no caso da propositura da arguição pelas pessoas referidas as no inciso III do art. 2º, a comprovação dos requisitos a que se refere o § 3º do mesmo artigo.” Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acessado em: 28/11/2009.

⁴² Assim está previsto no ponto 1.4 do Pacto, no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais: “1.4 - Legitimação da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público”. Disponível em: http://www.adperj.com.br/downloads/II_PactoRepublicano.pdf. Acessado em: 29/11/2009.

A Constituição portuguesa de 1976, em seu Título VI, art. 221º ao 224º,⁴³ fixa as linhas mestras do Tribunal Constitucional português.

Novamente, tem-se o modelo de indicação política, com a designação de dez dos treze juízes pela Assembleia da República, sendo os outros três cooptados pelos integrantes do Tribunal, todos submetidos a um mandato de nove anos, de acordo com o art. 222º. Tem-se, assim, uma legitimação somente indireta para estes, já que não são escolhidos diretamente por aquela casa parlamentar.⁴⁴ O Tribunal Constitucional português, portanto, segue o modelo de cooptação também preconizado por Kelsen, como visto anteriormente.

⁴³ “Artigo 221º (Definição)

O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional

Artigo 222º (Composição e estatuto dos juízes)

1. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes.
2. Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.
3. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável.
4. O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes.
5. Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais.
6. A lei estabelece as imunidades e as demais regras relativas ao estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional.

Artigo 223º (Competência)

1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes.
2. Compete também ao Tribunal Constitucional:
 - a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções;
 - b) Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 129.º e no n.º 3 do artigo 130.º;
 - c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral, nos termos da lei;
 - d) Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124.º;
 - e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respectiva extinção, nos termos da Constituição e da lei;
 - f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral;
 - g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
 - h) Julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis.
3. Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.

Artigo 224º (Organização e funcionamento)

1. A lei estabelece as regras relativas à sede, à organização e ao funcionamento do Tribunal Constitucional.
2. A lei pode determinar o funcionamento do Tribunal Constitucional por secções, salvo para efeito da fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade.
3. A lei regula o recurso para o pleno do Tribunal Constitucional das decisões contraditórias das secções no domínio de aplicação da mesma norma.” Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 24/11/2009.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p, 683.

Analisando a competência do Tribunal, é curioso notar a existência de atribuições meramente certificatórias, referentes à verificação: 1) de morte de qualquer candidato à Presidente da República ou 2) da perda do cargo do Presidente da República ou da morte deste, de acordo com o art. 223º, 2, “a,” “b” e “d”. A existência de competências desse tipo, de resto desconhecidas no Tribunal Constitucional espanhol, como visto, ou no próprio Tribunal Constitucional Federal alemão ou no STF, como adiante analisado, leva Canotilho a diferenciar decisões materialmente jurisdicionais das decisões formalmente jurisdicionais. Assim, nas primeiras se incluíam as decisões proferidas no controle de constitucionalidade, enquanto as segundas abrangiam aquelas atribuições certificatórias.⁴⁵

No tocante ao controle de constitucionalidade, é interessante observar que a Constituição portuguesa de 1976 prevê uma parte específica sobre o assunto, qual seja, a Parte IV, Título I, que trata da fiscalização da constitucionalidade entre os arts. 277º e 283º. De um modo geral, a regulamentação lá oferecida coincide, em sua essência, com as disposições pertinentes da CF/88, com a diferença marcante de que, no caso português, a própria Constituição prevê com detalhes os efeitos das decisões do Tribunal, nos arts. 279º e 282º.

Essa coincidência se justifica pelo fato de o modelo de controle de constitucionalidade português ser o jurisdicional misto, ou seja, admite-se o controle difuso e o controle concentrado, como no ordenamento brasileiro. Outra aproximação possível entre os dois modelos de controle é a previsão do controle das omissões inconstitucionais, muito embora, no modelo português, a Constituição não diferencie a omissão imputável ao Poder Legislativo da omissão relativa aos demais órgãos administrativos, de acordo com o art. 283º, diferentemente do que se tem no art. 103, § 2º da CF/88.⁴⁶ Assim, não há a previsão de um prazo para o suprimento da omissão por parte dos órgãos administrativos responsáveis pela omissão. O modelo português, no entanto, aparta-se do brasileiro no que concerne ao controle preventivo de constitucionalidade, admitido em certas hipóteses, como no caso da constitucionalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, de acordo com o art. 222º, 2,

⁴⁵ Idem. p, 680.

⁴⁶ “Artigo 283º (Inconstitucionalidade por omissão)

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

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 24/11/2009.

“f”, bem como nas hipóteses elencadas no art. 278º.⁴⁷ No controle preventivo, a decisão do Tribunal determina o veto da lei ou a reabertura do processo legislativo.⁴⁸

Uma peculiaridade do sistema português é a existência de leis de valor reforçado, que se colocam acima das demais leis, mas abaixo da Constituição. As leis de valor reforçado são: 1) as leis orgânicas; 2) as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços; 3) bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas, nos termos do art. 112º, 3 da Constituição portuguesa. A existência dessa tipologia legal apresenta reflexos perante a competência do Tribunal Constitucional, pois, o art. 280º, ao tratar do controle concreto de constitucionalidade e da legalidade, atribui, por exemplo, competência específica para o Tribunal, em grau de recuso, julgar o acerto de decisões que fundamentam a recusa da aplicação de lei com base na ilegalidade desta em face de uma lei de valor reforçado.⁴⁹ Desse modo, o Tribunal Constitucional português, além de guardião da constitucionalidade, é guardião da legalidade, a partir do parâmetro das leis reforçadas.⁵⁰

⁴⁷ “Artigo 278º (Fiscalização preventiva da constitucionalidade)

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 24/11/2009.

⁴⁸ “Artigo 279º (Efeitos da decisão)

1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

2. No caso previsto no n.º 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 24/11/2009.

⁴⁹ “Artigo 280º (Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade)

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;

b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma;

c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c).” Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>. Acessado em: 24/11/2009.

⁵⁰ “Nesse sentido, Canotilho aponta que: “Nessa perspectiva, o TC passou a ser não apenas o defensor da constituição perante actos do legislador, mas também o guardião de certas leis no confronto: 1) do Parlamento com o Governo (leis de bases/decretos-leis de desenvolvimento, leis de autorização/decretos-leis autorizados); 2) do parlamento e governo com as regiões autónomas (leis gerais da República, decretos legislativos); 3) das

3.3. O Tribunal Constitucional Federal alemão

A Lei Fundamental alemã de 1949 prevê, no Título IX a configuração do Poder Judiciário. Dentre essas disposições, destaca-se a normatização básica do Tribunal Constitucional Federal, previsto, no art. 92, como órgão que exerce tipicamente função jurisdicional.⁵¹

A Lei Fundamental alemã delegou à lei a efetiva instituição da Corte, ocorrida dois anos depois com a edição da Lei de 12 de março de 1951.⁵² A Lei Fundamental determina, no art. 94,⁵³ que o Tribunal Constitucional será formado por magistrados federais e outros membros eleitos pelo Conselho Federal e pelo Parlamento Federal. Percebe-se, assim, que há uma previsão expressamente constitucional para juízes de carreira integrarem a Corte, previsão essa inexistente no ordenamento brasileiro. A mesma disposição constitucional delega à referida lei a organização e procedimento do tribunal. A Corte é composta por dezesseis juízes, divididos igualmente por dois Senados, cada qual gozando do mesmo status de Corte Constitucional. O Tribunal conta ainda com uma Câmara em cada Senado, composta por três juízes, para a análise prévia do cabimento do recurso constitucional,⁵⁴ uma das ações julgadas originariamente pela Corte, como adiante referido, quando da análise da sua competência.

regiões autônomas em relação ao parlamento e governo (leis estatutárias); 4) da autovinculação do parlamento (lei de enquadramento do orçamento/lei anual). Ob. cit. p. 928-929”.

⁵¹“Artículo 92 [Organización judicial]

El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01_Deutschland/Constituicao/grundgesetz_espanol_down_property=Daten.pdf. Acessado em: 25/11/2009.

⁵²“Artículo 115 g [Posición de la Corte Constitucional Federal]

No podrá ser menoscabada la posición constitucional y el cumplimiento de las tareas constitucionales de la Corte Constitucional Federal ni de sus jueces. La ley sobre la Corte Constitucional Federal no podrá ser modificada por una ley de la Comisión Conjunta, salvo que también a juicio de la Corte Constitucional Federal la modificación sea imprescindible para que pueda seguir cumpliendo sus funciones. Hasta que se dicte una tal ley, la Corte Constitucional Federal podrá tomar las medidas necesarias para poder seguir funcionando. Las resoluciones de la Corte Constitucional Federal a que se refieren la segunda y la tercera frase serán tomadas por la mayoría de los magistrados presentes”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01_Deutschland/Constituicao/grundgesetz_espanol_down_property=Daten.pdf. Acessado em: 25/11/2009.

⁵³ “Artículo 94 [Composición de la Corte Constitucional Federal]

(1) La Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. Los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat. No podrán pertenecer ni al Bundestag ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un Land.

(2) Una ley federal regulará su organización y procedimiento determinando los casos en los cuales sus decisiones tienen fuerza de ley. Dicha ley podrá establecer como condición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y establecer un procedimiento especial de admisión.” Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01_Deutschland/Constituicao/grundgesetz_espanol_down_property=Daten.pdf. Acessado em: 25/11/2009.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3

São requisitos para nomeação dos juízes: a idade mínima de quarenta anos e o preenchimento dos requisitos exigidos para o exercício da carreira de juiz.⁵⁵ A aposentadoria compulsória ocorre aos sessenta e oito anos e os juízes estão submetidos a um mandato de doze anos, vedada a recondução.⁵⁶ Três membros de cada Senado são escolhidos dentre juízes que integram outros Tribunais Federais.⁵⁷ A escolha é feita pelo Conselho Federal, através de eleição direta, tomando o voto dos Estados de maneira unitária e pelo Parlamento Federal, através de uma eleição indireta feita por colégio eleitoral composto por doze parlamentares, criado de acordo com as regras de uma eleição proporcional.⁵⁸

Quanto à competência, o Tribunal não ostenta caráter de instância recursal, não lhe cabendo a revisão do julgado dos Tribunais inferiores, como se pode constatar através do art. 93.⁵⁹ Assim, desempenha exclusivamente a jurisdição constitucional, diferentemente do STF, que apresenta competência recursal.

⁵⁵ Idem. p, 05.

⁵⁶ Idem. p,0 6.

⁵⁷ Idem. p, 05.

⁵⁸ Idem. p, 05. Sobre as complicações que podem surgir a partir desse sistema de composição da Corte, sobretudo quanto à demora na indicação por parte dos órgãos competentes, Gilmar Mendes aponta que: “a experiência com a demora na escolha dos juízes pela Comissão Parlamentar levou o legislador a outorgar ao próprio Tribunal o direito extraordinário de indicação, desde que a escolha do novo juiz não se tenha verificado no prazo de dois meses a contar da vacância do cargo e o mais velho dos integrantes do colégio eleitoral ou o presidente do Conselho Federal tenha sido exortado a decidir sobre a matéria”. Idem. p. 05-06.

⁵⁹ “Artículo 93[Competencia de la Corte Constitucional Federal]

(1) La Corte Constitucional Federal decide

1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo;

2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag;

2a. en caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos Del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land;

3. en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los Länder, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los Länder y al ejercicio del control federal;

4. en otras controversias de Derecho público entre la Federación y los Länder, entre los Länder o dentro de un Land, siempre que no este abierta otra vía judicial;

4a. sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104;

4b. sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los Länder en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo Land;

5. en los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

(2) La Corte Constitucional Federal decide además a petición del Bundesrat, de un Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land, si en caso del artículo 72, apartado 4 no subsiste la necesidad de una regulación por ley federal según el artículo 72, apartado 2, o si el Derecho federal ya no pudiese ser aprobado en los casos del artículo 125 a, apartado 2 frase 1. La declaración que la necesidad ya no existe o que el Derecho de la Federación ya no pudiese ser aprobado, sustituye a una ley federal según el artículo 72, apartado 4 o según el

A partir do citado artigo, tem-se que a competência da Corte alemã refere-se ao controle abstrato e concreto de constitucionalidade, ao julgamento do recurso constitucional, ao julgamento dos conflitos entre órgãos federais e dos litígios federativos, ao processo de verificação e qualificação de normas e às demais questões de relevo, como a denúncia contra o Presidente da República, proibição dos partidos políticos, supressão dos direitos fundamentais e o processo especial de aferição da legitimidade das eleições.

O controle abstrato de constitucionalidade é exercido mediante requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual ou de um terço dos membros do Parlamento Federal. Somente lei editada após a promulgação da Constituição pode ser alvo desse controle, a menos que a lei anterior tenha sido incorporada pelo legislador pós-constitucional.⁶⁰ No controle concreto, de acordo com o art. 100, os Tribunais devem suspender os processos nos quais tenha surgido a dúvida acerca da constitucionalidade de dispositivo relevante para a solução da questão, remetendo-a ao Tribunal. No sistema alemão, portanto, a censura à lei ou ato normativo é monopolizada pelo Tribunal Federal.⁶¹

O julgamento do recurso constitucional pressupõe o exaurimento das instâncias ordinárias, já que ele é um instrumento excepcional de provocação daquela Corte, útil para combater as ofensas aos direitos fundamentais causadas pelo Poder Público.⁶² Sua utilização é objeto de grande preocupação, pois seu uso indiscriminado poderia transformar o Tribunal em última instância recursal. Sua admissibilidade, como referido anteriormente, é analisada pelas Câmaras.

artículo 125 a, apartado 2 frase 2. La petición según la frase primera sólo es admisible, si un proyecto de ley según el artículo 72, apartado 4 o según el artículo 125^a, apartado 2 frase 2 ha sido rechazado en el Bundestag o no se ha deliberado en el plazo de un año y dictado una resolución sobre él, o si un proyecto de ley correspondiente ha sido rechazado en el Bundesrat.

(3) La Corte Constitucional Federal intervendrá, además, en los casos que le sean atribuidos por ley federal”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01_Deutschland/Constituicao/grundgesetz_espanol_down_property=Daten.pdf. Acessado em: 25/11/2009.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p, 16.

⁶¹ “Artículo 100 [Control concreto de normas]

(1) Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, La decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal.

(2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

(3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un Land quiere apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro Land, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01_Deutschland/Constituicao/grundgesetz_espanol_down_property=Daten.pdf. Acessado em: 25/11/2009.

⁶² Idem. p, 15.

Os conflitos entre órgãos federais e entre as entidades da federação são também atribuições originárias daquela Corte. Podem ser partes nestes casos: Presidente da República, Governo Federal, Conselho Federal, Parlamento Federal ou qualquer parlamentar, desde que não esteja a defender interesse pessoal, mas funcional. Igualmente, a Corte funciona como “Tribunal da Federação” quando dirime litígio entre as unidades federativas.

Finalmente, tem-se o processo de verificação de normas, quando há dúvida no fato de determinada norma de direito internacional público integrar o direito federal, além do processo de qualificação de normas, quando pairam dúvidas sobre a qualificação de determinada lei como federal, de acordo com o art. 126.⁶³

As decisões do Tribunal fazem coisa julgada formal e material, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Os processos perante o Tribunal são gratuitos, exceto no caso de recursos constitucionais manifestamente aventureiros, podendo ser aplicada multa aos litigantes de má-fé.⁶⁴

3.4.O Supremo Tribunal Federal

3.4.1 Aspectos históricos

O Supremo Tribunal Federal foi criado em janeiro 1829, sendo composto por dezessete Ministros, contando com uma competência bastante restrita, conforme previsto no art. 164 da Constituição do Império de 1824, referindo-se, basicamente, à concessão ou denegação de Recursos de Revista, às ações penais tendo em vista delitos cometidos por Ministros, Empregados do Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias e à decisão sobre os conflitos de jurisdição, e competências das Relações das Províncias.

Com a Proclamação da República em 1889, a Constituição republicana de 1891 fixou em quinze o número de Ministros do STF, que deveriam ser escolhidos dentre os Juizes Federais mais antigos e cidadãos de notório saber e reputação ilibada, que fossem elegíveis para o Senado (art. 55). Note-se que não se exigia o notável saber jurídico, brecha propiciadora de uma inusitada situação, adiante referida. Aquela lei fundamental ampliou a competência do Tribunal, abrindo espaço para o julgamento de questões envolvendo Estados estrangeiros, litígios federativos e conflitos de competência entre os órgãos da justiça federal

⁶³ “Artículo 126 [Controversias sobre la continuidad de la vigencia del derecho como Derecho federal] Las controversias sobre la continuidad de la vigencia de las normas, como Derecho federal, serán resueltas por la Corte Constitucional Federal”. Disponível em: http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01_Deutschland/Constituicao/grundgesetz_espanol_down_property=Daten.pdf. Acessado em: 25/11/2009.

⁶⁴ Idem. p, 20.

e da estadual.⁶⁵ Não havia a previsão, no entanto, de qualquer ação de controle concentrado de constitucionalidade, destacando-se a atuação do tribunal no desenvolvimento jurisprudencial do *habeas corpus*, cuja concepção originalmente prevista na Constituição de 1891 propiciava uma ampla aplicação, já que ele protegia o direito de ir e vir, sem maiores restrições textuais. Através desse instrumento, o STF declarou a inconstitucionalidade do Código Penal da Marinha, o que causou represálias por parte o Presidente Floriano Peixoto: tendo em vista a brecha antes referida, o Chefe do Executivo nomeou um médico e um general para a Corte, deixando de prover outras vagas. O Senado, posteriormente, desaprovou a nomeação, por entender que o notável saber referia-se às leis, tendo o médico Barata Ribeiro exercido o cargo por quase um ano (25/11/1893 – 29/09/1894).⁶⁶ Posteriormente, a Emenda Constitucional de 1926 restringiu a utilização daquela ação constitucional.⁶⁷

Foi com a Constituição de 1934 que as bases do controle concentrado de constitucionalidade começaram a ser lançadas. Previu-se, pela primeira vez na Ordem Constitucional brasileira, a representação interventiva (art. 12, §2º), sendo devida sua proposição tendo em vista violação de princípio constitucional sensível por parte norma estadual. Foi nesse texto constituição que se fixou a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, já que a decisão do Tribunal no controle concreto não detinha caráter *erga omnes*.

A inauguração do “Estado Novo”, período ditatorial fundamentado na igualmente autoritária Carta de 1937 não trouxe maiores modificações ao status, organização e competência do STF, tendo Getúlio Vargas reivindicado, no entanto, a atribuição de nomear o

⁶⁵ “Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originária e privativamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
- b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

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:

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

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

⁶⁶ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 462.

⁶⁷ Art.72, §22: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

Presidente da Corte.⁶⁸ Essa foi a primeira Constituição a fixar o número de Ministros da corte em onze.⁶⁹ Aquela Lei Fundamental previa um mecanismo de anticonrole de constitucionalidade que bem demonstrava como o momento constitucional vigente era baseado na força. Determinava-se que uma decisão do STF declarando a inconstitucionalidade de lei poderia ser suspensa através de resolução do Parlamento Federal, após aprovação por uma maioria de dois terços de votos (art. 96). O que implicava dizer que a Constituição era, nesses casos, obliquamente emendada.⁷⁰

Com a redemocratização, veio a Constituição de 1946, que entra para a história do Direito Constitucional pátrio por ter sido a primeira a abrigar o controle concentrado de constitucionalidade, muito embora tal previsão só se tenha inserido em suas disposições através da Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Durante a ditadura militar, a composição do Tribunal variou de onze para dezesseis membros (Ato Institucional nº 2, de 5 de novembro de 1965), sendo constantes as afrontas às garantias da magistratura, suspensas pelo referido Ato. Em 1º de fevereiro de 1969 o Governo editou ato que reduziu para onze o número de Ministros.

3.4.2 Composição e competência

Com a CF/88, um novo horizonte democrático se abriu para a sociedade e, logicamente, para o STF. Esse órgão constitucional é composto por onze Ministros (vitalícios) nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, devendo a escolha recair sobre cidadãos maiores de trinta e cinco e menores de sessenta e cinco anos de idade, dotados de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101). Os membros do Tribunal devem ser brasileiros natos (art. 12, §3º, IV, CF/88), tendo a Corte sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (art. 92 §1º e § 2º, respectivamente). Sua competência está posta no art. 102, e dividida em originária (art. 102, I) e recursal, podendo as questões de instâncias inferiores ascenderem à Corte através do Recurso Ordinário (art. 102, II) ou Extraordinário (art. 102, III e § 3º). Destaca-se a competência originária concernente ao julgamento e processamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, como referido quando se analisou anteriormente os aspectos gerais da

⁶⁸MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 32.

⁶⁹Art. 97. Em 1931, no entanto, o Decreto 3-2-1931 já reduzira o número de Ministros de quinze, previsão constante na Constituição de 1891, para onze, não sendo, portanto, uma composição inteiramente nova para a Corte a previsão do art. 97 citado. A Constituição de 1934 não se referia ao número de Ministros, fazendo uma mera menção ao STF em seu artigo 9º: “O Supremo Tribunal Federal, com os seus atuais Ministros, passará a constituir a Corte Suprema”.

⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170.

relação entre Constituição e processo, conformadora da jurisdição constitucional exercida pela Corte. Cabe ainda ao Tribunal o julgamento das mais altas autoridades do Estado (art. 102, I, “b” e “c”), seja nos delitos penais comuns ou nas infrações político-administrativas, o que faz com que diversas ações constitucionais nas quais figurem como partes uma das autoridades referidas nessas alíneas sejam também de sua competência, de acordo com as demais alíneas do art. 102, I.

A grande questão envolvendo a competência recursal do STF refere-se ao novo direcionamento dado ao RE, cujo requisito de admissibilidade consubstanciado na Repercussão Geral tende a trazer grandes questões para a pauta de julgamentos, já que tal repercussão pressupõe requisitos políticos, sociais, econômicos e jurídicos que ultrapassem o interesse das partes envolvidas no recurso. Para que uma questão seja considerada dotada de repercussão geral basta pelo menos quatro Ministros da Corte se manifestem nesse sentido, admitindo, portanto, o requisito em questão. Diga-se que um dos entraves para a caracterização do STF como Corte Constitucional é sua competência recursal ordinária, causadora de uma forte demanda processual que acaba por ofuscar as grandes questões constitucionais dignas de uma Corte desse jaez.

Um ponto que causa polêmica na doutrina é o modo de composição do Tribunal, nos termos antes referidos, principalmente quando se tem em vista o exemplo de outras Cortes Constitucionais, como a alemã, na qual os juízes exercem mandato e são eleitos para o cargo. André Ramos Tavares, citado por Francisco Gérson Marques de Lima,⁷¹ sustenta a legitimidade dos critérios de composição da Corte e nomeação presidencial tendo em vista a democracia indireta e o respeito à vontade das minorias. Aduz ainda que em se adotando a vitaliciedade, afastar-se-ia a atividade partidária dos membros do Tribunal, sabendo-se que “o envolvimento aberto com a atividade partidária é mesmo sentido por todos como ilegítimo”.⁷² Assim, os grupos de pressão praticamente inexistiriam na Corte, só sendo admitidos quando manifestados de maneira ordenada nos autos, através de sustentações orais ou fundamentadamente através de suas petições.⁷³

Respondendo a tais argumentos, Francisco Gérson Marques de Lima discorda do primeiro autor, assentando que:

as idéias básicas da democracia repousam no governo da maioria, periodicidade dos governantes e participação popular. O modo de escolha dos membros do

⁷¹MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC Editora, 2001. p. 47.

⁷² Idem. p, 47.

⁷³ Idem. p, 47.

STF ofende, de uma só vez, todas estas idéias. Ademais, a sustentação é divorciada da realidade, porquanto é notória a existência de grupos de pressão sobre a Corte brasileira, especialmente provenientes do Planalto, de forma tanto velada quando, em algumas questões, aberta. Basta lembrar-se da agitação do Planalto quando temas previdenciários, tributários e de processo constitucional são submetidos ao STF. E, nestas questões, a regra é que os ministros nomeados por determinado ocupante da Presidência da República a ele se vinculam, acompanhando as suas diretrizes.⁷⁴

Tais dificuldades aumentam quando se analisam os outros órgãos de cúpula do Estado brasileiro e se constata que a composição deles é diretamente eletiva, democrática, enquanto a composição do STF segue uma eleição indireta, apesar de lhe conferir competência para controlar os atos dos outros Poderes, podendo, assim, anular um ato praticado pelos representantes do povo, detentores de um mandato.⁷⁵ Tendo-se em vista a composição do Poder Judiciário nacional, a crítica feita não só se mostra procedente como também agrava ainda mais a ilegitimidade da Corte, já que não há, sequer, a previsão de parte dos seus membros serem integrados por juízes de carreira, como no modelo alemão. Esse modo de composição fortalece o Poder Judiciário, pois prestigia seus membros, que só podem ser assim considerados após aprovação em concurso público de provas e títulos.

A vitaliciedade dos membros do STF é um dos traços que mais o diferencia das Cortes Constitucionais européias, como visto. Não se pode admitir que um juiz do STF possa passar trinta e cinco anos no cargo, já que, com uma eventual nomeação aos trinta e cinco anos, a aposentadoria compulsória, nos moldes atuais, só ocorrerá aos setenta anos. A situação se agravará ainda mais se essa idade para a aposentadoria compulsória for posteriormente aumentada.

A fixação de um mandato para os membros da Corte em nada retiraria a independência dela, contribuindo, ainda, para uma maior rotatividade e oxigenação nos julgados. Um entendimento equivocado como era aquele acerca dos efeitos do Mandado de Injunção, analisado no capítulo III, por exemplo, não precisaria, provavelmente, de vinte anos para ser modificado, em se adotando um mandato periódico. Não vale o argumento de que, para se proceder a essa oxigenação, basta a nomeação de um novo membro ou de um membro mais jovem e idealista. Ora, um membro com pouca idade pode se mostrar inovador no início de sua carreira, mas, possivelmente após quinze, vinte ou trinta anos no cargo, as posições

⁷⁴ Idem. p. 48. A crítica do autor, na realidade, insere-se num contexto mais amplo, pois ele aponta os entraves à legitimidade da atuação do STF, que, segundo sustenta, é distanciada dos anseios sociais. Um desses óbices é a sua forma de composição, tida por antidemocrática, como o trecho acima transcrito demonstra. Os outros obstáculos seriam a proliferação de decisões distanciadas da população, “impopulares e, por vezes, perniciosas” e a impossibilidade de controle eficaz dos atos da Corte pela sociedade. *Ib. idem.* p. 48-49. Para a presente dissertação, como dito anteriormente, só interessa um olhar crítico no tocante à forma de composição da Corte.

⁷⁵ Idem. p. 50.

progressistas podem muito bem se tornar reacionárias. É que um período muito alongado no cargo favorece a esse acomodamento.⁷⁶

A jurisdição constitucional tem desempenhado papel fundamental nos países democráticos, contribuindo para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito através do respeito aos direitos fundamentais, cujo delineamento jurisprudencial tem se mostrado uma das tarefas mais importantes das Cortes Constitucionais.

Tal função só se torna bem realizável quando a Corte detém uma competência especificamente constitucional, a fim de analisar a constitucionalidade da lei em tese, não cabendo a um Tribunal dessa magnitude uma competência recursal, até porque o excesso de casos contribui para o mau funcionamento dos trabalhos.

Nesse sentido, o STF não pode ser concebido como Corte Constitucional, pelo menos não nos moldes clássicos europeus, sendo um órgão de inegável estatura constitucional que exerce jurisdição constitucional, mas que tem suas atribuições como Corte Constitucional severamente comprometidas, devido, principalmente, a sua forma de composição e a sua competência recursal ordinária. Espera-se que, com o desenvolvimento da prática atinente à edição de súmulas vinculantes e com a aplicação da repercussão geral como forma de “filtragem” constitucional, venha o STF, paulatinamente, debruçar-se somente em torno das questões mais complexas, com a conseqüente e desejável diminuição de processos a serem julgados.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controle de constitucionalidade é a atividade desempenhada por certos órgãos, com competência constitucional para tanto, cuja finalidade é investigar a compatibilidade entre determinado ato (objeto de controle) e a Constituição (parâmetro de controle). O conceito já faz transparecer elementos básicos para o estudo do tema, analisados no decorrer deste capítulo, quais sejam: 1) a inconstitucionalidade como conceito de relação, mostrando a supremacia da Constituição, por ser esta o parâmetro de controle; 2) a existência de uma tipologia de atos que podem ser objeto de controle; 3) a consagração de um ou alguns órgãos com competência para exercer o referido controle.

As razões históricas propiciadoras do surgimento do controle de constitucionalidade, seja nos Estados Unidos ou na Europa, as características gerais desses sistemas, a demonstração de como o ser humano costumeiramente sentiu a necessidade de se reportar a

⁷⁶ Corroborando a ideia acerca da necessidade de um mandato para os juízes do STF, tem-se a interessante colocação da Ministra Cármen Lúcia, que mostra seu descontentamento pessoal com a vitaliciedade dos membros do STF: “a pessoa passa a ser chamada de ‘Excelência’ todos os dias. Daqui a pouco, começa a acreditar que é mesmo.” Revista Época de 16 de novembro de 2009. Editora Globo. Edição de nº 600. p, 51.

uma lei superior e o desenvolvimento histórico do tema no tocante à ordem constitucional brasileira, será objeto de estudo no capítulo seguinte.

Neste momento, portanto, o estudo limitar-se-á ao desenvolvimento dos conceitos básicos em torno do controle de constitucionalidade, como os referentes: 1) à rigidez e à supremacia constitucionais; 2) à inconstitucionalidade e às diversas formas de manifestação desta; 3) ao parâmetro e ao objeto de controle; 4) aos tipos de controle, como os referentes aos sistemas de controle concreto e abstrato.

4.1 Supremacia e rigidez constitucionais

Como visto, o controle de constitucionalidade é a atividade através da qual se perquire a compatibilidade vertical de certos atos em face da Constituição. Só há razão falar em controle de constitucionalidade se a Constituição for dotada de rigidez,⁷⁷ apresentando um processo de alteração mais dificultoso em face das outras espécies normativas.

De tal rigidez decorre a supremacia formal da Constituição, colocando esta no vértice da pirâmide normativa do ordenamento jurídico. Tal supremacia implica numa estrita e fiel observância do texto constitucional pelas demais normas que lhe são inferiores, pois é daquele texto que estas retiraram seu fundamento e validade. A ideia de supremacia, assim, implica no reconhecimento de que a Constituição está acima das outras espécies normativas e, por isso mesmo, deve ter suas disposições respeitadas.

Não se pode falar de supremacia da Constituição sem lembrar os ensinamentos de Kelsen sobre o conceito de Constituição. Muito embora não se deva exagerar nos elogios à concepção kelseniana em torno do escalonamento de normas do ordenamento jurídico, já que o sentimento humano em busca de uma norma suprema capaz de fundamentar as inferiores é bem mais antiga que as ideias daquele autor, como se verá no capítulo seguinte, não se pode olvidar da contribuição dele para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, sobretudo do tipo concentrado.

Nesse sentido, Kelsen concebia o ordenamento jurídico como um conjunto escalonado de normas que formaria uma pirâmide, estando no vértice dela a Constituição. A norma

⁷⁷ Sabe-se que as constituições podem ser classificadas sob diversos ângulos, como, por exemplo, quanto à forma, ao modo de elaboração, ao conteúdo, à origem, à extensão ou à estabilidade. Neste último caso, as constituições podem ser imutáveis, rígidas, semi-rígidas ou flexíveis. Imutável seria o texto constitucional que não admitiria qualquer alteração, em nenhuma época. Rígido seria o texto que admitiria alteração, mas somente através de um processo solene e dificultoso, mais complexo que o estipulado para a feitura e alteração das leis infraconstitucionais. Semi-rígida seria a Constituição com dispositivos alteráveis de acordo com a solenidade prevista para a legislação infraconstitucional e com outros dispositivos modificáveis somente através de especial procedimento mais solene. Finalmente, são flexíveis as constituições alteráveis da mesma maneira que a legislação infraconstitucional. A Constituição Federal de 1988, como se sabe, é rígida, assentando novamente essa marca do constitucionalismo pátrio, ensejando a supremacia constitucional.

superior fundamenta e dá validade às normas inferiores, de modo que, para evitar uma regressão ao infinito, Kelsen teve de conceber uma norma fictícia, hipotética, que não seria posta, mas pressuposta, a fim de alocar a Constituição nesse vértice. O conteúdo dessa norma hipotética seria: “obedeça-se ao disposto na Constituição”.⁷⁸

A Constituição, assim, de acordo com Kelsen, teria um sentido lógico-jurídico, coincidindo com a norma hipotética fundamental, e um sentido jurídico-positivo, compreendendo os demais dispositivos positivados, ou seja, a Constituição como norma jurídica positiva, posta, e não pressuposta.⁷⁹

Como se vê, tais ideias de Kelsen, ao colocar a Constituição no vértice da pirâmide normativa, já demonstra a posição de destaque dela, mostrando a sua supremacia.

A doutrina diferencia a supremacia material da formal.⁸⁰ A primeira faz referência à Constituição material, sendo aquela composta por normas cuja matéria é específica dos textos constitucionais, como a organização do Estado, a separação dos Poderes e os direitos fundamentais. Através da segunda, não se tem em vista certas matérias, mas o simples fato de a Constituição ser dotada de especial processo de revisão, mais dificultoso, repita-se. A supremacia formal, assim, decorre desse especial mecanismo de revisão, tornando as constituições rígidas bem diferenciadas das leis infraconstitucionais. Para o controle de constitucionalidade só interessa a supremacia formal, ou seja: mesmo uma norma materialmente infraconstitucional, como a constante no art. 242, § 2º da CF/88, pode servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade, pelo simples fato de ela estar na Constituição e ostentar, portanto, o caráter de norma formalmente constitucional.

O principal objetivo do controle de constitucionalidade é garantir a Constituição e, em última análise, o Estado Democrático de Direito. Em verdade, se o Texto Magno não contasse com um instrumental capaz de assegurar suas disposições, sancionando os seus descumprimentos com a declaração de nulidade do ato impugnado, a força normativa da Constituição restaria fatalmente enfraquecida, causando flagrante desprestígio à Lei Fundamental. Assim, da mesma forma que a Constituição contempla as clássicas garantias fundamentais como mecanismos de defesa do indivíduo ante o Poder estatal, também se faz

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248.

⁷⁹ Idem. p. 248-249.

⁸⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 45-46.

presente as garantias da Constituição, visando à proteção desta contra atos que lhe sejam contrários.⁸¹

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade insere-se no âmbito dessas garantias da Constituição, no qual também se pode inserir a própria rigidez constitucional, já que com essa característica a Constituição é protegida das maiorias legislativas casuais, pois a possibilidade de mudar o texto magno somente através de um procedimento mais dificultoso que o destinado à mudança da legislação ordinária leva a uma rigidez relativa da Constituição. Diz-se relativa porque, mesmo com um procedimento mais dificultoso para alteração, esta ainda é possível.⁸²

Logicamente, a consagração da rigidez da Constituição mostra bem a diferença entre o Poder Constituinte e o Poder Constituído ou Reformador. Não se qualificou o Poder Constituinte como “originário” para evitar a redundância, cometida por boa parte da doutrina nacional, pois o Poder que constitui só pode ser, necessariamente, originário. Por outro lado, a expressão Poder Constituinte derivado encerra uma contradição em termos, pois o que é constituinte não pode ser derivado.

Feitas essas observações terminológicas, pode-se assentar, desenvolvendo a ideia de que a rigidez constitucional é uma das garantias da Constituição, que as cláusulas pétreas constituem um dos importantes meios para se assegurar essa rigidez, já que impõe limites para as próprias emendas constitucionais, que não podem tender a abolir os direitos individuais, a separação de poderes, o sistema federativo e o voto secreto, direto, universal e periódico, conforme o art. 60, § 4º da CF/88. Deve-se alertar, no entanto, que as cláusulas pétreas, por si sós, não fundamentam a rigidez constitucional, pois esta é caracterizada não pela existência daquelas, mas por determinar um procedimento mais dificultoso para a edição das emendas constitucionais.

O tema das garantias da Constituição não se confunde com as garantias constitucionais, cuja incidência diz respeito às normas que garantem direitos fundamentais, como o *habeas corpus*, destinado a proteger a liberdade. Nesse caso, seguindo Jorge Miranda, as garantias constitucionais levam a uma verdadeira coordenação de normas, colocando em contato a norma garantia e a norma garantida.⁸³ A garantia da Constituição, como visto, insere-se na necessidade de se garantir, ou seja, de se proteger, a própria Constituição contra

⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 887-888.

⁸² Idem. p. 1059.

⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988. p. 304.

investidas que lhe sejam contrárias. O controle de constitucionalidade é a principal ferramenta para tanto.

4.2 A inconstitucionalidade como conceito de relação – parâmetro e objeto de controle

Jorge Miranda aponta, corretamente, que: “constitucionalidade e inconstitucionalidade são conceitos de relação: relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido”.⁸⁴ Quando visto o conceito de controle de constitucionalidade, percebeu-se essa relação, ao se estabelecer um parâmetro de controle e um objeto de controle.

A inconstitucionalidade é um vício, não sendo correta a orientação, também da lavra de Jorge Miranda, de que a inconstitucionalidade em si não é um vício, mas decorrente, concretamente, de um vício.⁸⁵ É André Dias Fernandes, em recente obra, quem aponta o erro argumentativo do autor lusitano, assentando que se esta diante de uma petição de princípio, ou seja, de uma falácia que peca por levar a uma falsa argumentação em círculos, nesses termos:

Jorge Miranda incorre numa petição de princípio: para ele, a inconstitucionalidade não seria um vício, conquanto derivasse de um vício que macula o comportamento do órgão de poder. Sucede que o ato só pode ser considerado um vício maculador do comportamento do órgão de poder se for inconstitucional: só após analisar se o ato contraria a Constituição (= é inconstitucional) é que se pode qualificá-lo como um vício em concreto, um defeito concreto, uma falha concreta. O fato de o ato concreto ser inconstitucional é que o torna um vício, e não o contrário. É a inconstitucionalidade que torna o ato defeituoso. O ato é defeituoso porque é inconstitucional, porque é portador do vício supremo da inconstitucionalidade. Sem inconstitucionalidade não há vício, não há defeito. Exemplo: um ato normativo editado em desobediência ao quorum constitucionalmente estatuído é portador de um vício de inconstitucionalidade. A desobediência ao quorum é um fato concreto que torna o ato normativo inconstitucional. A desobediência ao quorum (fato concreto) só pode ser considerada um vício, um defeito, porque em si mesma inconstitucional (desconforme com a Constituição).⁸⁶

Admitir a inconstitucionalidade com um vício não quer dizer, necessariamente, que a consequência dela seja a nulidade do ato controlado. Ora, na concepção clássica de Kelsen, seguida ainda hoje na Áustria, a sanção que deveria incidir sobre um ato contrário à Constituição era a sua anulação, não a nulificação. Razões de segurança jurídica justificariam tal postura, pois, se a lei é dotada de uma presunção de constitucionalidade, a inconstitucionalidade não poderia ser admitida desde a sua origem, mas somente a partir da

⁸⁴ Idem. p, 273-274.

⁸⁵ Idem. p, 294. Nas palavras do autor tem-se que: “A inconstitucionalidade não é um vício, embora em concreto resulte de um vício que inquina o comportamento de qualquer órgão ou poder. Não redundo, desde logo, em invalidade, embora a determine ou possa determinar. Nem é um valor jurídico negativo, embora a invalidade constitucional acarrete nulidades constitucionais”.

⁸⁶ FERNANDES, André Dias. *A eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p, 28.

respectiva decisão judicial que a reconhecesse. Tal decisão, portanto, seria constitutiva negativa, não declaratória.

Por outro lado, sabe-se que no Brasil adota-se a tese de que a inconstitucionalidade é um vício que leva à nulidade, desde a origem, portanto, do ato controlado.⁸⁷ O rigor da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no entanto, já encontra mitigação no sistema pátrio, como adiante analisado quando do estudo da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ora, percebe-se como cada ordenamento jurídico pode atribuir a consequência que mais lhe apresente conveniente para sancionar o vício da inconstitucionalidade. Sendo assim, deve-se reconhecer que a sanção incidente sobre a inconstitucionalidade é algo extrínseco ao conceito de inconstitucionalidade. Em outros termos: a inconstitucionalidade não demanda, necessariamente, a nulidade do ato.

Voltando ao conceito de controle de constitucionalidade antes apresentado, e evoluindo para o estudo do objeto e do parâmetro de controle, percebe-se que o objeto de controle foi expressamente tratado de maneira ampla através da expressão “ato”, sem qualquer outra qualificação que o tornasse, por exemplo, um “ato normativo” ou um “ato do poder Público”.

Essa preferência ampliativa tem sua razão de ser no fato de que qualquer ato, seja ele público ou privado, nacional ou internacional, revogado ou vigente, normativo ou não normativo, pode ter sua compatibilidade com a Constituição aferida.⁸⁸ Evidentemente, essa aferição variará de acordo com o ato. Por exemplo, um ato não normativo não pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade por via de ADI, tendo em vista o art. 102, I, “a” da CF/88, limitando o objeto da ADI às leis e atos normativos. Por outro lado, tal ato não normativo pode muito bem ser objeto de controle concreto ou até mesmo de ADPF, já que, de acordo com o art. 1º da Lei 9.882/99, o objeto desta refere-se a ato do Poder Público, não se restringindo aos atos normativos.

⁸⁷ Nesse sentido, a ADI nº 652-5, Rel. Min. Celso de Mello, D.J. 02/04/93.

⁸⁸ Teori Zavascki assenta que: “É equivocada, destarte, a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da norma com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o legislador comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as inconstitucionalidades podem derivar do comportamento de vários agentes e ser perpetradas por diversos modos. Inconstitucional será o ato ou a omissão do particular não compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou a omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato do juiz que desrespeitar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante. ZAVASCKI, Teori. Ob. cit. p. 13-14.

Da mesma forma, um ato privado, como um contrato particular, pode muito bem ser tido como inconstitucional, ainda mais quando se tem em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a possibilidade destes vincularem os particulares.⁸⁹ Não é somente o legislador, assim, aquele que pode violar a Constituição, pois tanto particulares, como membros do Poder Executivo ou do próprio Judiciário podem descumprir as disposições constitucionais.⁹⁰

Um conceito necessariamente amplo de controle de constitucionalidade, como foi o apresentado, tem o mérito de ampliar o entendimento em torno da inconstitucionalidade, diferenciando a inconstitucionalidade em sentido amplo, através dos elementos constitutivos dela, da inconstitucionalidade em sentido estrito, através dos elementos da inconstitucionalidade juridicamente relevante.⁹¹ Assim, nem toda inconstitucionalidade apresenta relevância jurídica, ao se adotar a conceito amplo.

⁸⁹ Caso célebre, julgado pelo STF, dizia respeito à possibilidade de um estatuto de uma entidade privada prever a expulsão de seus membros sem reconhecer a garantia do contraditório e da ampla defesa ao acusado. Tal postura foi tida por inconstitucional pelo STF, reconhecendo a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. Trata-se do RE 158.215/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 30/04/96, assim ementado: DEFESA-DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”.

⁹⁰ No caso de inconstitucionalidades levadas a cabo por juízes, além do controle através dos recursos próprios, deve-se notar a possibilidade, admitida pelo STF na ADPF nº 101, de considerar incluídas no conceito de “ato do Poder Público” a prolação de sentenças ofensivas a preceitos fundamentais. No caso em questão, diversas decisões liminares, emanadas de diversos juízes, admitiam a possibilidade de se importar pneus usados, o que, segundo o STF, restava por violar o direito à saúde e ao meio ambiente hígido. Nesse sentido, ver informativo do STF nº 538: “O Tribunal iniciou julgamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Presidente da República, em que se discute se decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados ofendem os preceitos inscritos nos artigos 196 e 225 da CF (“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. ... Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”). Sustenta o argüente que numerosas decisões judiciais têm sido proferidas em contrariedade a Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior - DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA e Decretos federais que, expressamente, vedam a importação de bens de consumo usados, com especial referência aos pneus usados. Inicialmente, por maioria, rejeitou-se a preliminar de não cabimento da ação. Reputou-se atendido o princípio da subsidiariedade, tendo em conta a pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais há interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, o que tem gerado situação de insegurança jurídica, não havendo outro meio hábil a solucionar a polêmica sob exame. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio, que, salientando não estar incluída a jurisdição na alusão, contida na parte final do art. 1º da Lei 9.882/99, a ato do poder público e, ressaltando não ser a ADPF sucedâneo recursal contra decisões judiciais, reputava inadequada a medida formalizada. ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 11.3.2009. (ADPF-101).”

⁹¹ FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p. 25.

Deve-se apontar que a ampla maioria dos estudiosos, ao tratar sobre o controle de constitucionalidade, só mostram interesse no conceito estrito de controle, ou seja, no conceito atrelado à relevância jurídica da inconstitucionalidade. Ocorre que o referido conceito amplo deve ser admitido, sob pena de não se reconhecer como inconstitucionais uma série de situações que, apesar de juridicamente irrelevantes, insere-se plenamente no conceito de inconstitucionalidade como relação. É o caso, por exemplo, de se perquirir a constitucionalidade de uma lei estrangeira tomando por base a Constituição brasileira de 1988. Tal expediente, extremamente válido para o exercício do direito comparado, pode revelar sim a inconstitucionalidade/constitucionalidade de tal lei, enriquecendo eventual debate sobre lei semelhante em vias de aprovação no Congresso Nacional. Por outro lado, eventual reconhecimento de inconstitucionalidade é juridicamente irrelevante no caso, já que a Constituição brasileira, evidentemente, não pode servir de parâmetro para a declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei estrangeira.

André Dias Fernandes, por outro lado, mostra-se preocupado com ambas as modalidades de inconstitucionalidade, seja no seu aspecto amplo ou estrito. A primeira o autor estuda em conexão com os elementos constitutivos da inconstitucionalidade, quais sejam: uma Constituição eleita como parâmetro, um ato ou situação e a desconformidade entre esses dois elementos. A segunda, por outro lado, o autor atrela aos elementos da inconstitucionalidade juridicamente relevante, quais sejam: uma Constituição vigente eleita como parâmetro, um ato ou situação sujeitos temporal e espacialmente à Constituição-parâmetro e a desconformidade entre esses elementos.⁹²

Percebe-se, desse modo, que no exemplo apresentado a falta de relevância jurídica para a inconstitucionalidade está na não sujeição espacial da lei estrangeira à Constituição brasileira. A inexistência dessa relevância não implica numa total irrelevância do aspecto amplo da inconstitucionalidade. No exemplo apresentando, a relevância para o direito comparado é marcante. Faz sentido, portanto, conceber a inconstitucionalidade como conceito amplo.

Feitas essas considerações sobre o objeto do controle de constitucionalidade, deve-se analisar em que consiste o parâmetro de controle, momento em que se insere a análise do bloco de constitucionalidade.

Há uma tendência, sobretudo nos países europeus, em se ampliar a parametricidade do controle de constitucionalidade para além das normas expressamente previstas nas

⁹² Idem. p, 25.

Constituição. Entendendo-se o parâmetro de controle como o referencial para a aferição da constitucionalidade e a tendência acima exposta em torno da ampliação desse parâmetro, chega-se ao conceito de bloco de constitucionalidade, que consiste no conjunto de normas, além das constitucionais, aptas a servir de parâmetro para o controle das normas que lhe sejam inferiores.

A imprecisão começa, no entanto, no momento de fixar quais seriam essas outras normas. Canotilho aponta que, certamente, os princípios implícitos, cuja natureza normativa é inegável, inserem-se no conceito de bloco de constitucionalidade, desde que possam ser reconduzidos a outros preceitos expressamente constitucionais. Assim, mesmo sendo normas implícitas, só há de se admiti-las como integrantes do bloco de constitucionalidade se elas consistirem em densificações dos preceitos expressamente constitucionais. A concepção que admite somente a parametricidade das normas expressamente previstas na Constituição, portanto, resta superada pela visão que busca uma ordem constitucional global.⁹³

A internacionalização do direito também leva a uma ampliação do conceito de bloco de constitucionalidade. Essa realidade é bem observada na Europa, onde se tem um bloco europeu de juridicidade e de legalidade, dotado de aplicabilidade imediata e primazia na aplicação por parte dos Estados-membros. Esse bloco comunitário é formado pelas regras e princípios positivados nos mais diversos diplomas internacionais.⁹⁴

Como dito anteriormente, o problema em torno da extensão do bloco de constitucionalidade está em perquirir quais normas infraconstitucionais o compõe. A solução apontada por Canotilho mostra um caminho divisor entre o bloco de constitucionalidade e o de legalidade, pois, se possível reconhecer certas disposições infraconstitucionais como densificações/concretizações de preceitos constitucionais, como os que consagram direitos fundamentais, é possível inseri-las no bloco de constitucionalidade. Se elas não podem ser reconduzidas ao texto magno, por outro lado, farão parte do bloco de legalidade.

No Brasil, com a EC nº 45 e a introdução do §3º no art. 5º, operou-se a positivação do conceito de bloco de constitucionalidade no Brasil, pois ampliou-se o parâmetro da constitucionalidade para além das normas constitucionais. Veja-se que, mesmo admitindo-se

⁹³ Idem. p, 929.

⁹⁴ Canotilho, no entanto, pondera acerca da conveniência em o bloco comunitário vincular o direito constitucional interno, bem como sobre a extensão das normas internacionais que podem compor esse novo parâmetro: “Deixamos aqui de fora o problema de saber se o próprio direito constitucional está submetido, em alguma medida, ao bloco de juridicidade e legalidade comunitária. Além disso, como já se disse atrás, afigura-se-nos necessária uma *seletividade normativa* das normas comunitárias, pois é inaceitável que *todos* os regulamentos e todas as directivas se transformem, sem mais, em parâmetro superior” (destaques no original). Ob. cit. p, 929-930.

o status de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados por uma maioria de 3/5, com votação em dois turnos nas Casas do Congresso Nacional, de acordo com o art. 5º, §3º da CF/88, deve-se assentar que os tratados não são emendas constitucionais propriamente ditas nem compõem o texto da Constituição.

Ora, o referido tratado, mesmo diante das formalidades apresentadas, será promulgado pelo Presidente da República através de decreto, não estando formalmente dentro de qualquer dispositivo constitucional, mas em texto à parte, qual seja, o texto do tratado. Por outro lado, as emendas constitucionais são promulgadas pelas mesas da Câmara e do Senado, apresentam um rol diferenciado de legitimados para proposição e integram, formalmente, o texto da Constituição.⁹⁵

Por outro lado, a EC nº 45 levou o STF a reconhecer o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos que não tenham sido aprovados com as formalidades atinentes às emendas constitucionais, de acordo com o julgamento proferido no RE 466.343/SP.⁹⁶ Desse modo, esse tipo de tratado mostra-se inferior à Constituição, mas superior as demais leis. Com isso, inaugura-se na ordem constitucional pátria um verdadeiro bloco de legalidade reforçada, semelhante àquele existente em Portugal, como visto anteriormente. No julgamento em questão, controvertia-se a tese do caráter supralegal versus a do caráter constitucional desses tratados. Se vencedora a segunda corrente, ter-se-ia um alargamento ainda maior do bloco de constitucionalidade, haja vista a desnecessidade de submeter tais tratados ao procedimento do art. 5º, §3 da CF/88 para que eles alcançassem o status de emenda constitucional. No entanto, como prevaleceu o primeiro entendimento, a tese da legalidade

⁹⁵ FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p. 54.

⁹⁶ Rel. Min. Cezar Peluso. D.J. de 03/12/2008, assim ementado: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, §7º, da Convenção Americana da Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. A tese da supralegalidade, defendida pelo Min. Gilmar Mendes, é bem sintetizada nessa passagem de seu voto: “Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”

reforçada venceu, o que leva alguns autores a estudar mais uma forma de controle da legislação infraconstitucional, qual seja, o controle de convencionalidade.⁹⁷

Finalmente, deve-se assentar que é possível encontrar na jurisprudência do STF um voto do Min. Celso de Mello no qual há expressa referência e estudo em torno do bloco de constitucionalidade, proferido na ADI 593.⁹⁸ Muito embora se trate de um *obiter dictum*, ou seja uma questão dita de passagem, a qual não consistiu razão de decidir do julgado, o citado voto analisa as principais questões envolvendo o conceito de bloco de constitucionalidade e sua extensão. O STF, no entanto, ainda não parece admitir a tese extensiva do bloco de constitucionalidade a ponto de abarcar as leis infraconstitucionais, mesmo quando estas sigam aqueles cuidados antes ditos por Canotilho.⁹⁹

4.3 As diversas formas de inconstitucionalidade

A doutrina aponta diversas formas de manifestação da inconstitucionalidade, levando em conta certos referenciais que ajudam no estudo da matéria. Nesse sentido, a inconstitucionalidade pode ser: formal ou material; normativa ou não-normativa; originária ou superveniente; por ação ou por omissão; total ou parcial; direta ou indireta; antecedente ou consequente. Como o objeto da presente pesquisa é o modo de controle, quando efetivado de maneira concreta ou abstrata e quais suas características, concentrar-se-á na análise dos tipos de controle no presente capítulo, para, no capítulo III, diferenciar o controle exercido de forma objetiva da subjetiva.

4.4 Os tipos de controle

Há diversas formas de classificar os tipos de controle, perquirindo-se quem pode fazê-lo, como e quando ele pode ser realizado.

⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle de convencionalidade das leis*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 04/12/2009.

⁹⁸ D.J. de 26/02/2002. Eis a ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA.”

⁹⁹ FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p, 54.

Definiu-se anteriormente o controle de constitucionalidade como atividade. Mas quem pode desempenhar tal atividade? Tal controle pode ser político, jurisdicional (difuso, concentrado ou misto) ou misto (político-jurídico).

Os tipos de controle também podem ser agrupados de acordo com o modo como ele é realizado, seja na forma incidental ou principal.

Finalmente, é possível classificar o controle de constitucionalidade tendo em vista o aspecto temporal, quando se tem o controle preventivo e repressivo.

4.4.1 Controle político

Através do controle político, a constitucionalidade das leis e atos normativos é feita exclusivamente por órgão político, não vinculado a qualquer dos Poderes. Os teóricos desse modelo apontam que o controle de constitucionalidade atribui inegável proeminência política ao órgão que o desempenha, sendo por bem determinar tal função a um corpo estranho aos Poderes. Paulo Bonavides aponta que o modelo surgiu na França, através da obra de Sieyès.¹⁰⁰ Os estudos deste pensador, no entanto, encontraram fortes resistências, mesmo apresentando uma proposta que procurava contornar a desconfiança nos tribunais do antigo regime, elegendo um órgão político para controle.¹⁰¹ Após diversas tentativas malsucedidas de desenvolvimento, o modelo político só se efetivou com a criação do Conselho Constitucional pela Constituição de 1958.¹⁰²

As diversas concepções acerca do princípio da separação de Poderes apresentadas na França, Inglaterra e, posteriormente, nos Estados Unidos, lavaram, conseqüentemente, a teorizações distintas acerca do controle de constitucionalidade. Assim, admitindo-se como ofensiva à separação de Poderes a revisão judicial de um ato legislativo típico, o sistema constitucional francês consagra o referido controle político. Por outro lado, a desconfiança nos tribunais do período absolutista, na Inglaterra, levaram à supremacia do Parlamento, que, por sua vez, levou à supremacia do Judiciário e da Constituição nos Estados Unidos, como adiante analisado.

O Conselho Constitucional francês, cuja ordenação constitucional está inserida nos artigos 56 a 63 da Constituição francesa de 1958,¹⁰³ exerce um controle político e preventivo

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 299.

¹⁰¹ *Ib. idem.* p. 300.

¹⁰² *Ib. idem.* p. 300.

¹⁰³ “*ARTICULO 56.* El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado.

Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

de constitucionalidade. A natureza política do órgão, assim, difere da natureza jurisdicional das típicas Cortes Constitucionais, como visto no capítulo anterior.

Pode-se constatar, a partir da leitura dos artigos 56, 57, 58 e 59 que algumas características do Conselho Constitucional aproximam-no das Cortes Constitucionais, ao se prever: 1) a composição marcadamente política do órgão, a partir de nomeações feitas pelas mais altas autoridades e órgãos franceses (Presidente da República, Presidente da Assembleia Nacional e Presidente do Senado); 2) a previsão de um mandato de nove anos para o exercício da função de conselheiro, não renovável; 3) a competência para analisar a legitimidade de certos procedimentos eleitorais; 4) o regime de incompatibilidades de seus membros.

Por outro lado, é a partir dos artigos seguintes que a natureza política do órgão fica mais evidente. Desse modo, o art. 61 consagra a forma de se deflagrar o controle preventivo de constitucionalidade de diversas espécies normativas, cuja promulgação ainda não ocorrerá.

É interessante notar que o referido dispositivo consagra um controle preventivo obrigatório e um facultativo.

Em sua primeira parte, há a consagração de um controle prévio obrigatório no tocante às leis orgânicas, aos projetos de leis a serem submetidas, se aprovadas, a referendo, de

El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.

ARTICULO 57. Las funciones de miembro del Consejo Constitucional serán incompatibles con las de ministro o miembro del Parlamento. Una ley orgánica determinará las demás incompatibilidades.

ARTICULO 58. El Consejo Constitucional velará por la regularidad de la elección del Presidente de la República.

Examinará las reclamaciones y proclamará los resultados del escrutinio.

ARTICULO 59. El Consejo Constitucional se pronunciará, en caso de impugnación, sobre la regularidad de la elección de los diputados y de los senadores.

ARTICULO 60. El Consejo Constitucional velará por la regularidad de las operaciones de referéndum previstas en los artículos 11 y 89 y en el título XV. Proclamará sus resultados.

ARTICULO 61. Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días.

En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

ARTICULO 62. No podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61.

Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse.

Contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno. Se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

ARTÍCULO 63. Una ley orgánica determinará las normas de organización y funcionamiento del Consejo Constitucional, el procedimiento que se seguirá ante él y, en particular, los plazos para someterle impugnaciones.” Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/constitution-espagnol_juillet2008.pdf. Acessado em: 16/11/2009.

acordo com o art. 11 da Constituição francesa, e aos regulamentos das Câmaras Parlamentares. Nesses casos, portanto, o pronunciamento prévio do Conselho é essencial. Ivo Dantas assera que o efeito da decisão de inconstitucionalidade nesses casos, qual seja, declarar a impossibilidade de promulgação ou aplicação do ato controlado constitui um dos argumentos centrais para aqueles que defendem o caráter jurisdicional do órgão, já que tal decisão se mostra vinculante, não podendo ser descumprida no decorrer do processo legislativo.¹⁰⁴ Por outro lado, Cappelletti ao afirmar que a atuação do Conselho, nesses casos, não passa de uma fase do processo legislativo, principalmente levando-se em conta o fato de tal função ser necessária, ou seja, não depender de qualquer impugnação de parte. Assim, não há razão para se apartar a atuação do Conselho nessa fiscalização preventiva do processo legislativo em si.¹⁰⁵

Por outro lado, a segunda parte do art. 61 atribui legitimação ao Presidente da República, ao Primeiro Ministro, ao Presidente da Assembléia, ao Presidente do Senado e a sessenta deputados ou a sessenta senadores a possibilidade de se questionar as demais espécies normativas, novamente, repita-se, antes mesmo da promulgação destas.

Deve-se ressaltar, no entanto, que o sistema de controle abstrato de constitucionalidade presente em países como Alemanha e Itália localizam-se entre o típico controle difuso americano e o controle político francês. Aproximando-se do controle francês tem-se como característica a falta de competência para qualquer juiz exercer o controle de constitucionalidade, a fim de não violar a separação de Poderes de acordo com a concepção francesa. Por outro lado, tanto na Alemanha quanto na Itália há uma relativização do princípio da separação de Poderes, pois uma Corte Constitucional pode fazer esse controle sobre a lei.

No caso italiano, apesar das divergências em torno da questão, prevalece o caráter jurisdicional da Corte, muito embora não esteja vinculada a nenhum Poder.¹⁰⁶ Por outro lado, o art. 92 da Lei Fundamental alemã de 1949 é claro ao determinar que o Poder Judiciário é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, como visto anteriormente.

No Brasil, apesar de não haver tal exclusividade, há casos de controle político, como o controle prévio realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado, bem como o veto oposto pelo Chefe do Poder Executivo a projeto de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade (art. 66, §1º).

¹⁰⁴ DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007. p, 255.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 1999. p, 29.

¹⁰⁶ MENDONÇA, Carla Marchese Moreira de. *O controle de constitucionalidade na Itália – breves considerações*. p, 4. Disponível em http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/CD_Nepjur/pdf/control.pdf. Acessado em 08/11/2009.

4.4.2 Controle jurídico

Pelo modelo jurisdicional, cabe ao Poder Judiciário efetivar o controle, seja exclusivamente através de um órgão com essa competência (controle concentrado, adotado na Alemanha); seja através de todos os órgãos julgadores daquele poder, cuja competência para o controle lhes é atribuída (controle difuso, adotado nos Estados Unidos); ou, ainda, tendo uma combinação de ambos os tipos, no caso do controle jurisdicional misto, o qual contempla o modelo difuso e concentrado, tendo como maiores exemplos Brasil e Portugal.¹⁰⁷ No caso brasileiro, desse modo, além da competência conferida a cada juiz para o controle de constitucionalidade, herança da primeira Constituição Republicana, como aprofundado no capítulo seguinte, tem-se a possibilidade de provocação do STF para, de maneira concentrada, analisar a constitucionalidade da lei em tese, através da ADI, inclusive por omissão, da ADC, da ADPF e da representação interventiva. Ressalte-se que, de acordo com o art. 102, § 2º da CF/88, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em sede de ADI e ADC 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.¹⁰⁸

4.4.3 Controle misto

Através do controle misto, o controle de constitucionalidade é dividido, sendo certas normas controladas por órgão político e outras pelo Poder Judiciário. No Brasil, predomina o controle de constitucionalidade jurisdicional misto, advertindo-se as exceções ao mesmo, perpetradas pelos referidos casos de controle político.

4.4.4 Controle pela via incidental

Quanto ao modo, o controle de constitucionalidade pode ser incidental ou principal. O controle será incidental (*incidenter tantum*) quando a constitucionalidade de lei ou ato normativo for argüida como fundamento de defesa numa dada ação, devendo tal tese ser acolhida para a procedência do pedido principal. A inconstitucionalidade, portanto, não é o objeto principal da ação. Nota-se como há uma proximidade do controle incidental com o modelo difuso, já que caberia ao juiz do caso concreto, eventualmente, afastar a norma inconstitucional, o que só produziria efeitos entre as partes, pois tal afastamento constaria nas razões da decisão, não em seu dispositivo. Canotilho desautoriza essa ligação entre controle

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1005-1006.

¹⁰⁸ Apesar da omissão quanto à ADPF, é pacífico o entendimento de que tais efeitos também a ela se estendem, tendo-se em vista se tratar de uma ação que também pode desencadear o processo objetivo de controle de constitucionalidade.

incidental e difuso, apontando uma particularidade do controle de constitucionalidade português, no qual o controle incidental também pode ser exercido pela Corte Constitucional, sendo a questão debatida, assim, de maneira concentrada, sem prejuízo do controle difuso.¹⁰⁹

4.4.5 Controle pela via principal

O controle principal (*principaliter tantum*) opera-se quando a constitucionalidade é o objeto central da ação proposta, analisando a compatibilidade vertical da lei em tese. É o controle desencadeado pelas referidas ações de competência originária do STF, dando início a um processo objetivo de controle de constitucionalidade, também conhecido como controle abstrato.¹¹⁰

4.4.6 Controle preventivo

Finalmente, o controle pode ser preventivo ou repressivo, tendo em vista quando ele ocorre. Se este se dá antes da promulgação da lei, tem-se o controle preventivo, que evita o aperfeiçoamento do ato legislativo, como ocorre na França, através do Conselho Constitucional.¹¹¹ No caso do Brasil, ele tem lugar com o trabalho das referidas Comissões do Poder Legislativo, bem como com o veto do Chefe do Executivo ou, ainda, através do Poder Judiciário, mediante a utilização de Mandado de Segurança por parlamentar, que detém o direito líquido e certo a um processo eleitoral hígido, que não atente contra as cláusulas pétreas, podendo impedir a tramitação de projeto de Emenda Constitucional lesiva a tais dispositivos.¹¹²

4.4.7 Controle repressivo

O controle jurisdicional, no entanto, em regra é repressivo, só podendo ser levado a cabo, no mínimo, após a promulgação da lei, como se dá com a ação direta de inconstitucionalidade.¹¹³

Feita essa apresentação sobre a jurisdição constitucional e sobre o controle de constitucionalidade, já se pode iniciar a investigação em torno do que consiste a abstrativização do controle concreto, partindo-se, inicialmente, da evolução histórica do controle de constitucionalidade, levado a cabo no próximo capítulo.

¹⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p, 899.

¹¹⁰ Não se pode pensar que o controle concreto de constitucionalidade se confunde com o controle difuso ou incidental. De fato, o controle difuso ou incidental pressupõe um caso concreto, mas este, por sua vez, pode encontrar solução no controle concentrado exercido pelo STF. É o que ocorre, por exemplo, com a ADPF incidental, ajuizada a partir de um caso concreto, mas decidida de maneira concentrada pelo STF, suspendendo o feito nas instâncias ordinárias até o julgamento pela Corte Suprema.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p, 1006.

¹¹² MS 20.257/DF, Rel. Décio Miranda, DJ de 8-10-1980.

¹¹³ ADI 466/DF, Rel. Celso de Mello, DJ de 10-5-1991.

CAPÍTULO II – A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. DE MARBURY X MADISON À ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO NO BRASIL

Estudar a evolução histórica de determinado instituto ou atividade jurídica é tarefa das mais enriquecedoras, pois, ao perquirir as origens destes, o pesquisador prepara-se para compreender com mais acuidade seus atuais contornos. No presente capítulo, abordar-se-á a evolução histórica do controle de constitucionalidade, especificamente na Ordem Constitucional brasileira, sendo imprescindível, no entanto, identificar suas bases internacionais.

Após a análise dos conceitos básicos referentes ao controle de constitucionalidade feita no capítulo precedente, ver-se-á como surgiram os outrora mencionados controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A evolução histórica aqui desenvolvida justifica-se, principalmente, tendo em vista a tendência de abstrativização do controle concreto, referida no final deste capítulo, quando será apresentada, brevemente, as inovações legislativas e jurisprudenciais que a caracteriza.

Será indispensável, destarte, investigar com profundidade o clássico caso Marbury versus Madison, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, consistindo o ponto de partida do controle difuso, bem como o surgimento do controle abstrato na Áustria, em 1920. Em seguida, a evolução do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro terá especial enfoque, enunciando-se o surgimento do controle difuso com a Constituição de 1891 e do controle abstrato, com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965.

Um dos objetivos deste estudo é demonstrar como o controle difuso brasileiro, paulatinamente, perdeu espaço para o controle concentrado, tendo em vista, principalmente, a Constituição Federal de 1988. Este estudo histórico informará, ainda, como a jurisdição constitucional e, especialmente, o controle de constitucionalidade, podem ser diminuídos em tempos de regimes autoritários, como ocorrido à época da Constituição de 1937, que previa um verdadeiro mecanismo de anticontrole de constitucionalidade.

Objetivar-se-á, ainda, perquirir se as razões históricas que justificaram a atribuição de competência ao Senado Federal para efetivar a suspensão total ou parcial da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), fruto da Constituição de 1934, ainda subsistem, tendo em vista a tendência em se equiparar os efeitos do controle concreto ao abstrato, tese ainda não consolidado na jurisprudência do STF.

2. A CONSTANTE NECESSIDADE HUMANA DE SE REPORTAR A UMA “LEI SUPERIOR”

Permeia a história humana, nas mais diversas eras, a necessidade premente de o ser humano pautar sua conduta não só pela lei, mas também por outra norma que fosse superior a esta. Essa norma superior assumiu os mais variados contornos na história do pensamento humano, até o advento das constituições contemporâneas.

Mauro Cappelletti bem assenta que, pensar nas origens históricas do controle de constitucionalidade somente a partir do célebre *Marbury versus Madison* é deixar de lado um rico contributo histórico das sociedades clássica e medieval.¹¹⁴ Evidentemente, essas remotas origens históricas não diziam respeito ao cotejo entre uma lei e uma constituição, mas guardavam em si a ideia de que a referida lei tinha de estar de acordo com uma dada lei superior. Essa é uma grande contribuição histórica para o controle de constitucionalidade já que, em sua essência, ele é justamente isso: perquirir a compatibilidade entre uma lei ou ato normativo infraconstitucional e determinada constituição.

Nesse sentido, pode-se mencionar como exemplo desses movimentos clássicos a diferenciação existente no direito ateniense no tocante à *nómos*, uma espécie de lei “maior”, que dispunha sobre a alteração de outras leis e sobre a organização do Estado, e o *pséfisma*, uma espécie normativa inferior à *nómos* e que deveria guardar compatibilidade com ela, como se fosse um decreto, utilizando a nomenclatura atual.¹¹⁵

Além desse caso colhido a partir da história das sociedades antigas, tem-se que, na idade média, o contraste entre o direito natural, superior e de origem divina, e o direito positivo, inferior e de criação humana, também demonstra essa necessidade de observância de uma lei superior, já que o direito positivo não poderia contrastar com o direito natural.¹¹⁶

Todas essas concepções mostram a ideia por trás do moderno conceito de controle de constitucionalidade, cunhado, propriamente, a partir do surgimento das constituições escritas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), as quais começaram a positivar, em maior ou menor grau, muitos daqueles direitos antes concebidos como naturais. Essas ideias, modernizadas a partir do surgimento dessas Constituições, dão origem ao controle de

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 1999. p, 48-49. Aduz o autor que: “De fato, embora não expressa e conscientemente configurada como ‘supremacia da Constituição’ em relação às leis ordinárias, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de *supremacia de uma dada lei ou corpo de leis* – que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis ‘constitucionais’ ou ‘fundamentais’, *Grundgesetze* – em relação às outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar leis ‘ordinárias’.” (destaques no original).

¹¹⁵ Idem. p, 49.

¹¹⁶ Idem. p, 52.

constitucionalidade propriamente dito, exercido pela primeira vez em 1803 pela Suprema Corte americana no já citado *Marbury versus Madison*.

3. MARBURY VERSUS MADISON E O SURGIMENTO DO CONTROLE DIFUSO

Pode-se dizer que o controle difuso de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, em 1803, após uma engenhosa decisão proferida pelo juiz John Marshall, Presidente da Suprema Corte americana. Dada a relevância histórica da questão, vale a pena estudá-la com certo aprofundamento.

No início da vida republicana dos Estados Unidos, a tensão política existente dividia os partidos Federalista e Republicano, sendo que o primeiro dominava o Parlamento e a Presidência até as eleições de 1800, quando os republicanos chegaram ao Poder Executivo com a eleição do Presidente Thomas Jefferson.¹¹⁷ O então Presidente Adams, federalista, manteve-se no poder até 1801, tendo, nesse ínterim, desenvolvido uma manobra que garantiria a influência política dos federalistas mesmo após a derrota nas eleições. Tratou o Presidente de fazer com que se aprovasse uma lei que criava dezesseis tribunais federais em vários pontos do território americano, como medida para evitar os constantes deslocamentos de juízes da Suprema Corte, cuja competência incluía o julgamento de apelações em casos federais ocorridas nos Estados-membros. Nessas situações, o magistrado daquela Corte deveria se dirigir até o Estado para fazer o julgamento, o que gerava morosidade e cansaço desmedido para os juízes.

Ocorre que tais Cortes seriam preenchidas por juízes vitalícios nomeados pelo Presidente Adams, abrindo-se espaço para o preenchimento dos cargos somente pelos simpatizantes das idéias federalistas, o que poderia criar empecilhos para o futuro governo republicano. O Presidente Adams dizia temer pela moral americana após a vitória de Jefferson, sendo curioso, assim, o fato de não ter havido qualquer empecilho moral que o impedisse de criar cargos para serem ocupados por seus amigos partidários. A política federalista, portanto, não assimilara bem o sistema de dois partidos políticos, preconizador da alternância de poder.¹¹⁸

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 192.

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005. p. 128-130. Nesse sentido é a lição de Ackerman: “It is curious, then, to see Adams and his fellow Federalists prate on about “the increasing dissolution of morals” while rushing to create splendid new jobs for their friends. This juxtaposition only helps prove my point – which is not that the Federalists were immoral, but that their political morality had not embraced the ethic of a two-party system”.

Além de criar tais cargos vitalícios, a referida lei criava diversos cargos de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, cujo mandato era de cinco anos.¹¹⁹ Um dos indivíduos escolhidos para ocupar um desses cargos chamava-se William Marbury. Com o mandato presidencial prestes a encerrar, o ritmo de nomeações para tais cargos foi intensa, registrando-se nomeações na noite anterior a posse dos republicanos, surgindo daí a alcunha “juízes da meia noite”.¹²⁰ O encarregado dos procedimentos necessários à posse dos nomeados era John Marshall, Secretário de Estado, já nomeado para ocupar a presidência da Suprema Corte, mas desempenhado aquela função a pedido do Presidente Adams até a posse de Thomas Jefferson. A atividade levada a cabo por Marshall consistia na colocação de um selo no diploma de nomeação e o conseqüente envio para o nomeado. Ocorre que com a pressa em formalizar a nomeação do maior número de simpatizantes possíveis, o diploma de Marbury, devidamente selado por Marshall, não lhe fora enviado, tendo em vista, provavelmente, os tumultos do último dia de governo. Ressalte-se que Marbury havia sido regularmente indicado pelo Presidente e confirmado pelo Congresso, não contando, somente, com o diploma necessário para a posse.

Assumindo a presidência claramente descontente com tais manobras, o Presidente Jefferson ordena a seu Secretário de Estado, James Madison, a recusar peremptoriamente o envio do diploma solicitado por Marbury.¹²¹ Este, então, impetra um *writ of mandamus*, com base numa lei de 1789 que ampliara a competência originária da Suprema Corte, almejando à concessão de uma ordem para que Madison enviasse o diploma.

Convicto da impossibilidade de a Suprema Corte conceder tal ordem, Madison não apresentou qualquer defesa. O clima era tenso nos Estados Unidos, com o governo aprovando uma série de medidas que desconstruía os estratagemas federalistas, como a aprovação de uma lei que previa a demissão de todos aqueles ocupantes de altos cargos nomeados pelo Presidente Adams.¹²² O clima de beligerância aumentava à medida que o julgamento do *writ* se aproximava, sendo que a engenhosa decisão de Marshall foi fundamental para a manutenção do equilíbrio institucional daquele País.

A questão ganha contornos mais dramáticos à medida que não é possível encontrar na Constituição dos Estados Unidos qualquer norma prevendo a possibilidade de o Poder

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p, 193.

¹²⁰ Idem. p, 193.

¹²¹ Idem. p, 194.

¹²² Idem. p, 194.

Judiciário invalidar uma lei elaborada pelo Poder Legislativo.¹²³ O artigo III da Constituição americana, ao organizar o Poder Judiciário, limitou-se a estatuir, na seção 2.2, a competência originária da Suprema Corte para os casos envolvendo embaixadores, outros ministros, cônsules e algum Estado membro da federação. Assim, a lei de 1789, que disciplinou aquela ação ajuizada por Marbury, ampliara a competência originária da Corte.

O *chief justice* Marshall, julgando o caso, assentou que a retenção do título era ilegal, consistindo um abuso e ferindo o direito de Marbury. No entanto, ele denegou a ordem, pois a ação era baseada numa lei inconstitucional, que invadira a competência do constituinte originário, único capaz de dispor sobre a competência originária da Suprema Corte, já que fixada na Constituição. Com isso, o governo resignou-se por não ter sido obrigado a enviar o diploma, mas recebeu, juntamente com o Poder Legislativo, um importante recado, no sentido de que, a partir daquele caso, caberia aos juízes analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição, recusando a aplicação daquela sempre que conflitasse com esta. Se todos os Poderes devem obediência ao Texto Magno e cabe ao Poder Judiciário interpretá-lo, “os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição”.¹²⁴

As lições constantes no *Federalista* devem ter servido de inspiração para a decisão de Marshall, já que “os pais fundadores” viam com bons olhos o controle jurisdicional das leis.¹²⁵ A Corte Suprema, no entanto, só viria a reconhecer novamente a inconstitucionalidade de uma Lei em 1857, no também célebre caso *Dread Scott*, quando entendeu ser inconstitucional o art. 8º do *Missouri Compromise Act*, de 1850, que proibia a escravidão nos territórios. Essa impopular decisão mostrou-se extremamente infeliz, pois entendeu que os escravos deveriam ser considerados propriedade de seus senhores e, nessa condição, não

¹²³ No artigo III, seções 1 e 2 da Constituição dos Estados Unidos há a disciplina básica do Poder Judiciário. Seção 1: “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office”. Seção 2: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; - to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; - to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; - to Controversies to which the United States shall be a Party; - to Controversies between two or more States; - [between a State and Citizens of another State;-] between Citizens of different States, - between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, [and between a State, or the Citizens thereof;- and foreign States, Citizens or Subjects.] In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

¹²⁴ *Ib. idem.* p. 195.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 306.

poderiam ser libertados (alienados), pois isso malferiria, o devido processo legal previsto na 5ª emenda.¹²⁶

3.1 A nomeação de John Marshall

Referiu-se, anteriormente, acerca da nomeação de Marshall para a presidência da Suprema Corte. Ora, admitindo-se a possibilidade de Marshall ser o juiz mais conhecido daqueles que estudam Direito, é importante, a título de curiosidade, perquirir como se deu sua nomeação. Tal estudo trará uma importante lição, aplicável até mesmo nos tempos atuais, concernente ao fato de que as indicações políticas seguem critérios altamente cambiantes, havendo pouco espaço para qualquer grau de segurança envolvendo o ato de nomeação para as Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais.

Segundo Bruce Ackerman, Marshall não fora a primeira, nem mesmo a segunda, opção do Presidente Adams para ocupar a presidência da Suprema Corte. A preferência recaía sobre John Jay, um dos autores do *Federalista*, que recusara a nomeação em face do cansativo trabalho de percorrer os Estados Unidos para o julgamento daqueles casos supramencionados. Mal ele sabia que tais viagens seriam suprimidas pela lei federalista do Judiciário.¹²⁷ Tal escolha encontraria boa acolhida, pois Jay já ocupara a presidência daquela Corte, indicado por George Washington, fato que já o credenciaria publicamente.

A possível recusa de Jay era imaginada pelo Presidente Adams, já que aquele havia renunciado ao cargo em 1795, para se tornar o governador de Nova Iorque.¹²⁸ Assim, o Presidente elaborou um “plano B”, para ser posto em prática caso a recusa ocorresse, envolvendo a promoção de um dos juízes daquela Corte, provavelmente Paterson, para a presidência, e a conseqüente nomeação de Jared Ingersoll, um federalista da Pennsylvania, um grande Estado que não contava com um representante na Corte desde a morte de James Wilson.¹²⁹ Ingersoll chegou a ser previamente contatado ante a possibilidade de vir a se tornar um membro da Suprema Corte.

As suspeitas do Presidente se efetivaram, e John Jay recusara a nomeação. A carta de recusa enviada por este chegou ao conhecimento daquele faltando pouco tempo para a aprovação da Lei sobre o Judiciário, que continha, além das alterações já mencionadas, um dispositivo que iria alterar todos os planos políticos já traçados pelo Presidente Adams: o projeto previa a redução dos membros da Corte de seis para cinco.¹³⁰ Assim, tão logo a Lei

¹²⁶ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 588.

¹²⁷ ACKERMAN, Bruce. Ob cit. p. 125.

¹²⁸ Idem. p. 123.

¹²⁹ Idem. p. 123.

¹³⁰ Idem. p. 125-126.

fosse aprovada, não haveria necessidade de qualquer nomeação. Adams teria de agir rápido para conseguir uma vantagem política em face da nova situação, que traria ganhos ainda maiores, pois, se a nomeação se efetivasse antes da aprovação da Lei, aquele ardiloso Presidente federalista dificultaria uma futura nomeação para a Suprema Corte por parte de seu sucessor, já que a próxima vacância iria simplesmente reduzir o número de juizes de seis para cinco, não havendo espaço, portanto, para indicações.¹³¹

Para ganhar sua luta contra o tempo e efetivar a indicação antes da vigência da nova Lei, Adams teria de abandonar seu segundo plano, que ainda envolvia o risco de Ingersoll não aceitar a indicação. Assim, ele necessitava de alguém que: não estivesse servindo atualmente na Corte; tivesse credibilidade como novo presidente; pudesse aceitar a nomeação imediatamente; e já estivesse em Washington D.C.¹³² Marshall preenchia todos esses requisitos e logo aceitou a nomeação.

Com a vinda da multicitada Lei, toda a estratégia do Presidente Adams teve de ser refeita, o que desagradou, evidentemente, aqueles que seriam beneficiados com seu “plano B”, ou seja, Ingersoll e Paterson. Adams comprou essas brigas, apostando que seu ganho político seria maior que elas.

Percebe-se, portanto, como a conjuntura política e a alteração da legislação foram fundamentais para a indicação de Marshall, que não fora, repita-se, nem mesmo a segunda opção presidencial. Foi a partir dessa intrincada rede de intrigas e conspirações políticas que Marshall pôde colocar seu nome na história do Direito Constitucional.

3.2 Análise crítica e desdobramentos de Marbury versus Madison

Deve-se assentar, inicialmente, que a engenhosidade de Marshall ao aplicar na prática o *judicial review* não quer dizer que tal doutrina fora por ele desenvolvida. Seu maior mérito não está na criação de tal doutrina, mas na habilidade política em tê-la implementado. Em verdade, a decisão em Marbury versus Madison só foi aceita pelo Presidente Jefferson porque,

¹³¹ Idem. p, 126-127. Assim diz o autor, referindo-se ao Presidente Adams: “Once he filled the sixth slot with a right-thinking Federalist, the subsequent enactment of the Court-shrinking statute would deprive Adams’s successor of his first Supreme Court appointment – since the next vacancy would merely reduce the six-man Court down to its newly specified size of five. The game was now double of nothing: either Adams would lose his own chance to make an appointment or he would deprive his ‘dissolut(e)’ opponents of their chance to fill a vacancy”.

¹³² Idem. , 127. Nas palavras do autor, ainda referindo-se ao Presidente: “If he was to win his race against time, he would have to pick somebody who (1) was not serving currently on the Court, (2) could credibly be nominated as chief justice. (3) could say ‘yes’ immediately, which implied (4) that he was already in Washington, D.C., then a tiny village”.

apesar de a Suprema Corte ter reconhecido a legitimidade da investidura de Marbury, assentou a inconstitucionalidade da lei criadora do writ, no tocante à inconstitucionalidade da competência originária atribuída à Suprema Corte. Se houvesse a condenação de Madison, para a efetivação da nomeação de Madison, ter-se-ia instalando uma crise devastadora nas instituições americanas, levando, provavelmente, à derrocada da tão festejada tese acerca do *judicial review*. Por ter evitado tal estado de coisas com extrema habilidade, Marshall coloca seu nome na história.

Laurence Tribe aponta as motivações políticas que levaram Marshall a tomar tal decisão. Segundo o autor, é inegável o interesse pessoal daquele juiz em aumentar seu próprio poder. Além disso, com o controle judicial de constitucionalidade seria possível aos juizes federalistas, como o próprio Marshall, controlar eventuais excessos perpetrados pelo Presidente republicano Thomas Jefferson.¹³³

Mencionou-se anteriormente que os autores dos artigos federalistas viam com bons olhos o controle judicial dos atos legislativos em face da Constituição. Assim, Alexander Hamilton aponta que:

Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie o mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem.

Caso se diga que os membros do corpo legislativo são eles mesmos os juizes constitucionais dos próprios poderes e que a interpretação que lhes conferem impõe-se conclusivamente aos outros setores, pode-se responder que esta não pode ser a presunção natural a menos que pudesse ser deduzida de cláusulas específicas da Constituição. De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislador, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juizes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser

¹³³ TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Vol. I. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 212. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assenta que: “É indiscutível que o voto de Marshall reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator. Ao estabelecer a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição, era o seu próprio poder que estava demarcando, poder que, aliás, viria a exercer pelos trinta e quatro longos anos em que permaneceu na presidência da Corte. A decisão trazia, no entanto, um toque de inexcusável sagacidade política. É que as teses nela veiculadas, que, em última análise davam poderes ao Judiciário sobre os outros dois ramos de governo, jamais seriam aceitas passivamente por Jefferson e pelos republicanos do Congresso. Mas, como nada lhes fora ordenado – pelo contrário, no caso concreto foi a vontade deles que prevaleceu –, não tinham como descumprir ou desafiar a decisão.” BAROSSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.¹³⁴

As palavras de Hamilton demonstram uma efetiva tomada de posição acerca de qual Poder se afiguraria mais adequado para exercer o controle de constitucionalidade da leis, caindo tal preferência para o Poder Judiciário. Tendo em vista a Constituição americana, essa questão é delicada, pois não há norma expressa naquele texto atribuindo tal competência à Suprema Corte ou a qualquer outro órgão do Judiciário, como visto anteriormente. Vê-se, portanto, como as constituições ditas sintéticas ou concisas também apresentam seus problemas, nem sempre lembrados por seus grandes entusiastas e pelos críticos das constituições analíticas. Percebe-se, desse modo, como a originalidade de Marshall não estava na criação propriamente dita do *judicial review*.

Diversas outras ponderações são feitas em torno dessa histórica decisão, como o possível impedimento de Marshall para o julgamento da causa, em face de seu interesse direto, manifestado quando da nomeação de Marbury. Além disso, aponta-se a atecnia da decisão, que, versando sobre a competência da Suprema Corte, não deveria ter adentrado o mérito da questão. Assim, a decisão deveria ter iniciado e terminado com a mera análise acerca da competência para o julgamento.¹³⁵

Após essa célebre decisão de 1803, a doutrina do controle judicial de constitucionalidade passou por alguns períodos de crise, pois era frequente a resistência, sobretudo do Poder Executivo, em reconhecer a prerrogativa de invalidar uma lei pelo Judiciário. Veja-se, por exemplo, o famoso caso *McCulloch versus Maryland*, no qual a Suprema Corte americana julgou constitucional uma lei federal que criava o Banco dos Estado Unidos, impedindo a tributação deste pelo Estado de Maryland. Recusando-se em admitir a reorganização desse Banco pelo Poder Legislativo, cuja criação era constitucional segundo a própria Suprema Corte, o então Presidente Andrew Jackson, ao vetar a referida lei de reorganização, fundamenta seu veto em razões de inconstitucionalidade, aduzindo que a decisão da Suprema Corte no caso não passava de mera opinião:

A opinião dos juízes não tem maior autoridade sobre o Congresso do que este possui sobre aqueles e, nesse particular, o Presidente é independente de ambos. Não se pode, por consequência, permitir à Corte suprema exercer autoridade sobre o

¹³⁴ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo LXXVIII. In: Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. p. 480 -481.

¹³⁵ BAROSSO, Luís Roberto. Ob. cit. p. 9.

Congresso ou o Executivo quando estes agem em sua capacidade legislativa, limitando-se os juízes à influência que o seu raciocínio possa merecer.¹³⁶

No capítulo III, no ponto referente à súmula vinculante, será demonstrado como o princípio da separação de Poderes foi percebido de maneira diferente na Inglaterra e nos Estados Unidos, contrastando a supremacia do Parlamento com a supremacia do Judiciário e da Constituição, respectivamente. Essa distinta percepção encontra seu ápice no reconhecimento do *judicial review*, o que não deixa de ser um paradoxo, pois aquela supremacia do Parlamento inglês foi quem gerou a supremacia do judiciário americano.

Esse contraste é analisado e superado por Mauro Cappelletti. Para o autor, à medida que as Colônias inglesas na América eram regidas pelas Cartas da Coroa britânica, a obediência a elas era irrestrita, cabendo à legislação das colonial se adequar às respectivas Cartas, respeitando, assim, a supremacia do Parlamento inglês. Essas Cartas, desse modo, funcionavam com espécies de Constituições. Essa é uma das fontes de amplo descontentamento americano com aquele Parlamento, que, para manter o domínio sobre as terras americanas, impunha rígido controle sobre a legislação local.¹³⁷

Ora, se as leis locais só poderiam ser aplicadas se não estivessem em contraste com as leis do Reino, com a independência dos Estado Unidos e a promulgação de sua Constituição, um determinada lei federal só poderia ser aplicada se estivesse em conformidade com a Constituição daquele País. O mesmo raciocínio reacionário, portanto, foi ulteriormente aplicado de modo revolucionário.

4. O CONTROLE CONCENTRADO

O controle de constitucionalidade desempenhado especificamente por uma Corte teve origem na Áustria, em 1920, fruto dos estudos de Hans Kelsen.¹³⁸ Nos primórdios de seu mister, cabia a essa Corte se pronunciar sobre a constitucionalidade da leis federais quando provocada pelo Governo Federal, que detinha legitimação exclusiva para o desencadeamento do controle.

Com a reforma de 1929, ampliou-se essa legitimação, podendo também aos tribunais inferiores deflagrar a fiscalização abstrata.¹³⁹ Deve-se ponderar, no entanto, que o sistema austríaco é o único do mundo a se manter completamente fiel à sistematização feita por Kelsen, pois em tal modelo não há qualquer forma de controle difuso, da mesma forma que

¹³⁶ RICHARDSON, James D. *Messages and papers of the presidents*. Washington, 1896, vol. II, p. 582. apud BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *O contrle da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 15-16.

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p. 61.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 309.

¹³⁹ Idem. p. 309.

nos Estados Unidos não se prevê um controle concentrado. Assim, o modelo austríaco não admite a possibilidade, de resto reconhecido em países como Alemanha e Itália, de qualquer juiz suspender o processo e arguir perante o Tribunal Constitucional respectivo, a questão de constitucionalidade surgida em seu bojo.¹⁴⁰

Tal modelo, no que tange à atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões nele proferidas, foi seguido por diversos países europeus, e seu desenvolvimento culminou com o surgimento das diversas Cortes Constitucionais, sendo seu mais famoso expoente o Tribunal Federal da Alemanha. No Brasil, vale repetir que o controle concentrado só surgiu em 1965, através da Emenda Constitucional nº 16, que alterou dispositivos da Constituição de 1946. O modelo austríaco, no entanto, não encontrou grande aceitação internacional no que tange à legitimidade para propor a fiscalização abstrata de inconstitucionalidade, pois, mesmo com a

É interessante apontar que, a despeito da ampla consagração do controle concentrado de constitucionalidade na Alemanha e Itália, o controle difuso não foi de todo desconhecido na experiência constitucional desses países. Na Alemanha, a Constituição de Weimar previu essa forma de controle. A Constituição italiana de 1948 também o fez, no tocante ao período de transição para a implantação da Corte Constitucional, que demorou oito anos. No caso italiano, Cappelletti aponta o malogro dessa experiência, pois a Corte de Cassação, responsável pelo controle de constitucionalidade à época, “usou sua habilidade hermenêutica muito mais no sentido da não atuação da norma constitucional”.¹⁴¹

5. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A Constituição do Império de 1824 não previa qualquer forma de controle judicial de constitucionalidade. Tendo em vista o dogma então reinante acerca da “soberania do Parlamento”, não se poderia mesmo conceber tal tipo de controle, já que as idéias da Escola de Exegese estavam em seu auge.¹⁴² Desse modo, a Constituição era expressa em determinar ao Poder Legislativo a função de fazer e interpretar as leis, velando pela Constituição.¹⁴³

¹⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p. 85.

¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p. 90.

¹⁴² A referida Escola de interpretação preconizava a interpretação literal, o Estado como única fonte do Direito, a teoria da plenitude da Lei e o apego à vontade do legislador. Glauco Barreira Magalhães Filho, dissertando acerca das características referidas, bem assenta, em relação àquela última, que: “A Escola de Exegese, do ponto de vista político, radicalizava o princípio da separação de poderes. O juiz não podia interpretar a norma de outro modo que não fosse o literal, a fim de não substituir a vontade do Legislador pela sua. A vontade do Legislador era entendida sob o aspecto psicológico, e estava associada diretamente à vontade geral, expressão maior da soberania popular.” MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003. p. 62.

¹⁴³ Assim era a redação original dos dispositivos pertinentes no texto de 1824: “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral (...) VIII - Fazer Leis, interpretar-as, suspendel-as, e rovogal-as; IX - Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação;”

Tamanha restrição ao Poder Judiciário justifica a reduzida competência atribuída ao STF, criado em janeiro 1829, sendo composto por dezessete Ministros. Sua competência estava prevista no art. 164, referindo-se, basicamente, à concessão ou denegação de Recursos de Revista, às ações penais tendo em vista delitos cometidos por Ministros, Empregados do Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias e à decisão sobre os conflitos de jurisdição, e competências das Relações das Províncias.

Poder-se-ia indagar se o STF, sob a égide da Constituição de 1824, não poderia ter adotado uma postura ativa como a da Suprema Corte americana, que, mesmo diante da referida omissão dos Pais Fundadores, tomou a iniciativa de realizar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Essa atitude, no entanto, não poderia ter sido tomada pela Corte brasileira. Na verdade, como havia competência expressa para o Poder Legislativo interpretar as leis e o Imperador detinha o Poder Moderador para si, funcionando como uma espécie de juiz dos demais Poderes, não existia qualquer espaço, nos termos do texto constitucional, para quaisquer posturas mais criativas por parte do STF.¹⁴⁴

Com a Constituição de 1891, a primeira republicana, surge o controle difuso de constitucionalidade. A consagração constitucional estava presente no dispositivo que previa a competência do STF, que poderia rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se contestasse a validade de leis ou de atos de governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.¹⁴⁵ Posteriormente, o controle difuso foi ainda mais clarificado, com o advento da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, prevendo expressamente que:

“os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Fixou-se em quinze o número de Ministros do STF, que deveriam ser escolhidos dentre os Juízes Federais mais antigos e cidadãos de notório saber e reputação ilibada, que fossem elegíveis para o Senado (art. 55). Note-se que não se exigia o notável saber jurídico, brecha propiciadora de uma inusitada situação. Não havia a previsão, no entanto, de qualquer ação de controle concentrado de constitucionalidade, destacando-se a atuação do Tribunal no desenvolvimento jurisprudencial do *habeas corpus*, cuja concepção originalmente prevista na

¹⁴⁴ Nesse sentido: BITTENCOURT, C.A. Lúcio. Ob. cit. p. 27-28.

¹⁴⁵ “Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

Constituição de 1891 propiciava uma ampla aplicação, já que ele protegia o direito de ir e vir, sem maiores restrições textuais. Através desse instrumento, o STF declarou a inconstitucionalidade do Código Penal da Marinha, o que causou represálias por parte o Presidente Floriano Peixoto: tendo em vista a brecha antes referida, o Chefe do Executivo nomeou um médico e um general para a Corte, deixando de prover outras vagas. O Senado, posteriormente, desaprovou a nomeação, por entender que o notável saber referia-se às leis, tendo o médico Barata Ribeiro exercido o cargo por quase um ano (25/11/1893 – 29/09/1894).¹⁴⁶ Posteriormente, a Emenda Constitucional de 1926 restringiu a utilização daquela ação constitucional.¹⁴⁷

A Constituição de 1934 é apontada como um marco na evolução do controle de constitucionalidade brasileiro rumo ao controle direto.¹⁴⁸ Paulo Bonavides aponta quatro inovações trazidas naquele texto que justificam a reputação daquela Constituição: 1) criou-se a “cláusula de reserva de plenário”, através da qual um tribunal só poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo mediante voto da maioria absoluta da totalidade dos juízes; 2) a competência atribuída ao Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, cuja inconstitucionalidade tivesse sido declarada pelo Poder Judiciário; 3) a previsão da representação interventiva, de competência do Procurador Geral da República, que condicionava a eficácia da intervenção à constitucionalidade da Lei que a previsse, em face da inobservância dos princípios sensíveis por parte do Estado-membro; 4) a instituição do mandado de segurança “para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.¹⁴⁹

A segunda inovação apontada apresenta especial importância para esta pesquisa, tendo em vista as atuais mudanças em torno de sua interpretação, como adiante referido no estudo da tendência de abstrativização do controle concreto. No momento, basta assentar que a justificativa para sua criação fora a falta de eficácia *erga omnes* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Com a suspensão pelo Senado, tal efeito seria atribuído à decisão, fazendo com que esta Casa Legislativa funcionasse como uma espécie de parceiro do STF no controle de constitucionalidade. É justamente o papel do Senado nessa parceria que gera controvérsias hodiernamente.

¹⁴⁶ MORAES, Alexandre. Ob. cit. p, 462.

¹⁴⁷ Art.72, §22: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p, 328.

¹⁴⁹ Idem. p, 328.

A Constituição de 1937 inaugura o “Estado Novo” e determina verdadeiro retrocesso na evolução do controle de constitucionalidade na ordem constitucional brasileira. A Carta de 1937 entra para a história brasileira como a primeira a, efetivamente, dispensar os serviços de uma Assembléia Constituinte. Nesse sentido, Paes de Andrade e Paulo Bonavides demonstram que:

“Mesmo a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes. Quando o texto já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembléia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado. Por isso, pode-se afirmar que a Constituição de 1937, foi a primeira que dispensou o trabalho de representação popular constituinte”.¹⁵⁰

A Carta previa a convocação de um plebiscito para se perquirir a manutenção do texto constitucional, além de um mandato presidencial de seis anos, o qual só poderia ser concluído se o resultado do plebiscito fosse favorável à manutenção da Constituição. Com isso, estava implícita a necessidade de realizar tal consulta entre esses seis anos, fato que não ocorreu.¹⁵¹ O autoritarismo desse período permeava diversos dispositivos daquele texto constitucional, como o art. 96 parágrafo único,¹⁵² através do qual possibilitava-se ao Presidente da República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, se ele entendesse ser ela necessária ao “bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, submetê-la novamente ao exame do Parlamento, cuja confirmação por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornaria a decisão do Tribunal sem efeito. Era a consagração do anticontrole de constitucionalidade, o que implicava dizer que a Constituição era, nesses casos, obliquamente emendada, já que se aplicaria uma Lei inconstitucional.¹⁵³

¹⁵⁰ ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Paz e Terra, São Paulo: 1991. p. 339.

¹⁵¹ Os referidos autores citam entrevista concedida por Francisco Campos, autor da Carta, na qual ele sustenta, tendo em vista o transcurso de tal prazo sem a convocação do plebiscito, que a Carta de 1937 não tinha mais vigência constitucional, em 1945. São essas as palavras dele: “ Ora, o artigo 80 declara: o período presidencial será de seis anos. Resulta, pois, claramente, da combinação dos dois artigos: o primeiro, de que o mandato do Presidente começa a correr da data da Constituição; o segundo, que esse período não poderia exceder de seis anos. Estabelecendo o artigo 175 que o Presidente só termina esse período de seis anos se o plebiscito fosse favorável à Constituição, o plebiscito deveria realizar-se, impreterivelmente, dentro de seis anos a que se refere o artigo 80. Não se tendo realizado o plebiscito dentro do prazo estipulado pela própria Constituição, a vigência desta, que antes da realização do plebiscito seria de caráter provisório, só se tornaria definitiva mediante aprovação plebiscitária, tornou-se inexistente”. ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 331-332.

¹⁵² “ Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p. 170.

Especificamente quanto ao STF, a inauguração do período ditatorial não trouxe maiores modificações à sua organização e competência, tendo Getúlio Vargas reivindicado, no entanto, a atribuição de nomear o Presidente da Corte.¹⁵⁴ Essa foi a primeira Constituição a fixar o número de Ministros do STF em onze.¹⁵⁵

Com a Constituição de 1946, a representação interventiva ganha nova feição. No modelo previsto na Constituição de 1934, o Senado detinha a competência exclusiva para iniciativa da Lei interventiva (art. 41, §3º), mas a intervenção, mesmo já prevista nessa Lei, só produziria efeitos quando o STF, mediante provocação do Procurador Geral da República, declarasse sua constitucionalidade (art. 12, §2º). No novo modelo da Constituição de 1946, outorgou-se ao Procurador Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos princípios previstos no art. 7º, VII. Com isso, a intervenção passou a ficar condicionada à declaração de inconstitucionalidade pelo STF do ato violador daqueles princípios (art. 8º, parágrafo único). Desse modo, o STF, ao invés de declarar a constitucionalidade da Lei interventiva para a intervenção se efetivar, declarava a inconstitucionalidade do ato objeto da representação interventiva, abrindo espaço para a intervenção.¹⁵⁶

O Texto Magno de 1946 entra para a história por ter sido o primeiro a abrigar o controle de constitucionalidade abstrato no sistema brasileiro, através da alteração à competência do STF promovida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nos termos dessa Emenda, o art. 101, I, k, passava a ter a seguinte redação: “k) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República”. Atente-se para a restrita legitimação para a propositura da representação, característica que seria mantida na Constituição de 1967, mesmo com a Emenda de 1969.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes mudanças ao sistema de constitucionalidade,¹⁵⁷ tendo a Emenda nº 7 de 1977 introduzido a representação de

¹⁵⁴MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32.

¹⁵⁵ Assim fixava seu art. 97. Em 1931, no entanto, o Decreto 03/02/1931 já reduzira o número de Ministros de quinze, previsão constante na Constituição de 1891, para onze, não sendo, portanto, uma composição inteiramente nova para a Corte a previsão do art. 97 citado. A Constituição de 1934 não se referia ao número de Ministros, fazendo uma mera menção ao STF em seu artigo 9º: “O Supremo Tribunal Federal, com os seus atuais Ministros, passará a constituir a Corte Suprema”.

¹⁵⁶ A título de curiosidade, especialmente para os cearenses, tem-se que a primeira representação de inconstitucionalidade para fins de intervenção federal, seguindo o novo modelo, fora proposta em face de disposições de cunho parlamentarista contidas na Constituição do Estado do Ceará. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p. 1041. Tratava-se da Rp. 93, de 16-7-1947, Rel. Min. Annibal Freire, AJ, 85/3.

¹⁵⁷ Idem, p. 1044.

inconstitucionalidade para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, I, e).

O grande debate vivido na época referiu-se ao papel do Procurador Geral da República e sua legitimação exclusiva. Em 1970, o Decreto-lei nº 1.077, de 26 de janeiro, instituiu a censura prévia na divulgação de livros e periódicos. O Movimento Democrático Brasileiro (MDB) representara ao Procurador Geral da República sobre a inconstitucionalidade da referida Lei, tendo o Procurador arquivado tal representação. Interpôs-se Reclamação para o STF, que a julgou improcedente, por entender, rigidamente, que a competência exclusiva do Procurador Geral da República tocante à iniciativa da ação justificaria a análise discricionária deste acerca de sua propositura.¹⁵⁸

Com a consagração desse entendimento, o Procurador Geral da República, verdadeiramente, convertia-se em juiz último da constitucionalidade, usurpando a competência do STF. Gilmar Mendes aponta que a doutrina e jurisprudência da época não deram a devida atenção ao estudo da representação de inconstitucionalidade, não atentando para o caráter dúplice que a referida ação ostentava, já que poderia também ser utilizada para a declaração de constitucionalidade.¹⁵⁹ A redação do texto constitucional favorecia essa falta de discernimento, já que dava proeminência à inconstitucionalidade. Nada obstava, contudo, que o Procurador Geral da República, não convencido da inconstitucionalidade, encaminhasse a representação com parecer sustentando a constitucionalidade da Lei ou ato normativo impugnado. Esta, no entanto, não foi a orientação que prevaleceu. Dentre os autores que sustentavam o dever de o Procurador Geral da República promover a representação de inconstitucionalidade, destacava-se Pontes de Miranda, que amparava seu ponto de vista no art. 1º da Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964.¹⁶⁰

A Constituição de 1988 encontrou solução para o impasse, pois ampliou consideravelmente a legitimação para propositura da ADI. O art. 103 prevê a legitimação do Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Mesa de Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, entidade de classe de âmbito nacional, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical. Com tal ampliação, aumentou consideravelmente a possibilidade de uma controvérsia constitucional ser resolvida

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 331.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p. 1047.

¹⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 - Tomo IV*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1967. p. 41.

diretamente pelo STF, sendo licito dizer que através da Lei Fundamental de 1988 o controle concentrado ganhou espaço em face do controle difuso.

Em seu texto originário, essa Constituição não previa a ADC e nem a ADPF, incluídas através da Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993. A legitimação para propositura da ADC, originariamente, era deferida somente ao Presidente da República, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa do Senado Federal e ao Procurador Geral da República, tendo a Emenda Constitucional nº 45 equiparado o rol de legitimados da ADC ao da ADI. A ADPF veio preencher uma lacuna existente no controle direto de constitucionalidade, já que o STF entendia não ser cabível ADI para impugnar Lei municipal ou direito pré-constitucional em face da Constituição, tendo essa arguição um caráter subsidiário em face da ADC e da ADI. Tais matérias, que antes do advento dessa ação só poderiam ser tratadas no controle difuso, passaram a também ser objeto de controle concentrado, ampliando este ainda mais.¹⁶¹

A Constituição ainda previu remédio para combater a inconstitucionalidade por omissão, criando o mandando de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

6. A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

Atualmente, a maior inovação pela qual passa o controle de constitucionalidade insere-se na tendência de abstrativização do controle concreto por parte do STF, tema que passa, necessariamente, por uma proposta de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição,¹⁶² cuja matéria é conhecida desde 1934. Como dito anteriormente, é através desse dispositivo que se confere efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle concreto. Essa visão clássica vem sendo combatida com mais veemência por Gilmar Mendes, que chegou a escrever artigo sobre o tema, sustentando a necessidade de reinterpretar o instituto e dar ao Senado Federal a mera atribuição de conferir publicidade ao acórdão do STF proferido nessas hipóteses. Dessa forma, o papel do Senado no controle de constitucionalidade seria reduzido, tornando-o mero agente publicador da decisão de inconstitucionalidade proferida no controle concreto.¹⁶³

¹⁶¹ A ADI e ADC são regulamentadas pela Lei 9.868 de 1998, enquanto a ADPF é regulamentada pela Lei 9.882 de 1998.

¹⁶² “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

¹⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004. Gilmar Mendes aponta uma série de dificuldades para a manutenção do entendimento clássico acerca do papel do

Evidentemente que o objetivo desta parte do trabalho não é aprofundar o tema, sendo devida somente uma apresentação geral sobre a questão. A tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade mostra-se no âmbito legislativo e jurisprudencial.¹⁶⁴

No âmbito legislativo, destacam-se o surgimento da Súmula Vinculante (art. 103-A) e do instituto da Repercussão Geral para a admissibilidade dos recursos extraordinários (art. 102, III e § 3º). Em poucas palavras, no primeiro caso tem-se que um precedente julgado diversas vezes da mesma forma, tendo em vista sempre um caso concreto, terá aptidão, ao se aprovar um enunciado vinculante por 2/3 dos ministros do STF, de gerar efeitos vinculativos contra todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta de todos os poderes. Dessa forma, decisões proferidas em casos concretos, quando reiteradas e aprovadas por enunciado de súmula vinculante, não terão um efeito adstrito somente às partes. Essa tendência se acentua também tendo em vista a repercussão geral nos recursos extraordinários, cuja aceitação dependerá de prévio juízo de admissibilidade tendo em vista aspectos jurídicos, políticos, econômicos e sociais que transcendam aquele recurso e abarque diversos outros casos semelhantes. Assim, uma vez aceito, o recurso será julgado tendo em vista uma série de outras implicações que transbordem para o mero limite da causa em questão.

É no âmbito judicial que a tendência de abstrativização ganha mais força, possivelmente. Através de algumas decisões, o STF tem atribuído efeitos típicos do controle abstrato, como a eficácia contra todos e efeito vinculante, a situações de inconstitucionalidade julgadas concretamente, fazendo, assim, que tais efeitos ultrapassem os limites dessa lide. Veja-se, por exemplo, o caso da progressão de regime nos crimes hediondos, julgado no HC 82.959/SP,¹⁶⁵ no qual se declarou a inconstitucionalidade da vedação legal de maneira incidental, mas se concedendo, aparentemente, efeitos *erga omnes*.

Diz-se aparentemente porque a Reclamação Constitucional nº 4.335 do Estado do Acre,¹⁶⁶ ajuizada pela Defensoria Pública da União em face de ato de juiz daquele Estado, tornou o debate ainda mais complexo, gerando dúvidas se o STF teria realmente atribuído eficácia contra todos àquela decisão. Ocorre que tal juiz negou a progressão de regimes com base na decisão do HC 82.959/SP, alegando que para esta apresentar eficácia *erga omnes*, o procedimento previsto no art. 52, X da Constituição teria de ser respeitado. Como o Senado

Senado no controle de constitucionalidade, atendo-se, por exemplo, às novas técnicas de decisão utilizadas pelo STF, como será abordado no último capítulo.

¹⁶⁴ Essas inovações legislativas e jurisprudenciais serão aprofundadas no capítulo III.

¹⁶⁵ HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01/09/2006.

¹⁶⁶ Rcl. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento suspenso em face de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

Federal ainda não se manifestara, a decisão proferida naquele HC só teria efeito *inter partes*. A reclamante alegou o descumprimento da decisão do STF naquele HC, sendo atendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que julgaram procedente a ação. O Ministro Gilmar Mendes reafirmou sua posição, declarando que a decisão do juiz de direito do Acre desrespeitou a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no referido HC, cabendo ao Senado somente publicar esta decisão. Ocorre que os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa divergiram dessa posição, tendo o primeiro julgado a Reclamação improcedente, enquanto o segundo nem mesmo dela conheceu.¹⁶⁷ O deslinde dessa ação, portanto, terá efeitos importantíssimos acerca da consolidação dessa tendência de abstrativização, assentando se a extensão de efeitos, verdadeiramente, ocorrera ou não.

Cite-se, ainda o RE 197.917/SP,¹⁶⁸ no qual se atribuiu efeito vinculante à decisão que julgou constitucional a resolução do TSE que fixava o número de vereadores proporcional à população dos Municípios. Veja-se que a decisão partiu de um caso concreto envolvendo o Município de Mira Estrela, sendo forçoso reconhecer que diversos outros Municípios encontravam-se na mesma situação, fato que ensejava a vinculação dos fundamentos – *ratio decidendi* – a fim de que as diversas outras leis inconstitucionais também fossem alcançadas pela decisão. Com isso privilegia-se a força normativa da Constituição, ao se evitarem decisões conflitantes ou a manutenção de situações inconstitucionais idênticas a outras já declaradas inconstitucionais.

A crítica que se pode fazer a tal tendência é a de que muitas dessas transformações não seriam possíveis através de mera interpretação constitucional, necessitando a superveniência de Emendas Constitucionais e leis regulamentadoras. A mutação constitucional proposta pelo Ministro Gilmar Mendes acerca do papel do Senado Federal no controle concreto parece extrapolar os limites daquela, já que a mutação deve se ater aos limites textuais da norma, não ultrapassando seu sentido literal possível.¹⁶⁹ Reconheça-se, no entanto, que é extremamente desejável equipar os efeitos das decisões proferidas no controle abstrato e concreto, como forma de evitar decisões divergentes sobre matéria constitucional, como ocorrido no

¹⁶⁷ Este fora o conteúdo da decisão proferida em 19/04/2007, quando da suspensão do julgamento: “Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas corpus, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007”.

¹⁶⁸ RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Correia, DJ de 07/05/2004.

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p. 132.

supramencionado HC, fenômeno que só enfraquece a força normativa da Constituição e o papel de seu guardião. Diverge-se, somente, quanto aos meios para se atingir o fim desejado.¹⁷⁰

Já que a evolução traçada culminou com a apresentação das linhas iniciais da abstrativização, faz-se necessária a análise pormenorizada da mesma no capítulo seguinte.

¹⁷⁰ Os aprofundamentos devidos em torno da mutação constitucional serão feitos no último capítulo.

CAPÍTULO III - A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

1. CONCEITO

A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade é uma tendência levada a cabo pela jurisprudência do STF e por certas inovações legislativas¹⁷¹ que visa equiparar as características do controle concreto exercido por aquela Corte com as características do controle abstrato. Essa identidade de características deve ser compreendida a partir da possibilidade de uma decisão proferida no bojo do controle concreto exercido por parte do STF ostentar eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e eficácia temporal prospectiva, mesmo em relação às partes do processo no qual se discutiu a questão constitucional.

Assim, como se sabe que a eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante e a possibilidade de modulação temporal das decisões, nos termos do art. 27 da Lei 9868/99, são características referenciadas tipicamente ao controle abstrato, tem-se a manifestação da mencionada tendência quando se busca levar tais instrumentos para o controle concreto. Diz-se que se trata de uma tendência, pois, apesar de utilizada algumas vezes por parte do STF, o julgamento em torno da mutação constitucional do art. 52, X da CF/88 se encontra pendente, nos termos da Reclamação Constitucional nº 4.335. Desse modo, o fenômeno em estudo não mais será uma tendência se, após tal julgamento for reconhecida a desnecessidade de resolução senatorial suspensiva da lei declara inconstitucional, no controle difuso, pelo STF.

Para compreender a abstrativização, portanto, faz-se necessária a compreensão da eficácia *erga omnes*, do efeito vinculante e da modulação temporal dos efeitos das decisões do STF, no contexto do processo objetivo de controle de constitucionalidade. Assim, analisar-se-á, primeiramente, em que consiste tal processo objetivo para, em seguida, estudar os mencionados caracteres do controle abstrato de constitucionalidade.¹⁷²

2. O PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O entendimento do processo objetivo passa pelo contraste com as características do processo subjetivo. Naquele, conceitos como contraditório, lide e coisa julgada ganham contornos bastante diferenciados em relação a este.

¹⁷¹ As inovações legislativas são a súmula vinculante e a repercussão geral no Recurso Extraordinário, ao passo que as inovações jurisprudenciais correspondem a diversos precedentes do STF. Tais novidades serão analisadas neste capítulo.

¹⁷² Diga-se, desde já que, característica essencial ao controle abstrato é a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas nesse tipo de controle. Tanto o efeito vinculante como a possibilidade de modulação temporal de tais decisões são aspectos acidentais ao controle, como adiante aprofundado.

Teori Zavascki muito bem diferencia ambos os tipos de processo, partindo da análise da norma abstrata, da hipótese de incidência e da norma individualizada que se tem quando há a aplicação da norma ao fato. Assim, o autor sustenta que:

Se considerarmos os três elementos básicos da atuação do fenômeno jurídico – ou seja, a norma abstrata, o suporte fático de sua incidência e a norma individualizada (relação jurídica) que daí surge –, poderemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional exercida comumente pelo Poder Judiciário na solução de conflitos de interesses concretizados e (b) a que se desenvolve nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar sobre o suporte fático e a norma individualizada, dirimindo controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou modo de ser dos direitos subjetivos, dos deveres ou de prestações. No segundo, faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos.¹⁷³

Desse modo, o processo objetivo, ao tutelar diretamente a norma abstrata, apresentar-se-ia de maneira bem diferenciada em face do controle subjetivo. Sendo apto a controlar a norma abstrata em contraste com a Constituição, tem-se um processo mais célere que o subjetivo, que, em face do caminho mais longo para chegar ao seu fim, apresenta-se mais demorado. Além disso, a eficácia *erga omnes* garante a isonomia e segurança jurídica, pois uniformiza a jurisprudência constitucional.

Por outro lado, o controle subjetivo ou concreto de constitucionalidade apresenta-se como um verdadeiro processo democrático, pois através dele qualquer indivíduo pode levar à apreciação estatal um ato o qual ele entender ser inconstitucional, sem a necessidade de um intermediário, que seria o legitimado para propor uma ação de controle concentrado. Tendo em vista tais aspectos, não se pode sustentar que o processo objetivo, necessariamente, seja mais adequado constitucionalmente que o processo subjetivo.

Para alcançar sua finalidade de garantidor da ordem constitucional objetiva, o processo objetivo tem sobre si as seguintes características: 1) impossibilidade de intervenção de terceiros (art. 7º da Lei 9.868/99); 2) impossibilidade de a parte requerente desistir do processo (art. 5º da Lei 9.868/99); 3) não recorribilidade das decisões definitivas de mérito, admitindo-se somente a interposição de embargos de declaração (art. 26 da Lei 9.868/99); 4) impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória (art. 26 da Lei 9.868/99); 5) a possibilidade de os *amici curiae* participarem do julgamento, como forma de propiciar maior abertura ao processo (art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99); 6) inexistência de partes defendendo um interesse próprio; 7) inexistência de lide entendida como conflito subjetivo de interesses.

¹⁷³ Ob. cit. p. 42.

Em face de tais características, impõe-se uma releitura em torno da assertiva segundo a qual o processo objetivo não comporta a existência de partes defendendo um interesse próprio e a existência de lide entendida como conflito subjetivo de interesses.

De fato, a legitimidade para a instauração do processo objetivo, através de ADI, ADC ou ADPF, é extraordinária,¹⁷⁴ de modo que os legitimados constantes no art. 103, CF/88 defendem um interesse de toda a sociedade, quando ajuízam uma daquelas ações. Sabe-se que, normalmente, o substituto processual não suporta os efeitos das decisões nos processos em que foi parte, pois aquelas recaem diretamente sobre os substituídos. Ora, isso não ocorre no processo objetivo, pois, já que se está diante de um processo que tutela a própria ordem constitucional objetiva, tem-se que o substituto também é alcançado pela decisão. Beiraria o absurdo uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade que não alcançasse, por exemplo, o Presidente da República, autoridade apta a ajuizar uma daquelas ações.¹⁷⁵

Assim, não parece haver maiores problemas em se aceitar a existência de partes no processo objetivo, desde que se entenda que elas, mesmo não defendendo um interesse seu, estão igualmente submetidas à decisão proferida, tal qual a sociedade, substituída processualmente.

Também é muito comum dizer que no processo objetivo não há lide. Na verdade, não há lide subjetiva, sendo inegável, no entanto, a existência de lides objetivas, capazes de demonstrar uma franca oposição de interesses no seio da sociedade. Sob esse prisma, a lide existente no processo objetivo é um conflito muito mais amplo que o presente no processo subjetivo, sendo açodado simplesmente não reconhecer tal fenômeno no âmbito do processo objetivo.

Veja-se, por exemplo, o caso envolvendo a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, levada a cabo através da ADI 3.510.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Nesse sentido, Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira assentam que: “Adota-se o entendimento de que há legitimação extraordinária toda vez que exista uma incoincidência entre o legitimado a estar no processo e o sujeito da relação jurídica material deduzida em juízo, fenômeno que ocorre neste caso, com a particularidade de o ‘titular do direito’ (a coletividade) não estar autorizado a atuar em juízo na sua defesa”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN e da ADC*. In.: *Ações constitucionais*. 3ª Ed. DIDIER JR., Fredie (Org.). Salvador: Jus Podivm, 2008.

¹⁷⁵ No mesmo sentido é a lição de André Dias Fernandes, nestes termos: “Note-se, ademais, que o substituto processual normalmente não suporta os efeitos materiais da decisão, pois o direito postulado pertence ao substituído, que, de ordinário, é o único a suportá-los. Mas o legitimado passivo no processo objetivo de controle de constitucionalidade suporta os efeitos da decisão da mesma forma que toda a sociedade. Logo, é mais merecedor do título de parte do que o substituto processual no regime do CPC”. Ob. cit. p. 157-158. Acrescente-se, no entanto, que não só o legitimado passivo suporta os efeitos da decisão no processo objetivo, mas também o próprio legitimado ativo, como visto no texto.

¹⁷⁶ Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Decisão de julgamento publicada no DJE e no DOU em 20/06/2008.

Sem sombra de dúvidas, esse foi o julgamento mais acompanhado pela sociedade em toda a história do STF, sendo notório o destaque que os meios de comunicação deram ao caso.

Como se sabe, a mencionada ADI atacava o art. 5º da Lei 11.105/05, por entender, basicamente, que a pesquisa com células tronco embrionárias para fins terapêuticos violava a dignidade da pessoa humana, já que em tais células já haveria vida, uma vez que efetivada a concepção. Admitir uma pesquisa desse tipo, portanto, seria instrumentalizar a vida humana. Essa posição encontrou apoio na sociedade, sobretudo entre os que professam a fé católica.

Por outro lado, parcela considerável da população brasileira divergia dessa tese e admitia a constitucionalidade de tais pesquisas. Basta ver que o Projeto de Lei nº 2.401/03, que originou a mencionada Lei, contou com uma maciça aprovação na Câmara: 352 votos a favor e 60 contra.¹⁷⁷ Assim, não parecia ser tão evidente, para os defensores da Lei, que a vida, invariavelmente, começava a partir da concepção, além do que, nos termos em que aprovada, a Lei só permitia a pesquisa com células-tronco inviáveis ou congeladas há mais de três anos, com o expresse consentimento dos genitores, pelo que restou preservada a liberdade de crença destes. Como a esperança no desenvolvimento de terapias através do uso de tais células superou o egoísmo que se estabeleceria com o mero descarte das mesmas, única providência possível se reconhecida a inconstitucionalidade da Lei, o STF, por maioria de 6 a 5,¹⁷⁸ julgou constitucional o dispositivo atacado.

Nos dias dos julgamentos, o Plenário do STF ficou repleto de grupos que bem demonstravam os interesses envolvidos no caso: deficientes físicos, cientistas que aprovavam ou não as pesquisas e religiosos expunham seus pontos de vista, de resto bem demonstrados na audiência pública que antecedeu tal julgamento e nas intervenções dos *amici curiae*.

Como se tratava de tema tão polêmico, como costumeiramente são as questões ligadas ao direito à vida, havia respeitáveis argumentos em ambos os lados da disputa,

¹⁷⁷ Fonte: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/NAO-INFORMADO/62024-CAMARA-APROVA-PL-DA-BIOSSEGURANCA.html>.

¹⁷⁸ O apertado placar deve ser entendido com cautela, pois os cinco votos vencidos não chegavam a julgar completamente procedente a ADI, pois divergiam quanto à extensão da inconstitucionalidade. O voto do Ministro Meneses Direito, por exemplo, foi o mais restritivo, criando diversas limitações às pesquisas sob o pretexto de uma interpretação conforme a Constituição que não tinha sua razão de ser, ante a inexistência de uma polissemia capaz de fazer surgir diversas normas do mesmo texto. Por outro lado, o voto do Ministro Gilmar Mendes, computado entre os cinco vencidos, reconheceu a constitucionalidade das pesquisas, as quais, no entanto, deveriam ter um controle mais rígido que o previsto no art. 5º, §2º da Lei. Para o Ministro, remeter as pesquisas para os comitês de ética das próprias instituições de pesquisa violaria o princípio da proporcionalidade na sua outra vertente, a vedação à proteção insuficiente. Tais teses não foram acolhidas, e os seis votos foram no sentido de manter a Lei na sua redação original, sem qualquer ressalva ou interpretação conforme. Assim, mesmo tendo sido, aparentemente, uma votação apertada, deve-se ressaltar que os cinco votos vencidos divergiam em extensão.

devendo-se deixar claro que o choque de interesses no caso se mostrava bem evidente, com ambas as partes defendendo seus argumentos apaixonadamente.

Assim, mesmo não se tratando de uma lide subjetiva, ou seja, de um conflito através do qual as partes subjetivamente consideradas sustentavam seus interesses contrapostos, a situação acima descrita demonstra um flagrante choque de ideias apto a caracterizar um litígio de forte cunho político na sociedade. É nesse sentido que Gustavo Binbenbom assenta que:

A noção de que a ação direta de inconstitucionalidade instaura um processo objetivo deve ser entendido em seus devidos termos. Do ponto de vista da teoria processual, é correta a classificação, eis que não há contendores litigando em defesa de direitos subjetivos concretos, que deverão ser assegurados pela prestação jurisdicional. O que não se pode admitir é que a decantada objetividade seja invocada para sustentar a falsa ideia de que a fiscalização abstrata da constitucionalidade se perfaça através de um processo asséptico, meramente formal, desprovido da essência da ideia de lide que é o conflito de interesses. Bem ao contrário, nele confluem os maiores conflitos políticos, sociais e econômicos da nação, compondo um quadro representativo dos fatores reais de poder.¹⁷⁹

Desse modo, há lide no processo objetivo, muito embora ela tenha uma feição objetiva, com aspectos que podem ser sentidos por diversos segmentos da sociedade, ante a relevância e transcendência envolvidas nas matérias em debate.

3. A EFICÁCIA *ERGA OMNES*

As decisões do STF no controle abstrato apresentam uma eficácia para além dos legitimados envolvidos na deflagração do processo objetivo, pois atribuível a toda a sociedade. O estudo da eficácia contra todos das decisões judiciais em geral e das decisões na jurisdição constitucional em particular descortina a preocupação que se tem hodiernamente com o processo coletivo, cuja solução alcança diversos grupos sociais, e não um indivíduo específico.

A eficácia *erga omnes* das decisões é marca essencial do controle abstrato de constitucionalidade, que o faz diferenciar nuclearmente do controle concreto. Ela é uma decorrência lógica daquele tipo de controle, pois através do controle abstrato se ataca a lei em tese, não havendo sentido em, uma vez invalidada esta, os efeitos de tal decisão não se estenderem para toda a sociedade. Se a lei deve ser observada por todos, a decisão que a invalida também deve gozar do mesmo *status*, sob pena de se inviabilizar o controle abstrato de constitucionalidade.

¹⁷⁹ BINENBJOM, Gustavo. *A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99*. In.: *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 157.

Assim, o efeito vinculante ou a possibilidade de se efetivar a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade são caracteres meramente acidentais ao controle abstrato. Veja-se que o efeito vinculante não era característica presente nas decisões definitivas de mérito do STF em ADI nos termos da redação originária da Constituição de 1988, pois o mesmo só fora criado em 1993, com a edição da EC nº 03 e a consequente criação da ADC. Assim, até esse momento, as referidas decisões do STF só gozavam de eficácia *erga omnes*, não dispondo, portanto, de efeito vinculante.¹⁸⁰

Do mesmo modo, não há qualquer norma da Constituição que preveja a possibilidade de se efetivar a mencionada modulação temporal, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99. No entanto, tal norma infraconstitucional previu tal hipótese, de resto já utilizada pelo STF como forma de se minimizar o possível rigor dos efeitos retroativos da declaração de nulidade da lei. Adiante o ponto será aprofundado, mas, desde já, deve-se assentar que tal característica também não é ínsita ao controle abstrato.

Tem-se, portanto, que a consagração do efeito vinculante insere-se no âmbito da liberdade de conformação do legislador. Em relação à modulação temporal, apesar de se afigurar necessária a intervenção legislativa para se regulamentar a procedimentalização da mesma, tem-se que sua existência independe de lei, pois, como adiante demonstrado, sua razão de ser está na colisão ente o princípio da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, ambos princípios constitucionais.

Em outras palavras: o controle abstrato de constitucionalidade pode até não ter sobre si o efeito vinculante ou a possibilidade de modulação temporal das decisões, mas nunca poderá desligar-se da eficácia *erga omnes*, sob pena de não ser mais abstrato,

Demonstrada a essencialidade da eficácia *erga omnes* para o controle abstrato, deve-se trazer à baila uma breve análise desse efeito em relação às decisões interlocutórias cautelares e aos acórdãos definitivos de mérito proferidos pelo STF. Enquanto as primeiras apresentam eficácia *erga omnes*, cabendo a toda a sociedade observar o provimento cautelar deferido pela da Corte, as segundas apresentam a eficácia *erga omnes* relacionada à coisa julgada, originando a coisa julgada *erga omnes*.

Sendo coisa julgada, além de impor a observância de seu dispositivo por parte de toda a sociedade, impõe que julgamentos de casos idênticos àquele acobertado pela coisa julgada *erga omnes* sequer analisem o mérito da demanda mais recente, cabendo a extinção do processo nos termos do art. 267, V do CPC.

¹⁸⁰ No mesmo sentido: FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p. 159-160.

3.1 Os limites objetivos e subjetivos da eficácia *erga omnes*

Como visto, as decisões interlocutórias, por ainda não terem transitado em julgado, não ostentam o caráter de coisa julgada.

Os limites objetivos da coisa julgada *erga omnes* são obtidos quando se investiga o que transita em julgado, ou seja, qual parte do acórdão do STF é acobertada pelo manto da coisa julgada. A resposta a tal indagação é dada pelo art. 469 do CPC, determinando, a *contrario sensu*, que é o dispositivo do acórdão que transita em julgado.

Os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes* são alcançados quando se perquire quem está submetido ao que determinado pelo dispositivo do acórdão do STF. Assim, os limites subjetivos referem-se a toda a sociedade, aplicando-se, até mesmo, a eventuais terceiros prejudicados.¹⁸¹ Se no processo subjetivo a coisa julgada não pode prejudicar terceiros, nos termos do art. 472 do CPC, tal não se aplica ao processo objetivo, pois se está diante de um vício cuja declaração, se em tese é inoportuna ou prejudicial para alguns,¹⁸² revela-se, na verdade, um mal a ser combatido, pois sua manutenção implicaria em ônus para toda a sociedade, que tem interesse em se submeter somente às leis constitucionais.

A eficácia *erga omnes* é oponível até mesmo perante o STF, que deve observar a coisa julgada nos processos por ele julgados. Como será demonstrado adiante, esta é uma das diferenças marcantes ente a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, já que este não vincula o STF.¹⁸³

4. O EFEITO VINCULANTE

¹⁸¹ Nesse sentido: “A eficácia natural da sentença decorre de sua natureza *judicial*: a sentença é *naturalmente eficaz contra todos* por ser um ato estatal, emanado do Poder Judiciário, *ainda que não tenha transitado em julgado*. Esta, aliás, é a razão pela qual se admite sua *execução provisória*. Todos tem de respeitar a sentença *enquanto ato do Poder Judiciário*, ressalvados os terceiros *juridicamente prejudicados*, pela sentença, que podem insurgir-se contra ela (v.g. interpondo recursos ou ajuizando ação rescisória). (...) A diferença entre a eficácia *erga omnes* e a *eficácia natural da sentença e dos demais atos judiciais* proferidos nos processos *subjetivos* consiste unicamente na *possibilidade de afastamento dessa eficácia pela alegação de prejuízo jurídico por terceiros*, que não existe nos processos *objetivos*. (destaques no original) FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p. 163-168..

¹⁸² Basta ter em mente, por exemplo, eventual declaração de inconstitucionalidade de um tributo, violando os interesses de arrecadação do Estado, que, para se “ressarcir”, aumenta a carga tributária sobre outro setor da economia. Este outro setor não poderia alegar que a inconstitucionalidade declarada acabou por prejudicá-lo obliquamente, ante a nova postura estatal. Mesmo esse novo ramo da economia agora taxado tem interesse em ver o tributo anterior declarado inconstitucional, pois, com dito acima, só se deve obedecer à lei que for constitucional.

¹⁸³ Art. 102, § 2º, CF/88.

Introduzido na ordem constitucional brasileira através da EC nº 03/93, o efeito vinculante tem despertado incongruências em sua aplicação, sobretudo tendo em vista seus limites objetivos. Antes de adentrar nesse ponto, no entanto, faz-se necessário tecer breves considerações sobre o instituto.

O efeito vinculante tem suas origens nos países da *common law*, pois ele determina o dever de obediência que as cortes inferiores tem de ter com os precedentes proferidos pelas cortes superiores.

Ocorre que no *common law* as decisões judiciais preocupam-se eminentemente em resolver o caso concreto, criando um precedente a ser seguindo em outros julgamentos. Essa é a característica principal da máxima latina *stare decisis et non quieta movere* ou “cumprir os precedentes e não perturbar os pontos pacíficos”. Essa teoria tem seus resultados garantidos a partir do uso da doutrina do *Binding Precedent* (“precedente vinculante”), pois esta determina que, se presente a mesma situação fática, um futuro caso deve receber o mesmo tratamento daquele anteriormente julgado, respeitando-se o precedente mesmo que as partes sejam distintas.¹⁸⁴

A adoção do efeito vinculante no controle abstrato pátrio justifica-se como uma maneira de se alcançar uma decisão uniforme para diversos indivíduos que busquem o Poder Judiciário deduzindo pretensões análogas ou semelhantes. Assim, o que justifica a adoção das mesmas razões de decidir utilizadas quando do julgamento que originou o precedente é, principalmente, a isonomia e a segurança jurídica.¹⁸⁵

Antes de adentrar nos limites do efeito vinculante, faz-se necessária uma breve apresentação de dois conceitos importantíssimos para a adequada compreensão dele. Trata-se da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* é a razão de decidir do caso, ou seja, é a regra ou princípio jurídico criado originariamente para a solução daquele caso particular, mas que serve para aplicação geral em casos análogos. Ora, por servir também para solucionar casos análogos, cuja solução também tem de ser análoga ao que fixado no precedente, é ínsita à ideia de vinculação a

¹⁸⁴ Nesse sentido, Chales Cole assenta que: “The *stare decisis* doctrine in the United States legal culture requires that once an appellate court in the State or federal judicial system has selected a principle of law to use in deciding the case before it by a majority opinion of the court, thus establishing the precedent of the case, the court will continue to adhere to that precedent, applying it to future cases where the relevant facts for purposes of decision are substantially the same, even though the parties are different”. COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 24. Jan./Dez./2005. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2005. p. 138. Nesse artigo o autor aborda a realidade do precedente vinculante nos Estados Unidos, levando com conta o âmbito estadual e federal.

¹⁸⁵ No capítulo seguinte, o efeito vinculante será analisado tendo em vista a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo.

atuação conjunta que o julgador vinculado tem de ter com o vinculante, pois somente quando o novo julgador estiver diante de um caso semelhante àquele que originou o precedente será possível perquirir sobre a aplicação ou não deste.¹⁸⁶

Assim, se determinado julgador se depara com um caso envolvendo somente a constitucionalidade do aborto e assenta que este é permitido em face do princípio da intimidade e vida privada feminina, desde que ainda não haja vida extrauterina viável, tem-se a seguinte razão de decidir para o caso: “há direito ao aborto, desde que ainda não se tenha configurado a viabilidade da vida extrauterina”.

Por outro lado, o *obiter dictum* é o verdadeiro oposto da *ratio decidendi*. O *obiter dictum* refere-se às questões ditas de passagem, ou seja, considerações feitas pelos julgadores que não são necessárias para se alcançar a solução daquele caso concreto posto em debate. Segundo Celso de Albuquerque Silva, tem-se um exemplo de *obiter dictum* quando o julgador, gratuitamente, sugere como resolveria uma questão conexa àquela posta diante de si.¹⁸⁷

Desse modo, ainda diante do debate sobre a constitucionalidade do aborto, se um dos julgadores, quando da análise do caso, assenta que o Estado tem de oferecer, na rede pública de saúde, o tratamento médico necessário para que pessoas de baixa renda possam realizá-lo, tem-se uma consideração que deve ser entendida como desnecessária para a solução daquele caso, pois a concretização do direito ao aborto, bem como a imposição da mencionada prestação positiva por parte do Estado, não estavam em debate. O julgamento cingia-se unicamente à constitucionalidade da conduta feminina que objetivasse interromper terapeuticamente sua gestação, e não à possível inconstitucionalidade de política pública que não protegesse aqueles economicamente necessitados.¹⁸⁸

Entender o que é a razão de decidir e o que são as coisas ditas de passagem mostra-se essencial para se alcançar os limites do efeito vinculante, principalmente quando investiga o que, realmente, vincula no julgado proferido.

4.1 Os limites objetivos e subjetivos do efeito vinculante

¹⁸⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p, 183.

¹⁸⁷ Ob. cit. p, 185.

¹⁸⁸ Nos Estados Unidos, por exemplo, o direito ao aborto é reconhecido desde o emblemático *Roe versus Wade*, pelas razões antes apontadas, dentre outras. Por outro lado, não se admite que o Estado tenha que adotar uma política pública na área da saúde que contemple o procedimento abortivo para os que não disponham de recursos para custeá-lo. Evidentemente, uma solução como essa no Brasil não seria possível, pois aqui se reconhece os direitos sociais como determinadores de um *facere* estatal. Como nos Estados Unidos os direitos fundamentais são vistos como direitos tipicamente liberais, que impõem somente um *non facere* estatal, afigura-se plenamente justificada a mencionada exclusão.

Há divergência na doutrina e no próprio STF quando se trata de descobrir o que vincula, ou seja, qual parte da decisão judicial tem sobre si o efeito vinculante. O efeito vinculante seria encontrado a partir da análise da motivação da decisão judicial ou do dispositivo desta? Há, de fato, duas correntes sobre o tema.

Para Clèmerson Merlin Clève, o efeito vinculante deve ser adstrito ao dispositivo da decisão, semelhantemente ao que ocorre com a eficácia *erga omnes*.¹⁸⁹ A diferença entre ambos, assim, ficaria no ponto em que a eficácia *erga omnes* se aplica aos casos idênticos, enquanto o efeito vinculante aos análogos, semelhantes. Essa diferenciação será explorada adiante.

Já para Gilmar Mendes, o efeito vinculante decorre dos motivos determinantes da decisão, fazendo com que haja, verdadeiramente, uma transcendência dos mesmos.¹⁹⁰ Os defensores dessa corrente partem da exposição de motivos da EC nº 3/93, a qual, como dito, introduziu o efeito vinculante na ordem constitucional. Lá está expressamente consignado que o efeito vinculante parte dos motivos determinantes da decisão.

A questão posta é a seguinte: os mencionados motivos almejados pelo legislador foram, de fato, consagrados no texto daquela Emenda e da Lei 9.868/99? A resposta a esta pergunta é o ponto nevrálgico do debate, pois, como se sabe, a Lei, depois de editada, ganha vontade própria, não havendo que se conceber uma aplicação à vontade do legislador, mas sim à vontade objetivada na Lei.

Analisando essa problemática, André Dias Fernandes teceu brilhantes comentários em abono à primeira corrente. O autor sustenta que a tese acerca da transcendência dos motivos determinantes não se sustenta após uma análise objetiva dos diplomas normativos apontados.¹⁹¹ As considerações seguintes sintetizam a ideia do autor.

Assim, deve-se partir, inicialmente, para a interpretação gramatical do art. 102, § 2º, CF/88. Lá está consignado que as decisões definitivas de mérito em ADI e ADC terão eficácia

¹⁸⁹ O autor, após analisar a teoria alemã acerca da transcendência dos motivos determinantes, aponta que: “No caso brasileiro, porque o Constituinte reformador referiu-se à ‘decisão definitiva de mérito’, o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à sua (dela: decisão) parte dispositiva, não alcançando os seus fundamentos determinantes”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 307.

¹⁹⁰ “A concepção de *efeito vinculante* consagrada pela EC n. 03/93 está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31-2 da Lei Orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes*, mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados à parte dispositiva. Embora a EC n. 03/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o *efeito vinculante*, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.” (destaques no original). MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1281-1282.

¹⁹¹ FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p. 203-215.

contra todos e efeito vinculante em relação aos sujeitos que especifica. Ora, partindo da mesma constatação de Clèmerson Merlin Clève antes mencionada, tem-se que o termo “decisão”, apesar de poder ser interpretado como um todo abrangente dos motivos determinantes, também pode ser interpretada como uma parte referente ao simples dispositivo do ato. Essa parece ser a interpretação mais correta, pois “decisão”, de fato, está no dispositivo do ato de julgamento. No entanto, mesmo que assim não se entenda, basta ficar consignado que há ambiguidade na utilização da expressão, capaz de, no limite, servir para justificar ambas as correntes. Desse modo, é insuficiente a utilização exclusiva do critério gramatical, o que não constitui novidade alguma, já que esta é a técnica de interpretação mais pobre de todas.

Partindo para uma interpretação sistemática do art. 102, § 2º, CF/88 com os arts. 21, parágrafo único e 28 da Lei 9.868/99, tem-se que a mencionada decisão terá uma publicidade especial, já que teve por objeto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei em tese. Os mencionados dispositivos prevêm que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§2. 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.

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar **em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão**, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal **fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão**. (sem destaques no original)

Ora, é evidente que a publicidade em tela, a partir da análise dos dispositivos, é uma publicidade diferenciada. Como se sabe, as decisões judiciais são classicamente publicadas no Diário da Justiça, não no Diário Oficial da União (DOU). Essa publicação no DOU se deve por uma razão muito simples, já que a Lei, para ser cumprida, tem de ser conhecida, ela deve

ser publicada para tanto, criando-se uma ficção legal em torno do conhecimento da mesma por parte da sociedade. Se a Lei deve ter essa publicidade, o ato que a nulifica ou suspende sua execução deve gozar da mesma exposição pública. Uma vez publicada, a decisão deve ser cumprida por seus destinatários, tal qual ocorre com a Lei.

Veja-se, no entanto, que os citados artigos da Lei 9.868/99 só se referem à publicação do dispositivo da decisão. Esse aspecto normativo tem uma consequência definitiva em torno do acerto da tese acerca da vinculação ao dispositivo da decisão, pois, se os motivos determinantes daquela não são publicados juntamente com o dispositivo, como ele pode ter o condão de vincular outrem, se não lhe é dada a devida publicidade? Como outros julgadores poderão se submeter aos motivos determinantes de uma decisão precedente se eles não são conhecidos?

Não se diga que a publicação da ementa da decisão poderia suprir tal omissão legislativa, pois ela é mera síntese do que decidido, não servindo, sequer, para comprovar a divergência apta a ensejar o manejo de embargos de divergência.

Assim, se somente o dispositivo da decisão é publicado, somente este pode apresentar o efeito vinculante. Não se diga que, em se adotando tal tese, resta confundido o efeito vinculante com a eficácia *erga omnes*. É que enquanto esta determina que casos idênticos sejam sequer julgados novamente, em face da existência de coisa julgada *erga omnes*, devendo ser extintos sem resolução do mérito, aquele determina que casos análogos, ou seja, semelhantes ao precedente, sejam julgados da mesma forma. Assim, neste caso há resolução do mérito, ante a inexistência do óbice da coisa julgada.

O seguinte exemplo ajudará a esclarecer tais argumentos. Suponha-se que determina Lei preveja a responsabilização do juiz por ato jurisdicional, de modo que, nos termos do art. 37, §6º, CF/88, seja possível ao Estado ajuizar ação regressiva contra ele, uma vez presentes as condições para tanto. Impugnando a norma, a Associação Nacional dos Magistrados ajuíza ADI contra a mesma, sustentando sua inconstitucionalidade com base na natureza de agente político ostentada pelos magistrados, diferenciando-os dos servidores públicos comuns. Assim, características atribuíveis à magistratura tais como a vitaliciedade, inamovibilidade, específica irredutibilidade de subsídios, ínsitas à ideia de independência e imparcialidade, seriam aptas a justificar a irresponsabilidade dos juízes no ponto. Acolhendo tais ponderações, o STF julga a ADI procedente, declarando, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade da norma atacada.

Ocorre que, após a publicação da referida decisão, um juiz de primeira instância depara-se com uma ação regressiva ajuizada por certo Estado para, após o reconhecimento da

responsabilidade do juiz, este ser condenado a reparar os prejuízos sofridos pelo erário em face de ato jurisdicional praticado pelo magistrado. Conhecendo o dispositivo da ADI, regularmente publicado no DOU, o juiz da causa sequer entrará no mérito da ação, devendo extinguir o processo sem resolução do mérito, em face da coisa julgada *erga omnes*, já que está diante de si um caso idêntico àquele decidido pelo STF.¹⁹²

No entanto, se outra ação regressiva busca a responsabilização de um membro do Ministério Público, a atuação judicial no caso será um pouco diferente. Sabe-se que os promotores de justiça e procuradores da república também são agentes políticos, por ostentarem aquelas características antes mencionadas. No entanto, o precedente do STF não analisou a irresponsabilidade destes, mas sim dos magistrados. Essa nova ação regressiva, desse modo, refere-se a um caso análogo àquele decidido pelo STF, mas não idêntico. Assim, nessa hipótese, cabe ao juiz julgar o mérito da causa, proferindo decisão nos mesmos moldes daquela proferida pelo STF, em face do efeito vinculante desta. Tal efeito vinculante será obtido, repita-se, do dispositivo da decisão do STF, muito embora se reconheça que a análise dos motivos determinantes pode, indubitavelmente, ajudar na compreensão do dispositivo.¹⁹³

Deve-se advertir que o efeito vinculante da súmula vinculante é diverso daquele previsto nas ações de controle abstrato. Isso porque, nos termos do art. 103-A, §1º, a súmula vinculante tem aplicação somente às normas determinadas e à questões idênticas, não às semelhantes. Assim dispõe o citado artigo:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula 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**. (sem destaques no original)

¹⁹² Nem se cogite que o caso seria de extinção do processo sem resolução do mérito em face de o pedido pleiteado ser impossível, ante a ausência de Lei. Diz-se isso porque a própria existência de tal preliminar é discutível, já que é difícil conceber uma condição da ação para cujo deslinde seja necessária a análise do pedido, adentrando-se no mérito, portanto. Ora, é justamente isso que ocorreria no caso: a análise do pretense pedido impossível demandaria considerações em torno da constitucionalidade da norma declarada inconstitucional pelo STF, análise esta, que, em face da coisa julgada *erga omnes*, sequer poderia ser feita. Por isso, reitere-se: o caso é mesmo de extinção do processo sem resolução do mérito por conta da coisa julgada *erga omnes*.

¹⁹³ André Dias Fernandes bem aponta esse fenômeno quando da análise da Rcl 4906/PA, adiante mencionada, quando, em face da omissão à norma impugnada no dispositivo do acórdão, foi necessária a leitura dos motivos determinantes para se alcançar a plena compreensão do dispositivo e do efeito vinculante dele proveniente. Ob. cit. p. 212, nota de rodapé nº 80.

Assim, o âmbito da atuação do efeito vinculante da súmula vinculante, por expressa determinação constitucional, é diferente daquele previsto nas decisões definitivas de mérito em ADI e ADC. Um exemplo ajudará a esclarecer o ponto.

Veja-se a redação da súmula vinculante nº 20, através da qual o STF assentou que:

A GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA – GDATA, INSTITUÍDA PELA LEI Nº 10.404/2002, DEVE SER DEFERIDA AOS INATIVOS NOS VALORES CORRESPONDENTES A 37,5 (TRINTA E SETE VÍRGULA CINCO) PONTOS NO PERÍODO DE FEVEREIRO A MAIO DE 2002 E, NOS TERMOS DO ARTIGO 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.404/2002, NO PERÍODO DE JUNHO DE 2002 ATÉ A CONCLUSÃO DOS EFEITOS DO ÚLTIMO CICLO DE AVALIAÇÃO A QUE SE REFERE O ARTIGO 1º DA MEDIDA PROVISÓRIA NO 198/2004, A PARTIR DA QUAL PASSA A SER DE 60 (SESSENTA) PONTOS.

Assim, todos os casos idênticos a este que estejam tramitando perante os demais órgãos do Poder Judiciário, notadamente nos Juizados Especiais Federais, ante o valor e menor complexidade da causa, deverão seguir o mencionado precedente vinculante.

Ocorre que há diversas outras gratificações semelhantes à GDATA, que tiveram sua criação como forma de premiar aqueles servidores mais eficientes, mas, em face da falta de regulamentação específica acerca das avaliações de desempenho, perderam seu caráter de gratificação *pro labore faciendo* para se converter em gratificação genérica, aferível, assim, também pelos servidores inativos. Se a súmula vinculante tivesse aplicação a casos análogos ou semelhantes, poder-se-ia cogitar de sua aplicação no julgamento das demais gratificações. No entanto, não é isso que, acertadamente, se verifica na prática forense, quando os magistrados reconhecem o direito à gratificação por parte dos inativos, mas não adotam como razão de decidir a súmula vinculante nº 20.

Deve-se reconhecer que o surgimento da súmula vinculante acaba de vez com a necessidade de se proceder à transcendência dos motivos determinantes. Isso porque todas as objeções antes lançadas à tese são suplantadas pela regular edição e publicação da súmula vinculante, já que esta, nos termos do art. 103-A, caput, antes transcrito, o efeito vinculante da súmula só se fará presente após sua publicação na imprensa oficial.

Finalmente, a jurisprudência do STF inicialmente adotou a corrente que atrelava o efeito vinculante ao dispositivo, nos termos da ADC nº 1.¹⁹⁴ Em seguida, após sufragar a tese acerca da transcendência dos motivos determinantes, evoluiu para, novamente, reconhecer a vinculação ao dispositivo da decisão. Desse modo, se na Rcl nº 2.363/PA o STF,

¹⁹⁴ ADC nº 1. Rel. Ministro Moreira Alves. DJ de 16/06/95. Tribunal Pleno.

expressamente, previu a vinculação aos motivos determinantes,¹⁹⁵ na Rcl nº 4906/PA restou consignada a vinculação ao dispositivo.¹⁹⁶

Quanto aos limites subjetivos, a configuração dos mesmos é bem delineada pelo mencionado art. 102, §2º, CF/88, ao estabelecer que as decisões definitivas de mérito em ADI e ADC 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, nos termos da EC nº 3/93, que criou o mencionado parágrafo, e da EC nº 45/2004, que lhe atribuiu essa redação.

Assim, percebe-se que os sujeitos abrangidos pelo efeito vinculante são: 1) os demais órgãos do Poder Judiciário, excluindo-se, assim, o próprio STF; 2) a administração pública, em quaisquer esferas. Além do STF, como dito, percebe-se que o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, também está excluído do efeito vinculante, de modo que é possível a este editar uma lei com o mesmo conteúdo de outra já declarada inconstitucional. Tal característica visa impedir a ocorrência de um fenômeno chamado “fossilização da Constituição”, pois esta, se não renovada por novas leis concretizadoras, estaria fadada a se converter em verdadeiro fóssil, não mais condizente com a realidade vivida pela sociedade.

Tal estado de coisas é evitável em se admitindo a edição de uma lei que, mesmo de conteúdo idêntico a outra declarada inconstitucional pelo STF, poderá, eventualmente, provocar uma revisão de tese na corte, quando sua constitucionalidade, eventualmente, for analisada. Atente-se, no entanto, que a não vinculação se refere à atividade típica do Poder

¹⁹⁵ “RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1.662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. **Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662.** 9. Reclamação que se julga procedente”. (sem destaques no original). Rel. Ministro Gilmar Mendes. DJ 01/04/2005. Tribunal Pleno.

¹⁹⁶ “RECLAMAÇÃO. MÉRITO. ACÓRDÃO PARÂMETRO. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA DIVERSA DAQUELA CUJA APLICAÇÃO É INVOCADA PELOS RECLAMANTES. IDENTIDADE MATERIAL. CONHECIMENTO DA RECLAMAÇÃO. CONCURSO PARA INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. EXIGÊNCIA DE REQUISITO TEMPORAL. CONSTITUCIONALIDADE AFASTADA PELAS DECISÕES RECLAMADAS. VIOLAÇÃO AO QUE DECIDIDO NA ADI 3.460/DF. ATIVIDADE PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. RECLAMAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. AGRAVOS REGIMENTAIS PREJUDICADOS. 1. A decisão paradigma, proferida na ADI 3.460/DF, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo que regia o concurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no que tange à exigência, do Bacharel em Direito, de três anos de exercício de atividade jurídica. 2. A norma afirmada inconstitucional pelas decisões reclamadas, que regeu o concurso do Ministério Público do Estado do Pará, possui idêntico conteúdo ao daquela declarada constitucional por esta Corte na ADI 3.460/DF, razão pela qual a presente Reclamação deve ser conhecida. 3. As decisões reclamadas, ao questionarem a constitucionalidade da exigência de três anos de bacharelado dos candidatos ao cargo de promotor, reservando vaga para candidatos que não haviam obtido o grau de bacharel no triênio anterior à nomeação, efetivamente afrontaram o que foi decidido no julgamento da ADI 3.460/DF. Procedência da Reclamação nesta parte”. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 11/04/2008. Tribunal Pleno.

Legislativo, ou seja, a função legislativa, pois, em relação às funções administrativas e jurisdicionais, há que se respeitar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Diga-se o mesmo em relação ao STF: a Corte só não está vinculada ao precedente quando exerce sua função jurisdicional.

Finalmente, percebe-se que os particulares não estão abrangidos no rol descrito. Assim, quando os indivíduos se relacionam juridicamente entre si, estão excluídos do efeito vinculante da decisão do STF. Essa é uma importante constatação para se diferenciar um acórdão do STF proferido no controle abstrato da lei em sentido formal, emanada do Poder Legislativo. Esta, evidentemente, vincula os particulares. De todo modo, os particulares também podem ser atingidos pelo efeito vinculante quando mantenham alguma relação jurídica com a Administração, já que esta, como visto, está abrangida nos limites subjetivos do efeito vinculante.

5. A LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE ABSTRATO

A possibilidade de limitar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma forma de se mitigar o rigor da declaração de nulidade da Lei. Essa possibilidade foi regulamentada pelo art. 27 da Lei 9.868/99, prevendo sua aplicação, assim, especificamente para as decisões no controle abstrato, nestes termos:

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

A possibilidade regulamentada no artigo, no entanto, já era praticada pelo STF anteriormente, como nos casos envolvendo servidores públicos de fato, os quais, mesmo após da declaração de inconstitucionalidade de sua forma de provimento, não teriam sobre si os efeitos retroativos de tal declaração, como forma de preservar a segurança jurídica.

Deve-se deixar claro que o dispositivo em tela não contempla somente a modulação temporal dos efeitos, como no exemplo mencionado, de resto a hipótese mais frequente na jurisprudência do STF. Assim, pela leitura do texto transcrito, percebe-se que é mesmo possível limitar quaisquer efeitos da declaração. Assim, é possível não atribuir eficácia *erga omnes*¹⁹⁷ ou, até mesmo, limitar o âmbito espacial da decisão, para alcançar somente parte do território nacional.

¹⁹⁷ CUNHA Jr., Dirley da. *Controle de constitucionalidade. Teoria e prática*. Salvador: Jus Podivm, 2006. p, 190.

Não é possível, no entanto, a limitação do efeito vinculante da decisão, ou seja, não é dado ao STF decidir se uma dada decisão no controle abstrato poderia, eventualmente, não apresentar o efeito vinculante, com base no art. 27. Deve-se ter em mente que a razão para se admitir a limitação dos efeitos da decisão confunde-se com a segurança jurídica e o excepcional interesse social. Ora, o efeito vinculante visa, justamente, trazer segurança jurídica, ainda mais quando está atrelado ao dispositivo da decisão, pois determina que casos análogos tenham o mesmo tratamento. Isso também vai ao encontro do interesse social de todos em ter um tratamento isonômico por parte do Poder Judiciário.

Poder-se-ia até cogitar tal limitação se a vinculação da decisão também alcançasse os motivos determinantes, ante a possibilidade de se fazer surgir o fenômeno da generalização indevida. Tal generalização consiste na apresentação de um argumento que, para o caso concreto, tem pertinência, mas que não pode ser generalizado, pois não tem aptidão para contemplar especificidades de outra hipótese futura semelhante.¹⁹⁸ Assim, em se adotando a teoria dos motivos determinantes, haveria como limitar o efeito vinculante, com base no art. 27, restringindo-o ao dispositivo da decisão, quando, analisando as razões apontadas pela Corte, os julgadores percebessem a possibilidade de ocorrer a mencionada generalização indevida. Essa possibilidade, no entanto, resta sem aplicação prática hoje, à medida que se superou a tese acerca da transcendência, com mencionado anteriormente.

Quanto aos efeitos temporais, tem-se a modulação dos mesmos faz-se necessária em face do rigor que a tese acerca da nulidade da lei inconstitucional pode ocasionar em certas situações. Muito se discute acerca da constitucionalidade de tal dispositivo, seja no aspecto formal ou no material.¹⁹⁹

Desse modo, além da consideração de que somente norma constitucional poderia apresentar um regramento como o proposto pelo art. 27, tem-se que a possibilidade de se atribuir eficácia *pro futuro* à decisão, ou seja, para além do trânsito em julgado do acórdão do

¹⁹⁸ “Há o risco da *generalização indevida*, relativamente encontradiço nas fundamentações e bastante infrequente nos dispositivos. Ao desenvolver o seu raciocínio, o julgador, quando em vez, com a atenção dirigida para a questão concreta à sua frente, formula *premissas erroneamente generalizantes*, isto é, premissas que são verdadeiras para o caso sob exame e para um bom número de casos, mas que não são verdadeiras para *todos* os casos possíveis. Assim, o julgador, ao fundamentar sua decisão, formula premissas válidas para o caso sob apreciação, mas inválidas para casos excepcionais, não previstos por ele no momento em que decidia a questão posta sob seu julgamento. Esse risco é bem menor nos dispositivos, porque nestes se busca dar solução às questões de forma mais precisa, sem ir além da questão julgada, sem formular enunciados generalizantes.” (destaque no original). FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p, 210.

¹⁹⁹ Para o Ministro Sepúlveda Pertence, por exemplo, tal dispositivo é formalmente inconstitucional, pois deveria ter sido veiculado por Emenda Constitucional. Mesmo que fosse formalmente constitucional, seria necessária uma interpretação conforme a constituição para que a modulação não atingisse o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, possivelmente presentes após a edição da lei inconstitucional. Tais considerações constam de seu voto na ADI 2154/DF, que pleiteia, justamente, a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99. O julgamento encontra-se suspenso em face de pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia.

STF. Essa última providência violaria a CF/88, à medida que esta, diferentemente da Constituição austríaca, por exemplo, não previu um prazo para se admitir a manutenção da lei inconstitucional para além do trânsito em julgado da decisão que assim a declarou.²⁰⁰

Tais considerações demandam uma análise mais detida em torno da constitucionalidade da modulação temporal dos efeitos, já que tal expediente, originariamente previsto para o controle abstrato, tem sido utilizado pelo STF, excepcionalmente, também no controle difuso.²⁰¹ Assim, será feita uma análise da possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade à luz da colisão entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional (princípio implícito) e da segurança jurídica ou de qualquer outro interesse social relevante.

5.1 Colisão de direitos fundamentais e ponderação

A sociedade tem o direito fundamental de se submeter somente às leis constitucionais. Esse direito é a principal razão de ser da existência do controle de constitucionalidade, e a máxima eficácia desse direito determinou que se adotasse no Brasil a tese da nulidade da Lei inconstitucional, pelo que a Lei assim declarada é nula desde a origem.

Assim, deve-se perquirir se, sob certas circunstâncias, poderia ocorrer a prevalência condicionada de outro direito fundamental, como a segurança jurídica, em face daquele outro direito difuso da sociedade. Tal indagação é o ponto nevrálgico da questão, pois, em se admitindo tal prevalência, ter-se-ão momentos em que a sociedade, ou parcela dela, terá de cumprir uma lei inconstitucional, como única forma de se preservar outros direitos fundamentais de mesma hierarquia constitucional.

O enfretamento da questão, portanto, demandará a análise de conceitos como os de colisão de direitos fundamentais, além do estudo do princípio da proporcionalidade e da lei da ponderação de Robert Alexy.

A colisão de direitos fundamentais é um dos mais fascinantes temas do Direito Constitucional, pois envolve a tensão entre princípios. Hoje é pacífico o entendimento acerca da normatividade destes, mas há bem pouco tempo prevalecia a tese que defendia simplesmente seu caráter moral. Tal conflito ganha uma dramaticidade especial quando se tem em vista a não hierarquização abstrata dos princípios constitucionais, já que eles se encontram no mesmo plano normativo. Sendo assim, como solucionar a colisão?

²⁰⁰ CUNHA Jr., Dirley da. Ob. cit. p. 190.

²⁰¹ Veja-se, por exemplo, o RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ de 27/02/2004, adiante estudado.

Segundo Canotilho, deve-se distinguir a colisão de direitos fundamentais em própria e imprópria. Ocorre a colisão de direitos fundamentais em sentido próprio quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de direito fundamental por parte de outrem. Há ainda a colisão imprópria de direitos fundamentais, na qual colidem direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos.²⁰² Como exemplo do primeiro caso, cite-se a colisão entre liberdade religiosa versus liberdade religiosa ou direito à intimidade versus liberdade de expressão e informação. Como exemplo do segundo caso, cite-se a colisão entre o direito de propriedade versus a proteção ao patrimônio histórico, concernente ao tombamento.

No caso em estudo, a colisão analisada estaria inserida na colisão própria, alcançando uma feição coletiva. Apesar de Canotilho apontar exemplos envolvendo direitos individuais, não há óbice em se adaptar a classificação para se reconhecer uma colisão própria também entre interesses difusos da sociedade. Não admitir isso seria o mesmo que não conceber a possibilidade de, por exemplo, direitos fundamentais de terceira geração colidirem, quando se sabe que isso é plenamente possível de ocorrer.²⁰³

Robert Alexy, em seu texto “colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social”, diferencia as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito e amplo. Através da primeira, os direitos fundamentais colidem com outros direitos fundamentais, sejam eles iguais ou não. Através da segunda, há a colisão entre direito fundamental e outros valores constitucionalmente relevantes, como os bens constitucionais, aproximando-se da colisão de direitos fundamentais imprópria antes referida.²⁰⁴

²⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p. 1270-1271.

²⁰³ “Meio ambiente — Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) — Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade — Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade — Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais — Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) — Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente — Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei — Supressão de vegetação em área de preservação permanente — Possibilidade de a Administração Pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial — Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) — **Colisão de direitos fundamentais** — Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes — Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) — **A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI)** — Decisão não referendada conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-05, DJ de 3-2-06, sem destaque no original). Assim, a colisão ente desenvolvimento econômico e meio ambiente saudável é uma típica colisão de direitos fundamentais de feição coletiva.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56-57.

O autor aponta quatro situações de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito envolvendo direitos idênticos.

Em primeiro lugar, aponta hipótese na qual dois direitos de defesa colidem, como no caso em que dois grupos antagônicos desejam se reunir numa praça no mesmo momento, pondo em confronto direito de reunião versus direito de reunião.

Em segundo lugar, tem-se a colisão entre as dimensões de defesa e proteção de um mesmo direito fundamental como, por exemplo, quando se elimina o seqüestrador para proteger a vida do seqüestrado. Num primeiro momento, poder-se-ia pensar que em se atendendo as exigências do criminoso, ambas as vidas seriam preservadas. Ocorre que essa é somente uma parte do problema, pois em casos tais também está em jogo o dever de proteção perante a sociedade de uma maneira geral, fazendo com que o Estado não aja de modo a tornar atrativa outras tomadas de reféns, buscando evitar novos seqüestros.

Em terceiro lugar, tem-se a colisão entre o caráter positivo e negativo dos direitos fundamentais, como no caso da liberdade de crença. Nas palavras do autor, esse direito abrange “tanto o direito de ter e de praticar uma crença, como o direito de não ter uma crença e de ficar livre da prática de uma crença”.²⁰⁵ Aqui se coloca o problema da colocação de crucifixos em prédios oficiais, chocando-se a liberdade positiva dos cristãos com a liberdade negativas dos não-cristãos.

Finalmente, tem-se, em quarto lugar, a colisão entre o aspecto jurídico e o aspecto fático de um direito fundamental, como ocorre com o direito de igualdade. Ocorre que tais aspectos, referentes a este direito, podem encerrar verdadeiro paradoxo, pois efetivar a igualdade jurídica pode levar a desigualdades de fato. Tem-se esse fenômeno, por exemplo, quando ricos e pobres são tratados igualmente e nenhum deles recebe assistência jurídica estatal. Essa igualdade jurídica gera uma desigualdade de fato, pois se está tratando igualmente aqueles que estão em situações econômicas distintas.²⁰⁶

A classificação de Alexy, como se vê, é diferente daquela proposta por Canotilho, já que aquela parte da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que podem, como se sabe, apresentar funções positivas, negativas, ativas e passivas. Nesse caso, a inserção da colisão em estudo numa das hipóteses ventiladas por Alexy vai depender da função desempenhada pelo direito fundamental no caso concreto. Por exemplo, quando a retroatividade da lei inconstitucional afrontar desproporcionalmente o direito de propriedade, direito eminentemente de defesa, que impõe ao Estado o respeito aos bens alheios, ter-se-á uma

²⁰⁵ Idem. p, 58.

²⁰⁶ Idem. p, 58-59.

colisão como a prevista na primeira hipótese, pois também é um direito de defesa aquele que determina que a sociedade só pode se submeter às leis constitucionais.

5.2 A colisão aparente e o âmbito de proteção do direito fundamental

Nem todos os conflitos que, a princípio, possam fazer colidir normas de direitos fundamentais se afiguram, verdadeiramente, como uma colisão de direitos fundamentais nos moldes antes mencionados, pois se pode estar diante de uma colisão aparente. Isso ocorre quando uma das condutas em jogo não está protegida pelo âmbito de uma das normas de direito fundamental, fazendo-se necessário, destarte, a correta delimitação desse âmbito normativo. Para Gilmar Ferreira Mendes, o âmbito de proteção de um direito “é a parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção”,²⁰⁷ conceito muito próximo do de Konrad Hesse, que trata a questão tendo em vista os limites aos direitos fundamentais. Para o constitucionalista alemão,

“cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão de seu ‘âmbito de norma’, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada – ‘realidade’, que é o objeto da garantia”.²⁰⁸

Deve-se, portanto, perquirir se as condutas em conflito são abrangidas pelo âmbito de proteção dos direitos, pois somente em caso afirmativo haverá propriamente uma colisão.

Veja-se um exemplo prático envolvendo uma colisão aparente, colhido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Trata-se do famoso HC 82.424-2/RS, no qual se discutiu a prática de crime de racismo consubstanciado na publicação de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) e o conteúdo do direito fundamental à liberdade de expressão e manifestação do pensamento. No caso, o princípio que consagra a liberdade de expressão colidiu, aparentemente, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade da comunidade judaica, já que o texto publicado fazia referências preconceituosas a este grupo, tido como espécie inferior da raça humana. A ordem de *habeas corpus* fora denegada, tendo o STF dado expressa prevalência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, para assentar que a incitação ao ódio racista não está contido no âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão. Este trecho da ementa bem demonstra o caráter aparente da colisão:

“(…)

²⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.150.

²⁰⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998. p. 251.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por qualquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

(...)

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontrovertidos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação aos discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

(...)

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito á livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação do racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

(...)

Ordem denegada”.²⁰⁹

Percebe-se, portanto, como a colisão foi contornada, ao se reconhecer que a liberdade de expressão não é absoluta, não podendo abrigar manifestações de conteúdo imoral que impliquem em crime, como o são os delitos contra a honra. Assim, somente num primeiro momento se pôde conceber uma colisão entre a liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica dos judeus.

Essas considerações devem ser levadas em conta para se perquirir se, de fato, há uma colisão de direitos apta a justificar a modulação temporal.

5.3 Aspectos gerais do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não é um princípio nos moldes preconizados por Alexy,²¹⁰ não consistindo um mandamento de otimização, já que não apresenta aptidão para produzir efeitos em medidas diversas, tendo, assim, aplicação constante.²¹¹ Nesse sentido,

²⁰⁹ HC 82.424-2/RS, Rel. para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19/03/2004.

²¹⁰ Para o autor, os princípios podem ser entendidos como “mandamentos de otimização”, pois prescrevem que suas disposições sejam aplicadas de maneira mais ampla possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Percebe-se, dessa forma, que a aplicação dos princípios não segue uma lógica do tudo ou nada, já que a realização deles deve ser a maior possível, não sendo cabível aplicá-los na exata medida de suas prescrições, como se dá com uma regra. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91.

²¹¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. in Revista dos Tribunais, ano 91, volume 798, abril de 2002. p. 23-50.

Virgílio Afonso da Silva propõe a utilização da expressão “regra de proporcionalidade”, seguindo a doutrina de Alexy, que utiliza a denominação “máxima da proporcionalidade”.²¹²

Apesar de não se enquadrar no conceito de princípio proposto por Alexy, adotar-se-á neste trabalho a tradicional denominação da proporcionalidade como princípio, tendo em vista ser esta a denominação majoritária na doutrina.²¹³ Além disso, deve-se ter em mente que a acepção da palavra “princípio”, neste caso, aproxima-se daquela idéia defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, qual seja, “disposição fundamental”.²¹⁴

O princípio da proporcionalidade é originário do Direito Administrativo, tendo aplicação inicialmente voltada para o controle do poder de polícia da Administração. No Brasil, sua aplicação mais evidente é no controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.²¹⁵ Em verdade, a formulação do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios consubstancia um verdadeiro “limite dos limites” da restrição legislativa, servindo, ainda, para o deslinde da colisão de direitos fundamentais, tendo em vista especificamente a ponderação, adiante estudada.

A doutrina trava fecundo debate acerca da fundamentação do princípio. Em verdade, há diversas teses acerca da questão, o que se justifica principalmente pelo fato de o princípio, em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, ser dotado de positivação implícita. Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho²¹⁶ e Paulo Bonavides²¹⁷ fundamentam o princípio da proporcionalidade a partir do disposto no art. 5º, §2º da CF/88, sendo que o segundo autor apresenta, ainda, diversos dispositivos constitucionais nos quais a idéia de proporcionalidade se manifesta de maneira particularizada, como, dentre outros, nos incisos V, X e XXV do

²¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p, 117. Nota de rodapé nº 84.

²¹³ Dentre outros: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p, 392; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007. p, 178; MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. p, 231; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 321; MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p, 134.

²¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo, Malheiros: 1997. p, 450.

²¹⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p, 135-136.

²¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007. p, 181-182.

²¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p, 436. O autor sustenta que: “o princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem a unidade da Constituição”.

citado art. 5º.²¹⁸ Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, sustenta que o princípio da proporcionalidade não decorre de determinado dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais,²¹⁹ seguindo a mesma tese defendida por Alexy.²²⁰

A jurisprudência também diverge quanto ao tema. Wilson Antônio Steinmetz aponta que o Tribunal Federal Alemão deduz o princípio da proporcionalidade do princípio do Estado de Direito.²²¹ O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, fundamenta o princípio a partir do devido processo legal em sua acepção material (*substantive due process of law*).²²²

A abundância de teses acerca da fundamentação do princípio da proporcionalidade mostra como esse princípio se encontra sedimentado na ordem constitucional brasileira, devendo ficar assentado que, por mais que se divirja quanto à sua fundamentação, o princípio da proporcionalidade goza de positivação constitucional, mesmo que implícita.

O princípio da proporcionalidade apresenta subprincípios ou princípios parciais. Trata-se da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Adiante, ver-se-á que os dois primeiros subprincípios referem-se às possibilidades fáticas de aplicação dos princípios, enquanto o último refere-se às possibilidades jurídicas, seguindo o conceito de princípio como mandamento de otimização. Antes de estudar cada um desses princípios parciais, deve-se ficar claro que o princípio da proporcionalidade relaciona-se com os meios e os fins almejados pela Lei, valendo a máxima “os fins não justificam os meios”. Nesse sentido:

O princípio da proporcionalidade, em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora, que pretende tornar possível o alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.²²³

Percebe-se, portanto, como o princípio da proporcionalidade está relacionado com a adequação, necessidade e racionalidade entre meios e fins, sendo que tal fim deve ser constitucionalmente previsto. É somente com a aplicação da proporcionalidade, através de seus subprincípios, que se alcançará a solução para a colisão de direitos fundamentais, tendo

²¹⁸ Idem. p. 434-435.

²¹⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso. Ob. cit. p. 43.

²²⁰ ALEXY, Roberto. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 112.

²²¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p. 159.

²²² RE 374.981. Relator Ministro Celso de Mello, informativo STF nº 381.

²²³ STEINMETZ, Wilson Antônio. Ob. cit. p. 149.

em vista, principalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, na qual se insere a lei da ponderação de Alexy.

5.3.1 Adequação

Pela adequação tem-se a verificação da aptidão que certo meio apresenta para realizar o fim em questão. Se o meio for capaz de realizar o fim, ele será adequado e, dessa forma, haverá passado no primeiro teste da proporcionalidade. Percebe-se que neste momento há o confronto entre meio e fim. Virgílio Afonso da Silva sustenta que adequado não é somente o meio que propicia o atendimento do objetivo colimado, mas também aquele meio que fomenta ou promove aquele fim, mesmo que este não seja completamente realizado.²²⁴

5.3.2 Necessidade

Passa-se, então, para a análise do subprincípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade ou da intervenção mínima. Após perquirir se o meio é apto para alcançar o fim colimado, deve-se pesquisar se não há outro meio igualmente eficaz para o alcance daquele fim, mas que seja menos gravoso para o direito fundamental restringido. Atente-se para o fato de que o meio menos gravoso deve alcançar ou promover o fim objetivado com a mesma eficácia do meio mais gravoso,²²⁵ de modo que a existência de um meio menos gravoso e menos eficaz não se apresenta apto para passar no teste da necessidade. Através do subprincípio da necessidade, portanto, há o confronto entre meios.

5.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito e a lei da ponderação

Adverta-se, inicialmente, que a ocorrência de uma tensão entre princípios pressupõe a existência de princípios válidos, ou seja, somente princípios albergados pela ordem jurídica constitucional podem colidir gerando uma tensão que será solucionada pela ponderação. Nesse sentido, se determinado dispositivo legal consagrasse o princípio da discriminação racial, tal norma não chegaria a colidir com outros princípios a ponto de demandar a utilização da ponderação.²²⁶ Tal princípio seria invalidado mediante a declaração de sua inconstitucionalidade, excluindo-o do ordenamento jurídico.

Assim, pela proporcionalidade em sentido estrito, examina-se a proporcionalidade entre a medida fixada na decisão judicial e sua eficácia referente aos direitos fundamentais colidentes, tendo-se sempre em vista, repita-se, a finalidade constitucional perseguida. Nesse

²²⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso. Ob. cit. p, 36. Aduz o autor que a melhor tradução para o verbo *förden*, referente à adequação, seria “fomentar” e não “alcançar”.

²²⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso. Ob. cit. p, 38.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p, 110.

sentido é que Alexy formulou a lei da ponderação, pois “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.²²⁷ Para o autor, a ponderação resta estabelecida nesse subprincípio, guardando, claramente, uma idéia de proporção entre perdas e ganhos. Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho afirma que “mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens”,²²⁸ justificando a adoção de determinada medida restritiva proporcional em sentido estrito.

A ponderação foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Federal Alemão, em 1958, quando do caso Lüth.²²⁹ Lüth havia pregado um boicote público aos filmes de Veit Harlan, conhecido cineasta proeminente durante o regime nazista. O boicote atingiria filmes produzidos após 1945, mesmo encontrando aquele cineasta em estado de “desnazificação”. Neste julgamento, debateu-se acerca da colisão entre o direito fundamental à manifestação do pensamento e a liberdade de exercício profissional. O Tribunal de segunda instância de Hamburgo condenou Lüth a não mais pregar o boicote, por entender, primeiramente, que essa incitação se inseria no âmbito da liberdade de opinião, e, portanto, poderia ser restringida por “leis gerais”, conforme disposto no art. 5, alínea 2 da Lei Fundamental alemã. Essa “lei geral”, para o caso, era o § 826 do Código Civil alemão, que previa indenização a ser paga por aquele que infringisse algum dano a outrem por ofensa aos “bons costumes”. Para essa Corte, destarte, o boicote ofendia os “bons costumes”. Contra essa sentença foi manejado um recurso constitucional.

O Tribunal Constitucional Federal entendeu não ser suficiente uma mera aplicação silogística da liberdade de opinião, como feito pelo Tribunal de Hamburgo. Comentando a decisão, Alexy ensina que “quando a aplicação de normas de direito civil leva à limitação de um direito fundamental, deve ter lugar uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes”.²³⁰ Foi exatamente isso que o Tribunal Constitucional fez, dando primazia ao princípio da liberdade de opinião e exigindo que a cláusula “contra os bons costumes” fosse interpretada de acordo com essa prioridade.²³¹

²²⁷ Idem. p, 167.

²²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora RCS, 2005. p, 95-96.

²²⁹ ALEXYY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p, 106.

²³⁰ Idem. p, 107.

²³¹ Idem. p, 107.

Tendo em vista a necessidade de estabelecer o correto procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade para se atingir a ponderação, voltar-se-á à análise desta quando da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, adiante desenvolvida.

5.4 Ponderação e princípio da concordância prática ou da harmonização

Canotilho aponta que, apesar de a ponderação de bens não ser método inteiramente novo para o Direito, sua importância para o Direito Constitucional mostrou-se mais evidente nos últimos tempos.²³² Tal relevância para o constitucionalismo contemporâneo se justifica por três razões, basicamente: 1) a inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, tornando indispensável uma atividade de balanceamento no caso concreto posto; 2) a natureza principiológica de muitas normas constitucionais, principalmente as consagradoras de direitos fundamentais, cuja tensão, como visto, não pode seguir uma lógica de exclusão, concernente à aplicação radical do “tudo ou nada”, demandando, assim, um sopesamento concreto dos princípios colidentes; 3) a diversidade de valores albergados pelo texto constitucional, que demanda uma leitura pluralista dos direitos e bens constitucionais colidentes, exigindo uma fundamentação rigorosa para a solução da tensão, a fim de evitar subjetivismos do julgador.²³³

O princípio da concordância prática é um daqueles princípios de interpretação especificamente constitucional propostos pela Nova Hermenêutica Constitucional. Através dele, o intérprete, ao se deparar com uma tensão entre princípios ou colisão de direitos fundamentais, deve pautar sua decisão de modo a não sacrificar totalmente um dos pólos colidentes. Essa preocupação justifica-se pelo fato de não haver uma hierarquia abstrata entre eles, como dito no parágrafo anterior. Logo, a fim de harmonizar os princípios em litígio, dever-se-ia estabelecer limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir a harmonização entre eles. Assim, o princípio da concordância prática implica ponderações.²³⁴ Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho aponta os ditames da harmonização acaba por introduzir o *topos* argumentativo da proporcionalidade.²³⁵

Apesar de haver essa convergência entre o princípio da harmonização e o método da ponderação, sendo esta uma determinação daquela, é possível fazer uma diferenciação. Desse modo, Canotilho aponta que ponderar princípios significa sopesá-los no caso concreto, definindo quais deles apresentam um maior peso em face dos outros. Já harmonizar princípios

²³² CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p, 1237.

²³³ Idem. p, 1237.

²³⁴ Idem. p, 1225.

²³⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora RCS, 2005. p, 80.

consiste na tarefa de conciliá-los, assegurando, no caso concreto, a aplicação conjunta deles. Assim, a ponderação de bens acaba por gerar uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios,²³⁶ pois se atribui um “peso” ou “valor” maior ou menor entre eles, causando uma hierarquização, sendo que tal relação é instável, podendo mudar de acordo com novas circunstâncias fáticas e jurídicas, daí a referida mobilidade.²³⁷

5.5 Procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade

Na aplicação prática do princípio da proporcionalidade, o intérprete deve, inicialmente, analisar a constitucionalidade do fim almejado e que será alcançado mediante a limitação imposta ao direito fundamental. Não se olvide que o referido princípio determina, antes de tudo, a proteção aos direitos fundamentais, não se admitindo qualquer restrição que não seja por ele justificada.

Dessa forma, entendendo-se que o fim almejado encontra respaldo constitucional, passa-se à descrição fática do conflito, a fim de se apreender toda sua amplitude e complexidade, criando a base decisória para tornar possível, finalmente, a análise dos subprincípios da proporcionalidade. Percebe-se, destarte, que as duas primeiras consultas são preliminares.²³⁸

O próximo passo a ser dado é questionar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do meio empregado, atentando-se para o fato de que tal verificação é de trato sucessivo, de modo que se não há o atendimento da adequação, não há porque cogitar a análise da necessidade ou da proporcionalidade em sentido estrito. Se o meio for adequado e necessário, estudar-se-á, finalmente, se a restrição posta a um dos princípios é justificada pela prevalência do outro, devendo-se, efetivamente, ponderar os princípios colidentes, aplicando o terceiro subprincípio da proporcionalidade.

Desse modo, voltando à lei da ponderação antes referida, percebe-se que a ponderação desenvolve-se em três passos. Primeiramente, deve-se comprovar o grau de afetação ou não cumprimento de um dos princípios colidentes. Em seguida, perquire-se acerca da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Num terceiro momento, finalmente, deve-se investigar se a importância do cumprimento desse princípio justifica o prejuízo sofrido pelo princípio preterido.²³⁹

²³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p, 1241.

²³⁷ Idem. p, 1241.

²³⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. Ob. cit. p, 153-154.

²³⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p, 111.

Com a ponderação de bens, estabelecer-se-á uma relação de precedência condicionada do princípio em face do outro, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas que propiciaram essa prevalência. Assim, é possível compreender a lei da colisão de Alexy, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”²⁴⁰. Um exemplo clareará essas disposições. Imagine-se um indivíduo que se recusa a receber uma transfusão de sangue imprescindível para sua sobrevivência, tendo em vista sua crença religiosa. Tem-se a colisão entre o direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI e VIII) e o direito à vida, bem inviolável (art. 5º, caput). Pode-se decidir no sentido de que, sendo a pessoa absolutamente capaz e estando totalmente consciente das consequências de seu ato (consentimento informado), não seria possível obrigá-la a receber a transfusão. Assim, poder-se-ia formular uma regra na qual se a pessoa fosse absolutamente capaz e estivesse plenamente consciente de seus atos (pressuposto fático), ela não poderia ser obrigada a receber uma transfusão de sangue por respeito à sua liberdade religiosa (consequência jurídica).

Tendo em vista essa operacionalização, percebe-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade nem sempre demanda a análise de todos os seus subprincípios, tendo estes, portanto, uma relação subsidiária entre si.²⁴¹

5.6 A ponderação e a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Feitas essas considerações, tem-se como perfeitamente possível, analisadas as circunstâncias de fato e de direito, dar-se maior prevalência a certo direito fundamental sobre o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Assim, não há que se cogitar de qualquer inconstitucionalidade no art. 27 da Lei 9.868/99, pois a Constituição não precisa, expressamente, prever um dispositivo que autorize o STF a realizar a ponderação, como forma de solucionar a colisão de direitos.

O mesmo se diga em relação à modulação temporal no controle difuso: a abstrativização levada a cabo no ponto é perfeitamente legítima, já que fruto de um juízo de ponderação. Repita-se: solucionar uma colisão de direitos fundamentais através da ponderação é algo ínsito ao sistema constitucional, já que a Constituição é uma ordem repleta de valores por vezes divergentes. Assim, exigir que uma norma nos moldes do art. 27 da Lei

²⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 99.

²⁴¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Ob. cit.* p. 34.

9.868/99 estivesse prevista na Constituição seria o mesmo que exigir, repita-se, norma expressa autorizando o STF a realizar a ponderação.

No mesmo sentido, Daniel Sarmento aponta que:

Ora, a questão dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade envolve uma típica ponderação de interesses. De um lado da balança, coloca-se o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional, e do outro, eventuais interesses de estatura constitucional, que poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão, e que estão compreendidos dentro da genérica alusão a “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, estampada no art. 27 da Lei nº 9.868.²⁴²

Desse modo, resta comprovada a constitucionalidade do dispositivo em questão, que nada mais traduz que uma ponderação de interesses, nos termos de Daniel Sarmento, ou uma colisão de direitos fundamentais, na terminologia antes empregada. Adiante será analisada a modulação no controle difuso, excepcionalmente admitida pelo STF.

6. INOVAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVAS CONCRETIZADORAS DA TENDÊNCIA

Como visto, a tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade se faz presente no âmbito jurisprudencial quando se quer atribuir ao controle concreto de constitucionalidade exercido pelo STF os efeitos típicos das decisões proferidas no controle abstrato. Assim, decisões prolatadas no controle de constitucionalidade em sede de MI ou de HC, por exemplo, gozariam de efeito vinculante e eficácia contra todos, podendo-se, até mesmo, utilizar-se da modulação temporal típica do controle abstrato para esses casos de controle concreto.

Abandonar-se-iam os clássicos entendimentos no sentido de que a decisão proferida no controle concreto pelo STF teria efeitos, inicialmente, restrito às partes e retroativos, podendo ter efeito contra todos e proativos se o Senado Federal, nos termos do art. 52, X da CF/88, suspendesse, total ou parcialmente, a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Ocorre que para a superação dessa visão clássica um forte óbice tem de ser vencido, qual seja, a referida regra de competência do Senado Federal.²⁴³

²⁴² SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no Controle de Constitucionalidade*. IN.: *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p, 136.

²⁴³ No voto proferido na Rcl. 4.335/AC, o Ministro Eros Grau, favorável a essa nova tendência, menciona esse clássico entendimento acerca do controle de constitucionalidade, apontando como a doutrina, apesar de se insurgir contra a inovação, deverá acompanhar as mudanças, mesmo com alguma relutância. O Ministro assenta que: “A esta altura a doutrina dirá que não, que entre nós coexistem a modalidade de controle concentrado e a de controle difuso de constitucionalidade e que a nossa tradição é a do controle difuso, atribuído à competência do Poder Judiciário desde a Constituição de 1.891. Que o Senado Federal participa desse controle a partir de 1.934, a ele competindo suspender, por meio de resolução, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão

Desse modo, analisar-se-ão alguns julgados no qual essa tendência se evidencia, para, em seguida, estudar alguns aspectos da repercussão geral que também caracterizam a tendência em comento.

Outra inovação especial para o tema em estudo foi a criação, também pela EC nº 45/2004, da súmula vinculante. Pela importância dada ao papel do STF na edição dessas súmulas, bem como no possível excesso no desempenho de tal função, as súmulas vinculantes serão abordadas em capítulo próprio, abrindo a segunda parte desta pesquisa.

6.1. OS PRECEDENTES DO STF

6.1.1 O RE Nº 298.694/SP

Através do RE nº 298.694/SP,²⁴⁴ superou-se o clássico entendimento do STF no sentido de que o conhecimento do recurso extraordinário demandaria, necessariamente, seu provimento. Isso ocorria porque não se concebia a causa de pedir recursal de maneira aberta nos moldes do controle abstrato de constitucionalidade, fazendo com que o Tribunal somente analisasse o fundamento proposto pela parte. Com a mudança, aplica-se corretamente o direito à espécie, nos moldes da súmula 456,²⁴⁵ já que, uma vez conhecido o RE, a jurisdição do Supremo se abre para a análise de qualquer fundamento, mesmo que não analisado pelo tribunal recorrido.²⁴⁶

definitiva do STF. Que o controle concentrado de constitucionalidade veio bem depois, inicialmente quando alterada a redação do artigo 101 da Constituição de 1.946 pela Emenda Constitucional n. 16/65, após em 1.988, com a incorporação ao nosso direito da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Que a decisão tomada no âmbito do controle concentrado é dotada, em regra, de efeitos *ex tunc*¹⁹; a definida no controle difuso, de efeitos *ex tunc* entre as partes. Que os efeitos da decisão em recurso extraordinário sendo *inter partes* e *ex tunc*, o Supremo, caso nela declare a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, remeterá a matéria ao Senado da República, a fim de que este suspenda a execução dessa mesma lei ou ato normativo. Que, se o Senado suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, agregará eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc* a essa decisão²⁰. Por fim a doutrina dirá que, a entender-se que uma decisão em sede de controle difuso é dotada da mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, nenhuma diferença fundamental existiria entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade. Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso”.

²⁴⁴ Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ de 23/04/2004.

²⁴⁵ Súmula 456: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”.

²⁴⁶ A ementa do acórdão respectivo bem sintetiza a viragem jurisprudencial: “I. Recurso extraordinário: letra **a**: possibilidade de confirmação de decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso Extraordinário: letra **a**: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece RE, **a**, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o **juízo de admissibilidade do RE**, – para o qual é suficiente que o recorrente alegue

Com isso, o RE pode ser conhecido e não provido, como ocorrido na espécie. A mudança no entendimento ocorreu porque o STF passou a diferenciar o juízo de admissibilidade do juízo de mérito no RE. Através do entendimento superado, era comum encontrar verdadeiras contradições nos acórdãos da Corte, pois, analisando o cabimento do RE em face de decisão pretensamente ofensora de dispositivo constitucional (art. 102, III, a, da CF/88), por exemplo, era praxe o Tribunal tecer análise de mérito para, na conclusão, estatuir no dispositivo o não conhecimento do recurso. Essa posição não se coadunava com o papel de guardião da Constituição operado pelo STF, pois é perfeitamente possível haver fundamento constitucional não analisado no acórdão recorrido capaz de manter ou modificar a decisão, cabendo essa decisão final ao Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao tema da abstrativização, essa mudança jurisprudencial fez aproximar o controle de constitucionalidade exercido no RE e o controle abstrato exercido nas ações próprias, no que tange especificamente à consagração da causa de pedir aberta, sabendo-se que essa é uma característica marcante do processo objetivo de controle de constitucionalidade, agora também prevista para o RE.

6.1.2 O RE 197.917/SP

Através do conhecido RE 197.917/SP,²⁴⁷ o STF fixou a interpretação da cláusula de proporcionalidade entre o número de vereadores e a população do Município de Mira Estrela, partindo do art. 29, IV da CF/88 para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica nº 226 daquele Município, que fixara em onze o número de vereadores. Como a população de Mira Estrela era de pouco mais de dois mil e seiscentos habitantes, ela só comportaria nove representantes.

A primeira inovação trazida neste julgamento pode ser constatada logo na ementa²⁴⁸ e no dispositivo²⁴⁹ do acórdão, quando, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e a

adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivo da Constituição nele prequestionado – e o **juízo de mérito**, que envolve verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob o prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal **a quo** e o recurso extraordinário (...). (grifos no original).

²⁴⁷ Rel. Min. Maurício Correia, **DJ de 07/05/2004**.

²⁴⁸“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUN*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. (...) 7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantun*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a

excepcionalidade da situação inconstitucional, capaz de alterar gravemente a composição da Câmara Municipal, atribui-se à declaração incidental de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*. Utilizou-se expressamente a possibilidade de modulação temporal prevista no art. 27 da Lei 9.868/98, sabendo-se que tal técnica é, originariamente, destinada somente às decisões proferidas no controle abstrato. Esta, portanto, foi a primeira manifestação da tendência de abstrativização do controle concreto no RE em estudo: utilizar um mecanismo específico para a decisão no controle de constitucionalidade em tese para o controle concreto.

Ocorre que a segunda originalidade trazida foi, possivelmente, ainda mais inovadora, pois referente ao efeito vinculante. Inicialmente, o TSE, tendo em vista esta decisão tomada, edita a Resolução nº 21.702/2004, ampliando o entendimento para todos os Municípios, mesmo partindo de um caso no qual somente o Município de Mira Estrela era parte. Contra a Resolução, em seguida, são ajuizadas duas ADI's, a de nº 3.345 e a de nº 3.365,²⁵⁰ as quais são julgadas improcedentes sob o fundamento, dentre outros, de que tal expansão operada pelo TSE submetia-se ao princípio da força normativa da Constituição.²⁵¹

Com a ampliação da decisão do STF para abranger outros Municípios além de Mira Estrela, que não estavam nos autos do RE, mas se encontravam, inegavelmente, em situação idêntica ou assemelhada, e com a improcedência das ações diretas, reconhecendo-se validade à Resolução do TSE, é forçoso reconhecer que a decisão proferida no RE 197.917/SP gozou de efeito vinculante, pois acabou por atingir as leis paralelas dos outros municípios que nem mesmo eram parte naquele recurso. Esta, portanto, foi a segunda manifestação da tendência de abstrativização do controle concreto neste RE: atribuir à decisão proferida efeito

declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido”.

²⁴⁹ “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, das parcial provimento ao recurso para, restabelecendo, em parte, a decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica nº 226, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela/SP, e determinar à Câmara de Vereadores que, após o trânsito em julgado, adote as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros ora fixados, respeitados os mandatos dos atuais vereadores.” Perceba-se que o dispositivo, evidentemente, só se refere ao Município de Mira Estrela, mas a fundamentação utilizada poderia ser, como efetivamente o foi, referível a diversos outros Municípios que se encontrassem em situação idêntica.

²⁵⁰ Ambas da relatoria do Min. Celso de Mello. Informativo STF nº 398.

²⁵¹ Esta passagem constante no informativo STF nº 398 demonstra essa “parceria” entre STF e TSE na tarefa de dar efetividade às normas constitucionais através das decisões do guardião da Constituição: “(...) o TSE, dando expansão à interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo — na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição Federal — em relação à citada cláusula de proporcionalidade, submeteu-se, na elaboração do ato impugnado, ao princípio da força normativa da Constituição, objetivando afastar as divergências interpretativas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de Vereadores, bem como assegurar normalidade às eleições municipais (...)”.

vinculante, típico das decisões definitivas de mérito proferidas no controle abstrato de constitucionalidade.

6.1.3 O HC Nº 82.959/SP E A RCL Nº 4.335/AC

As duas ações devem ser estudadas conjuntamente, pois a reclamação nº 4.335/AC²⁵² foi ajuizada tendo em vista, justamente, a pretensa ofensa à autoridade da decisão do STF proferida no HC nº 82.959/SP.²⁵³ Neste HC, o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime dos crimes hediondos (art. 2º, §1º da Lei 8.072/90), também aplicando a modulação temporal de efeitos da decisão prevista no citado art. 27 da Lei 9.868/98. Percebe-se, novamente, como um instrumento específico do controle abstrato de constitucionalidade foi utilizado em sede de controle concreto.

Com o ajuizamento da reclamação 4.335/AC, surgiu a dúvida sobre os efeitos vinculantes e eficácia contra todos da decisão no HC 82.959/SP. Como dito do capítulo anterior, a reclamação fora ajuizada pela Defensoria Pública da União, tendo em vista decisão de juiz do Estado do Acre que negara a progressão de regimes com base na decisão do referido HC, alegando que para esta apresentar efeitos *erga omnes*, o procedimento previsto no art. 52, X da Constituição teria de ser respeitado.

O julgamento dessa reclamação será decisivo para o firmamento da tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, pois, apesar de esse movimento já ter avançado por outros precedentes, muitos dos quais citados anteriormente, é bem verdade que não se trata de tese consolidada, como se pôde notar com aquelas decisões divergentes apontadas. A divergência lança-se, sobretudo, acerca dos limites da mutação constitucional e, conseqüentemente, da mudança da competência do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Sendo assim, devem-se traçar algumas linhas sobre os limites da interpretação constitucional, perquirindo se tal drástica mudança de competência poderia vir através de um processo informal de alteração da Constituição, tarefa leva a cabo no último capítulo, quando será aprofundado o estudo destes precedentes do STF e da mutação constitucional.

6.1.4 OS MI 670, 708 e 712

É amplamente conhecida a posição classicamente adotada pelo STF em relação à eficácia da decisão proferida no mandado de injunção, através da qual a Corte só poderia

²⁵² Rcl. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento suspenso em face de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

²⁵³ HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01/09/2006.

declarar a mora do Poder Legislativo, em se tratando de omissão a ele atribuível.²⁵⁴ Tratava-se da posição não concretista, assim denominada porque não garantia o exercício, concretamente, do direito não exercitável por causa da omissão.

Esse estado de coisas ganhou contornos mais sensíveis quando se debateu o direito de greve dos servidores públicos, pois, diante de uma contínua omissão do Poder Legislativo em regulamentar tal direito constitucionalmente previsto, o STF, finalmente, percebeu que precisaria mudar sua jurisprudência a fim de dar alguma efetividade ao mandado de injunção e à proteção dos direitos fundamentais frente às omissões.

Pois foi no julgamento dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712²⁵⁵ que ocorreu tal mudança de postura, tendo o STF abraçado a corrente concretista e aplicando, ante a omissão legislativa, a lei que regulamenta o direito de greve na iniciativa privada. A corrente adotada no caso, no entanto, foi a concretista geral, fazendo com que a decisão tivesse eficácia *erga omnes*, e não somente *inter partes*. Tal postura é mais um exemplo da abstrativização, já que o MI, mesmo o coletivo, como se tratava no caso, é destinado para produzir efeitos entre as partes presentes no caso, já que tradicionalmente concebido como instrumento de controle concreto de constitucionalidade, em oposição à ADI por omissão. Evidentemente, tal postura causa polêmica e discussão na doutrina.²⁵⁶

A abstrativização, nesse caso, não passa pela análise da mutação constitucional do art. 52, X e do consequente papel do Senado, já que, logicamente, está-se diante do controle das omissões inconstitucionais. Assim, o parâmetro constitucional de análise deve ser buscado em outro dispositivo.

Poder-se-ia cogitar uma aplicação direta, pelo STF, do princípio da isonomia, a fim de justificar tais efeitos gerais. Tal salto, no entanto, merece a intersecção do Poder Legislativo, fazendo com que a ausência deste só poderia mesmo autorizar uma decisão nos moldes da corrente concretista individual.

²⁵⁴ MI-QO nº 107, Rel. Min. Moreira Alves, julgado no dia 23/11/89. DJ de 21/09/90.

²⁵⁵ MI nº 712, Rel. Min. Eros Grau, julgado no dia 25/10/07, DJ de 23/11/07; MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado no dia 25/10/07, DJ de 06/11/07; MI nº 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado dia 25/10/07, DJ de 06/11/07.

²⁵⁶ Nesse sentido, Angela Cristina Pelicoli assenta que: “O julgamento, no Mandado de Injunção n. 712, que cria norma para o caso concreto, regulando o direito de greve para o Sindicato impetrante é inovador, com relação às decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal. Mais inovador, ainda, é o efeito *erga omnes* concedido pelo Supremo Tribunal Federal, neste julgamento, sob o pretexto da não violação do princípio da isonomia. Constatase quanto ao efeito *erga omnes* implementado no Mandado de Injunção n. 712, que houve um desvirtuamento do instituto, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição de 1988, que foi concebido para regular, caso a caso, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. Não obstante, este julgamento deu-se por meio de sentença normativa, pois criou norma geral e abstrata.” PELICOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional*. São Paulo: Ltr, 2008. p, 252..

A própria Constituição aponta nesse sentido, quando, ao regulamentar a ADI por omissão, assim dispôs:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias

Ora, se nem mesmo numa ação de controle das omissões em abstrato o constituinte originário fez a previsão de uma possível eficácia *erga omnes* da decisão, por que adotar tal posicionamento numa ação reconhecidamente de controle concreto?

Atribuir efeitos gerais como forma de concretizar, pretensamente, o princípio da isonomia não é a melhor solução no caso, seja por essa razão, seja pelas desvantagens que uma indevida generalização pode acarretar, ainda mais quando se tem em vista as diversas peculiaridades existentes nas variadas carreiras públicas, aptas a influírem no julgamento da legalidade do direito de greve.

Assim, o maior mérito da decisão do STF foi resgatar o MI, muito embora tenha procedido, no caso, a uma desvirtuação do mesmo.²⁵⁷

6.2. AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

6.2.1 A repercussão geral no RE e a abstrativização

Muito se discutiu em nosso País a crise do Supremo Tribunal Federal, que, como sustentado pelos doutrinadores, mostrava-se como a crise do Recurso Extraordinário.²⁵⁸ A

²⁵⁷ Em julgamento posterior, o STF atribuiu eficácia *inter partes* ao MI nº 721, envolvendo a aposentadoria especial dos servidores públicos, que depende de lei complementar para ser fruída, lei esta que não existe. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 30/08/2007. DJ de 30/11/2007.

²⁵⁸ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso assenta que: “se considerarmos as competências do STF, não será difícil constatar que o acúmulo de serviço judiciário não deriva das causas de que ele conhece originariamente (CF, art. 102, I e alíneas): muitas delas não são apresentadas amiúde; outras resolvem-se no chamado juízo de delibação, ou seja, revisão sob o aspecto formal; em outras, cuida-se do julgamento de altas autoridades, por crimes comuns ou de responsabilidade. Também descartamos que a origem desse acúmulo estejam nas causas que envolvem crimes políticos (CF, art. 102, II, b), já que seu número não é particularmente expressivo. Quanto ao *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção denegados em única instância pelos Tribunais Superiores (CF, art. 102, §§ 1º e 2º; art. 103, § 2º; Leis 9.868/99 e 0.992/99), malgrado sua incontestável relevância no contexto jurídico-político nacional, não parecem compor um volume de processos tão significativo a ponto de comprometer a marcha normal do serviço judiciário do STF. De concreto e atual, pois, remanesce como causa mais palpável o próprio recurso extraordinário, pelo notável volume de

grande quantidade de Recursos Extraordinários que subiam para o STF, antes mesmo da Constituição de 1988, poderia levar à inviabilização futura da Corte, já que não se tinha qualquer mecanismo de filtro para selecionar os recursos mais importantes.

Diversas tentativas de solucionar esse estado de coisas foram levadas a cabo, partindo-se de reformas no RISTF até a criação da conhecida arguição de relevância. Através da primeira, criaram-se mecanismos como os que previam a possibilidade de os ministros fundamentarem suas decisões sucintamente, referindo-se às súmulas, na tentativa de dar maior agilidade aos julgamentos. A segunda, nos termos do art. 327, § 1º do RISTF, por sua vez, era aquela que “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

A arguição de relevância apresentava sérios vícios, muitos deles em face da própria origem do instrumento, que foi criado pelo próprio STF, através da Emenda Regimental nº 3, de 12/06/1975. Assim, decisão acerca da relevância ou não de uma questão era feita em julgamento secreto, e as decisões nesse sentido não precisavam ser fundamentadas.

Tais tentativas, no entanto, não lograram obter o êxito desejado, não havendo qualquer diminuição significativa da carga de trabalho do STF. Rodolfo de Camargo Mancuso bem aponta que a tendência de se criarem filtros para a análise de certas questões pelas Cortes Superiores ou Cortes Constitucionais é uma característica mundial. No caso brasileiro, o problema se mostrava mais sensível ante a demora na solução do mesmo, já que, como dito, muitas das medidas anteriormente concebidas não surtiram o efeito desejado.²⁵⁹

Desse modo, ainda se fazia necessária a criação de um mecanismo de filtro capaz de fazer subir ao STF somente aqueles recursos de fato relevantes. Tal mecanismo deveria ter sua fonte inspiradora no *writ of certiorari* americano, instrumento através do qual a Suprema Corte americana seleciona o que vai julgar, superando a visão até então dominante no sentido de sua jurisdição recursal ser obrigatória.²⁶⁰

Com a EC nº 45/2004, um novo requisito para a admissibilidade do RE foi criado: trata-se da repercussão geral. A referida Emenda adicionou o §3º ao art. 102 da CF/88, determinando que o recorrente, em sede de RE, deveria demonstrar a repercussão geral da

processos que através dele chegam ao STF.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 99-100.

²⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

²⁶⁰ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 91-97.

questão constitucional debatida, de acordo com a lei, a fim de que o próprio STF analisasse essa condição para a admissibilidade do recurso, podendo recusá-lo somente mediante voto de 2/3 de seus membros. Pode-se perceber, assim, que há uma presunção a favor da repercussão geral, já que para reconhecê-la basta o voto de quatro Ministros nesse sentido.

O intuito da norma é fazer com que somente as grandes questões constitucionais sejam debatidas pelo STF, não se admitindo aqueles apelos marcadamente individuais, cujo julgamento não condiz com as finalidades da jurisdição constitucional. Assim, o RE passa a ser considerado um instrumento de defesa da ordem constitucional objetiva, superando-se seu caráter marcadamente subjetivo ou de defesa do interesse das partes.

O fenômeno da abstrativização do RE apresenta-se através da Lei 11.418/06, que é o diploma legal referido pelo citado art. 102, §3º, da CF/88, e de certas inovações jurisprudenciais trazidas pelo STF, antes analisadas.

A Lei citada estabelece que o recorrente deve demonstrar a repercussão geral da questão constitucional discutida a fim de que o STF analise, com exclusividade, a admissibilidade do recurso. Esse ônus do recorrente consubstancia-se na demonstração da relevância e transcendência da questão recorrida. Através da primeira expressão, entenda-se a relevância social, política, econômica e jurídica da causa, e, através da segunda, deve-se demonstrar que a controvérsia constitucional supera o interesse meramente individual debatido, ultrapassando-se, assim, o interesse subjetivo na causa. Já é possível notar as primeiras linhas da abstrativização implantada, já que o RE, recurso que servia para o STF fazer o controle concreto de constitucionalidade, passa, através dos requisitos de relevância e transcendência, a ser utilizado muito mais como veículo de controle abstrato de constitucionalidade, já que busca se superar o mero interesse subjetivo discutido nele. Essas características serão endossadas pelos demais dispositivos da lei de regência, adiante analisados.

Percebe-se que a lei optou por estabelecer conceitos jurídicos indeterminados para a caracterização da repercussão geral, conceitos que, em última análise, serão preenchidos pelo próprio STF, à luz das particularidades do caso concreto.²⁶¹ Num de seus dispositivos, no

²⁶¹ Defendendo a opção pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados, Teresa Wambier sustenta que: “A indeterminação de um conceito não pode ser tida como uma imperfeição das línguas, pois, às vezes se atinge maior perfeição e requinte com conceitos vagos que com conceitos precisos. A opção do legislador por esta forma de expressão tem, nos casos em que é adequada, muito mais vantagens que desvantagens. A riqueza e a variedade de casos que poderão ser atingidos pela norma jamais seriam abrangidos por um dispositivo redigido nos moldes das codificações oitocentistas, em que o legislador se sentida onisciente

entanto, fixou-se a presunção absoluta de repercussão geral quando o RE impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante do STF, reforçando a força vinculante das decisões do STF, mesmo aquelas que não se constituem em súmula vinculante, que já conta com a proteção da reclamação constitucional.

Outra inovação trazida revela um caso de vinculação horizontal ao precedente oriundo do RE no seio do próprio STF. Trata-se do §5º do art. 543-A do CPC, criado pela supracitada lei, cujo texto demonstra que: “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Assim, o pronunciamento do plenário do STF acerca da repercussão geral vincula os demais órgãos do Tribunal, dispensando a remessa do tema para um novo exame daquele órgão, aproximando-se do regime para o julgamento da ADI no âmbito dos Tribunais estaduais e do Distrito Federal, constante no art. 481, parágrafo único do CPC. Essa vinculação é mais um exemplo de abstrativização.²⁶² Somente nesses casos de vinculação é possível admitir a inexistência de repercussão geral por decisão que não seja proveniente do Plenário do STF, cuja competência, como dito, é exclusiva para a análise da questão. Assim, em já existindo o pronunciamento do Plenário acerca da inadmissibilidade da repercussão geral, a inadmissão do RE poderá ser reconhecida pelo Presidente do tribunal *a quo*, por acórdão de Turma do STF ou por decisão monocrática do relator (art. 557 do CPC).²⁶³

É através do incidente de análise da repercussão geral por amostragem que a abstrativização do RE mostra-se ainda mais evidente. Dispõe a lei que, tendo em vista a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de acordo com que dispõe o art. 543-B do CPC, cuja redação do §1º impõe ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e enviá-los ao STF,

em relação à realidade.” WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 295-296.

²⁶² DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil vol. III – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. p. 271.

²⁶³ Na mesma linha, têm-se os seguintes dispositivos do RISTF: “Art. 13. São atribuições do Presidente (...) V – Despachar (...) c) como Relator, nos termos dos arts. 544, § 3º, e 557 do Código de Processo Civil, até eventual distribuição, os agravos de instrumento, recursos extraordinários e petições ineptos ou de outro modo manifestamente inadmissíveis, inclusive por incompetência, intempestividade, deserção, prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal”; Art. 21. São atribuições do Relator: (...) § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a *Súmula* do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil”.

sobrestando-se os demais até a decisão final desta Corte. O mais interessante é que, uma vez negada a repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos, de acordo com o §2º do art. 543-B.

Ora, da decisão proferida pelo STF tendo em vista um ou alguns recursos, ampliam-se sua incidência para alcançar recursos que nem mesmo subiram para aquela Suprema Corte. Isso se justifica porque esses recursos que subiram detêm a mesma questão de direito dos recursos sobrestados, fazendo que a razão de decidir daqueles se apliquem a estes. Assim, negando-se a existência da repercussão geral, todos os demais que não subiram reputam-se não conhecidos, perfazendo-se o julgamento por amostragem.²⁶⁴ Através desse procedimento, evidencia-se a necessidade de se utilizar e aprimorar cada vez mais a figura dos *amici curiae*, como forma de legitimar cada vez a decisão, possibilitando-se a participação daqueles interessados na decisão da questão, ainda mais tendo em vista o referido sobrestamento de recursos.

Arrematando o incidente de análise da repercussão geral por amostragem, Fredie Didier Jr. assenta que:

É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno da ‘objetivação’ do controle difuso de constitucionalidade das leis (...).²⁶⁵

Diga-se que se a repercussão geral for reconhecida, e o mérito do RE for julgado, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas

²⁶⁴ Sobre o tema entorno dos recursos extraordinários repetitivos, Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero apontam que: “O exame da repercussão geral dar-se-á por amostragem. Vale dizer: os Tribunais de origem selecionarão um ou mais recursos representativos da controvérsia (art. 543-B, § 1º, do CPC). Não sendo realizada na origem, deve ser levada a efeito pela Presidência do Supremo Tribunal Federal ou pelo relator do recurso (art. 328, parágrafo único, RISTF), determinando-se logo em seguida a devolução dos recursos não-selecionados e consequente sobrestamento até ulterior manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da existência ou não de repercussão geral. A representatividade do recurso extraordinário está na ótima exposição da causa, abordando-a eventualmente em tantas perspectivas argumentativas quanto forem possíveis. Acaso um único recurso não contemple toda argumentação possível concernente à controvérsia, é de rigor que se encaminhem ao Supremo dois ou mais recursos, a fim de que, conjugadas as razões, possa-se alcançar um panorama que represente de maneira adequada a questão constitucional debatida. A escolha para remessa ao Supremo Tribunal Federal tem de ser a mais dialogada possível a fim de que se selecione um ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia. Afigura-se apropriado que os Tribunais ouçam as entidades de classe para proceder à escolha (por exemplo, OAB, MP etc.), quiçá organizando sessão pública para tanto. A matéria inclusive pode ganhar disciplina nos regimentos internos dos Tribunais de origem (art. 24, XI, da CF)”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 61-62.

²⁶⁵ Idem. p. 273.

Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (art. 543-B, § 3º). Tem-se, assim, a consagração de um efeito regressivo no RE, de perfil um pouco diferente daquele notado na apelação ou no agravo de instrumento, cuja retratação pode ocorrer logo após a interposição desses recursos.²⁶⁶ Finalmente, tem-se que “mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada” (§4º do art. 543-B, CPC). Assim, se não há retratação e se admite o RE anteriormente sobrestado, poderá o STF, de acordo com esse dispositivo, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Um último aspecto dessa abstrativização e da vinculação determinada pelo RE, sobretudo no caso do julgamento por amostragem visto, deve ser abordado. É que o efeito vinculante da decisão do STF proferida no julgamento do recurso representativo de controvérsia tem um alcance bem menor daquele típico das decisões definitivas de mérito na ADI, na ADC e da súmula vinculante, como visto no início do capítulo. O limite subjetivo do efeito vinculante da decisão que julga a existência de repercussão geral no RE é bem mais restrito, pois: I) vincula somente as partes do processo representativo de controvérsia e dos processos sobrestados; II) vincula somente o Tribunal de origem, que sobrestou os processos, nos termos do art. 543-B, § 2º do CPC.

Tais limites subjetivos fazem com que quaisquer outros indivíduos que tenham questão análoga ou idêntica àquela debatida no recurso representativo de controvérsia ou no sobrestado, em processo tramitando ainda nas instâncias ordinárias, por exemplo, possam interpor RE com o mesmo conteúdo daqueles anteriormente julgados pelo STF. Evidentemente, nessa hipótese, em não ocorrendo uma revisão de tese, tal recurso poderá ser inadmitido pelo próprio relator, nos termos do art. 543-A, § 5º combinado com o art. 557, *caput*, ambos do CPC, ante o anterior reconhecimento da falta de repercussão geral pelo STF.

Por outro lado, mesmo que haja o julgamento do mérito do RE representativo de controvérsia, tal decisão não vinculará sequer o Tribunal de origem, que poderia divergir do STF. Evidentemente, a Suprema Corte, em mantendo seu entendimento anterior, cassará ou reformará, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada, também nos termos do art.

²⁶⁶ Idem. p, 273. Analisando a norma referida e buscando a justificativa para o juízo de retratação previsto, o autor aponta que: “permite-se o juízo de retratação do órgão *a quo*, nesses casos, após a decisão do STF sobre a questão de direito que corresponde à *ratio decidendi* da decisão recorrida, no julgamento do recurso que subiu como amostra. A permissão da retratação justifica-se, pois a decisão do STF, em sentido diverso daquela proposta pelo tribunal recorrido, foi tomada em abstrato, de modo a resolver o problema em tese, conforme visto”.

543-B, § 2º do CPC. Atente-se, no entanto, para a particularidade: se aquela anterior decisão do STF gozasse de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nos moldes da ADI ou da ADC antes estudados, seria cabível o ajuizamento de Reclamação Constitucional contra tais acórdãos, não tendo sido essa, no entanto, a configuração normativa dada pela Lei 11.418/2006.

Assim, o limite subjetivo do efeito vinculante da decisão do STF que julgue a existência repercussão geral é bem mais restrito que aquele típico do controle abstrato. Evidentemente, tal constatação não serve para descaracterizar a ocorrência da abstrativização do RE como um fenômeno anexo à abstrativização do controle concreto de constitucionalidade de um modo geral, já que, como visto, há sim uma vinculação para além das partes envolvidas nos casos especificamente julgados.

CAPÍTULO IV – ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

No capítulo anterior, anunciou-se em que consiste a tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Aprofundando o tema, analisar-se-á no presente capítulo a relação entre a tendência e os direitos fundamentais. Indaga-se: abstrativizar o controle concreto de constitucionalidade depõe a favor ou contra certos direitos fundamentais, como a isonomia, a segurança jurídica ou a razoável duração do processo? E em face da força normativa da Constituição, esta é fortalecida ou enfraquecida através desse novel movimento?

Para responder tais questionamentos, passar-se-á pelas considerações em torno de como o controle de constitucionalidade uniformiza a jurisprudência em matéria constitucional. Em verdade, este é um efeito reflexo ou indireto do controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF, já que, com a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão tem-se a prevenção/correção de eventuais divergências postas perante outros órgãos do Poder Judiciário.²⁶⁷ Adiante será demonstrado como a existência e a manutenção de divergência jurisprudencial em matéria constitucional, principalmente em já havendo pronunciamento do STF, contribui para o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

O ordenamento jurídico pátrio já prevê diversas formas de superação, prevenção ou minimização das divergências jurisprudenciais, como, por exemplo: 1) o recurso de embargos de divergência (art. 546, CPC); 2) o Recurso Especial fundamentado em divergência jurisprudencial (art. 105, III, “c”, CF/88); 3) a consagração da súmula vinculante (art. 103-A, CF/88) e da repercussão geral no RE (art. 102, § 3º; CF/88); 4) a previsão das cautelares para suspensão de processos nos quais se controverte a aplicação de lei apontada como inconstitucional em sede de ADI, ADC ou ADPF (arts. 10, 11, 12 e 21 da Lei 9.868/99 e art. 5º da Lei 9.882/99); 5) o clássico incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos arts. 476-479, CPC); 6) o pedido de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14, Lei 10.259/01); 7) uma nova possibilidade de uniformização a partir do art. 555, § 1º do CPC, (criado pela Lei 10.352/01).

²⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p, 402.

Esses mecanismos, alguns deles voltados exclusivamente para a solução das divergências jurisprudenciais em sede infraconstitucional, são complementados pelo exercício do controle abstrato de constitucionalidade, pois, como visto, este apresenta características aptas a superar a insegurança jurídica típica dos pronunciamentos divergentes no controle difuso. Deve-se deixar claro, desde já, que o controle abstrato também apresenta seus problemas no tocante à manutenção da segurança jurídica, como será abordado no ponto relativo à abstrativização e a segurança jurídica. Desse modo, não se pode pensar no controle abstrato como algo apto a solucionar amplamente todos os problemas encontráveis no controle concreto de constitucionalidade.

A vinculação aos precedentes judiciais, gradativamente, surgiu na ordem constitucional pátria, chegando-se ao ápice com a criação da súmula vinculante e a constitucionalização do efeito vinculante e da eficácia contra todos das decisões definitivas de mérito em sede de ADI e ADC.²⁶⁸

O desenvolvimento doutrinário em torno das divergências jurisprudenciais e das maneiras de prevenção/superação aponta para o reconhecimento de um direito do jurisdicionado à superação dessa divergência. Em outras palavras, o Estado-juíz teria o dever de, por exemplo, instaurar o referido incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos arts. 476-479 do CPC, como forma de preservar os valores igualdade, segurança, economia e respeitabilidade.²⁶⁹

Deve-se apontar, no entanto, que a divergência jurisprudencial não é, em si mesma, algo maléfico para a concretização da Constituição e proteção dos direitos fundamentais. Na verdade, a divergência jurisprudencial contribui para o debate e o amadurecimento de ideias essenciais para a solução de casos de maior complexidade, como são, por exemplo, as

²⁶⁸ Juvêncio Vasconcelos Viana, comentando o recente art. 555, § 1º do CPC, bem assenta que essa inovação, juntamente com o art. 557, §3º e o art. 475, ambos do CPC, contribuíram para a ampliação do sistema de vinculação às decisões judiciais, abrindo caminho às súmulas vinculantes. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Uma Nova "Uniformização de Jurisprudência": Comentários ao §1o. do Art. 555, CPC*. Disponível em: <http://www.cursojorgehelio.com.br>. Acessado em 24/10/2009. Além desses dispositivos, pode-se acrescentar a previsão do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* em sede de ADI, ADC e ADPF já contida nas Leis 9.868/99 e 8.882/99, antes mesmo da edição da EC nº 45/2004.

²⁶⁹ Nesse sentido, José Marcelo Menezes Vigliar, partindo do pressuposto em se proteger o citado quadrinômio valorativo proposto por Cândido Dinarmaco, assenta que: "Ora, a segurança que se exige nas relações jurídicas, em todos os seus níveis, leva-nos a concluir que, efetivamente, o incidente de uniformização ganha feições de direito da parte e não de faculdade do órgão competente, desde que presentes os requisitos. (...) O incidente de uniformização de jurisprudência afigura-se como garantia do jurisdicionado. Presentes seus requisitos - impõem os valores igualdade, segurança, economia e respeitabilidade - deve ser instaurado. Trata-se de técnica processual perfeitamente identificada com os postulados mais nobres existentes em nosso ordenamento e intimamente ligada ao efetivo acesso ao Judiciário". VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência - segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003. p, 203-204.

questões constitucionais. Nem mesmo os textos normativos aparentemente claros e evidentes deixam de ser alvo da interpretação jurídica, já que com a clareza não cessa a interpretação, fazendo surgir facilmente o dissenso entre os julgados.²⁷⁰ Assim, o grande problema não está na divergência em si, mas no grau em que ela se manifesta.²⁷¹

Desse modo, a divergência jurisprudencial passa a ser algo preocupante quando ameaça a segurança jurídica, a isonomia ou a força normativa da Constituição. Essa ameaça é particularmente preocupante, como dito, quando já existe prévio pronunciamento do STF em sede de controle difuso e, mesmo assim, decisões em sentido contrário são proferidas por outros órgãos do Poder Judiciário. Nesse ponto, há de se proceder à uniformização da jurisprudência constitucional, pois tal divergência já não é mais algo benéfico à sociedade. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso assenta que:

Com efeito, são de todo conectadas e pressupostas as expressões *direito e certeza* que o descontrolado dissenso pretoriano, ao distanciar aqueles valores, coloca em cheque a credibilidade do sistema judiciário e a eficácia real de sua produção, decepcionando o jurisdicionado como *consumidor final* desse serviço estatal. É tão crucial para a população a necessidade de segurança jurídica que, muitas vezes, entre a angústia de esperar por uma “verdade incerta e remota”, pronunciada por uma jurisprudência instável, e o desencanto presente do “erro consumado e conhecido”, o cidadão acaba por se conformar com esta última *alternativa*, por mais patético e paradoxal que seja.²⁷² (destaques de acordo com o original)

A uniformização da jurisprudência, principalmente a constitucional, por outro lado, não pode ser convertida em mecanismo de perpetuação eterna de entendimentos não mais condizentes com a realidade contemporânea. O valor justiça também deve, evidentemente, ser buscado, de modo que a uniformização não pode ter um caráter absoluto. Futuras alterações, determinadas por acontecimentos ulteriores, justificam a revisão das posições anteriores, mesmo que isso cause, eventualmente, alguma margem de insegurança.²⁷³

Com a abstrativização do controle concreto, amplia-se a possibilidade de o controle de constitucionalidade exercido pelo STF instrumentalizar a uniformização da jurisprudência constitucional, pois a decisão da Corte no controle concreto, por si só, já teria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sem a necessidade de se aguardar a participação do Senado

²⁷⁰ Comentando o brocardo da clareza, *in claris cessat interpretatio*, Glauco Barreira aponta que a clareza em si é um termo vago, e sua determinação já pressupõe a interpretação. Além disso, o brocardo também peca por pressupor a univocidade das palavras, desconsiderando que mesmo na linguagem jurídica os termos se apresentam com diversos sentidos. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003. p. 21-22.

²⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. cit. p. 147.

²⁷² Ob. cit. p. 147.

²⁷³ Idem. p. 150.

Federal.²⁷⁴ Adiante essa assertiva será demonstrada a partir do estudo dos direitos fundamentais mais diretamente envolvidos na questão.

2. A NECESSIDADE DE ABSTRATIVIZAÇÃO TENDO EM VISTA A ISONOMIA, A SEGURANÇA JURÍDICA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

2.1 As dimensões da dogmática e os direitos fundamentais

Antes de adentrar no estudo da isonomia, da segurança jurídica, da razoável duração do processo e das relações entre esses direitos fundamentais e a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, impõe-se uma breve análise acerca dos direitos fundamentais, notadamente na perspectiva constitucional brasileira. Tal desenvolvimento preliminar justifica-se metodologicamente em face das dimensões empírica, analítica e normativa da dogmática, seguindo o magistério de Robert Alexy.

Através da dimensão analítica, tem-se o caráter conceitual-sistemático do direito válido, quando será feita a investigação sobre conceitos básicos como liberdade, igualdade, norma ou direitos fundamentais. Além disso, a dimensão analítica pesquisa a construção jurídica, como as restrições aos direitos fundamentais, tendo como última tarefa, ainda, a perscrutação da estrutura do sistema jurídico, como se tem com a irradiação dos direitos fundamentais e da fundamentação por base nos direitos fundamentais, como se tem com a ponderação.²⁷⁵

Através da dimensão empírica, Alexy apresenta duas acepções possíveis. A primeira refere-se à utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica, enquanto a segunda relaciona-se com o conhecimento do direito positivamente válido. O autor afasta a primeira acepção, trabalhando somente com a segunda. Assim, o autor sustenta que se deve entender amplamente o conceito de direito e validade, para abranger o conhecimento não só do direito legislado, mas também da jurisprudência. Essa amplitude de investigação é ainda fundamentada levando-se em conta a vagueza dos enunciados de direitos fundamentais, sendo de pouca valia, nesses casos, a análise exclusiva do direito legislado. Desse modo, percebe-se que a dimensão empírica não se reduz a uma mera análise e conhecimento de fatos observáveis no cotidiano ou que possam ser reduzidos a eles.²⁷⁶

²⁷⁴ O presente capítulo não tem por objetivo investigar a possibilidade de se reduzir o papel do Senado Federal através da mutação constitucional, tema do último capítulo. Neste momento, portanto, investigar-se-á somente a presteza da abstrativização para o alcance de uma maior uniformização da divergência jurisprudencial constitucional.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 33-34.

²⁷⁶ Idem. p. 34-35.

Finalmente, é através da dimensão normativa que se tem o conhecimento do acerto ou desacerto das decisões judiciais sobre direitos fundamentais. É nessa dimensão que se faz a crítica da prática jurídica, sobretudo a prática jurisprudencial. Para se perquirir o acerto da decisão, tem-se que fazer uma análise valorativa, o que levará ao enfrentamento do problema da complementação e do problema da fundamentação. Através do primeiro, tem-se que a valoração pode ser utilizada para o preenchimento de lacunas, enquanto através do segundo se tem a necessidade de buscar a fundamentação das decisões judiciais para justificar, por exemplo, a força vinculante dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal.²⁷⁷

Assim, para bem conhecer aqueles direitos fundamentais supra enunciados (dimensão empírica), deve-se traçar, primeiramente, uma conceituação geral dos direitos fundamentais e estipular qual terminologia se mostra mais constitucionalmente adequada para o estudo do tema (dimensão analítica). Como o leitor já deve ter percebido a opção pela expressão “direitos fundamentais” feita nesta pesquisa, chega-se ao momento de justificá-la. Finalmente, tais considerações se completam com a dimensão normativa, que busca a valoração e o alcance de uma norma de decisão racional para a solução das questões envolvendo direitos fundamentais, notadamente quando se pensa que os critérios anteriores, por si sós, mostram-se insuficientes para alcançar esse fim.

2.2 A dimensão positivo-constitucional dos direitos fundamentais e a CF/88

O estudo da teoria dos direitos fundamentais encontra na clássica lição de Vieira de Andrade a possibilidade de se conceber aqueles direitos em três dimensões ou perspectivas: filosófica ou jusnaturalista; estadual ou constitucional; e universalista ou internacionalista.²⁷⁸

Através da perspectiva filosófica ou jusnaturalista, tem-se que os direitos fundamentais foram, em sua origem, pensados por diversos filósofos, muito antes de se conceber qualquer espécie de positividade dos mesmos. Foram, assim, fruto de teorizações presentes nas mais diversas obras, cuja preocupação recaía nos direitos mais intimamente relacionados à ideia de dignidade da pessoa humana, como o direito à vida e à integridade física.²⁷⁹

A perspectiva estadual ou constitucional, por sua vez, demonstra o acolhimento de certos direitos antes considerados naturais por parte de textos legais positivados. Assim, os

²⁷⁷ Idem. p. 35-38.

²⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 15-50.

²⁷⁹ Idem. p. 15-16.

direitos naturais são positivados, fazendo surgir direitos fundamentais considerados concretamente em certa Constituição.²⁸⁰

Finalmente, tendo em vista os horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, principalmente contra minorias étnicas, aumentam as considerações em torno de uma perspectiva internacionalista ou universalista dos direitos fundamentais, concebendo-os como direitos humanos, ou seja, direitos positivados em diplomas internacionais.²⁸¹

A perspectiva abordada nesta pesquisa será a constitucional, mais especificamente tendo em vista a CF/88. O próprio Vieira de Andrade, no entanto, alerta que tal tomada de posição não leva à exclusão absoluta das demais perspectivas.²⁸² A perspectiva filosófica é por vezes invocada quando as soluções positivistas não são as mais adequadas, ainda mais quando se tem em mente a íntima relação entre correntes filosóficas e a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a perspectiva internacionalista é necessária em face das importações normativas feitas pela Constituição, mostrando-se, no caso brasileiro, em face da abertura prevista no art. 5º, § 2º da CF/88 e da inovação trazida com o § 3º.

Norberto Bobbio também traça uma evolução semelhante na concepção dos direitos fundamentais em relação à positivação internacional destes.²⁸³ De acordo com esse autor, os direitos são, inicialmente, considerados filosoficamente nas obras de diversos autores, que, estudando o tema, teorizam sobre eles numa perspectiva universalista, mas abstrata. Quando tais teorizações são acolhidas nos textos constitucionais, fato ocorrido, pela primeira vez, nas Constituições americana de 1787 e francesa de 1791, tem-se a positivação de tais ideias, tornando os direitos particularizados e concretos, porque destinados aos cidadãos daqueles Estados. Avança-se, assim, de uma perspectiva universal e abstrata para uma realidade concreta e positiva. Finalmente, quando há uma previsão internacional nos moldes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tem-se, verdadeiramente, uma previsão universal e positiva dos direitos fundamentais, já que destinada não só a este ou aquele cidadão, mas ao homem de um modo geral e previsto num texto formal de reconhecimento internacional.

Quanto à terminologia empregada no decorrer desta pesquisa, deve-se ressaltar, inicialmente, as diversas expressões utilizadas para a caracterização do que, essencialmente,

²⁸⁰ Idem. p, 20-25.

²⁸¹ Idem. p, 25.

²⁸² Idem. p, 50.

²⁸³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p, 29-30.

se entende por direitos fundamentais. A própria CF/88 não apresenta unidade terminológica, contendo expressões como “direitos humanos” (art. 4º, II, art. 5º, § 3º e art. 109, § 5º), “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II e art. 5º, § 1º), “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV) e “direitos e liberdades constitucionais” (quando dispõe acerca do mandando de injunção no art. 5º, LXXI).

Essa diversidade de expressões também é apontada por José Afonso da Silva, que demonstra como a doutrina utiliza os termos “direitos naturais”, “liberdades públicas”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos do homem”, “direitos civis”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, dificultando uma conceituação dos direitos fundamentais.²⁸⁴ Canotilho, igualmente, elenca uma lista semelhante de expressões, também enfocando a terminologia empregada na Constituição da República Portuguesa de 1976 no que concerne aos direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais.²⁸⁵

Em verdade, muitas dessas expressões são reducionistas, como, por exemplo, “liberdades públicas”, pois esta apreende somente uma espécie do gênero direito fundamental, qual seja, os direitos fundamentais de primeira geração²⁸⁶, concebidos originariamente à época do Estado Liberal e preconizadores da não intervenção deste no âmbito da liberdade individual dos cidadãos.²⁸⁷ A expressão “direitos humanos”, por sua vez, apesar de não fazer o reducionismo apontado, refere-se a esses direitos no plano internacional, previstos em tratados ou declaração de direitos, diferentemente da expressão “direitos fundamentais”, que demonstra a positivação desses direitos em certa Constituição.²⁸⁸

Sendo assim, dentre as expressões utilizadas pelo texto constitucional de 1988, a que se afigura mais correta é a constante na epígrafe do Título II, que enuncia os direitos e garantias fundamentais. Essa expressão faz referência ao gênero, sendo a mais abraçada pela

²⁸⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 175-179.

²⁸⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 393-398.

²⁸⁶ Não se desconhece a crítica em torno da terminologia “gerações”, que pode levar á falsa impressão de que uma geração de direitos fundamentais mais recente simplesmente aniquilaria a anterior, sendo mais correta a expressão “dimensões de direitos fundamentais”. No entanto, se corretamente entendido, o primeiro termo pode continuar sendo o usado, como de fato será no decorrer do texto. É que a geração mais nova de direitos fundamentais, ao invés de anular a anterior, lança luzes novas sobre os direitos antigos, fazendo com que sobre estes recaia uma nova interpretação. É o que ocorreu, por exemplo, com o direito de propriedade, cuja evolução de um direito absoluto (primeira geração), para um direito com função social (segunda geração) e ambiental (terceira geração) bem demonstra como as novas gerações procedem a uma releitura das anteriores.

²⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 563.

²⁸⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora RCS, 2005. p. 43-44.

doutrina no que concerne à análise de direitos fundamentais positivados numa Constituição. Levando-se em conta que um conceito adequado de direitos fundamentais só é possível tendo em vista a posituação deles em certa Constituição,²⁸⁹ e que ao catálogo de direitos fundamentais previstos na CF/88 não apresenta os reducionismos antes apresentados,²⁹⁰ a terminologia constitucionalmente adequado para o desenvolvimento do tema só pode ser a concernente aos “direitos e garantias fundamentais”.

Uma última advertência se faz necessária antes de se adentrar no estudo dos direitos fundamentais e da abstrativização do controle concreto. Como dito na introdução deste trabalho, o enfoque principal desta pesquisa se refere à abstrativização levada a cabo pelo STF, ou seja, levando em conta as inovações jurisprudenciais atinentes a ela. Isso não quer dizer que os direitos fundamentais à isonomia, à segurança jurídica e à razoável duração do processo, bem como as considerações acerca da abstrativização e da força normativa da Constituição não sejam também aplicáveis às inovações legislativas que concretizam esse movimento, quais sejam, a repercussão geral no RE e a súmula vinculante.

Esses instrumentos, mesmo não constituindo o objeto central do trabalho, foram oportunamente analisados no capítulo anterior, limitando-se o presente capítulo ao cotejo dos citados direitos fundamentais em face das inovações jurisprudenciais do STF acerca da abstrativização do controle concreto. A jurisprudência do STF sobre o tema, já que analisada também no capítulo pretérito, será meramente citada no decorrer do texto.

2.3 Abstrativização e isonomia

²⁸⁹ Para Ingo Sarlet, os direitos fundamentais são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto Constitucional e, portanto, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).” Percebe-se que a referência aos direitos positivados num dado texto constitucional concretamente analisado é expressa, no esteio da doutrina dominante. Deve-se ressaltar, ainda, que qualquer definição de direitos fundamentais levando em conta exemplos, como algo do tipo “direitos fundamentais são aqueles referentes à liberdade, à igualdade, à vida, etc”, esbarra no problema representado pela cláusula aberta de direitos, de acordo com o art. 5º, §2º da CF/88. Já que é possível existir direitos fundamentais não escritos na Constituição, qualquer formulação descritiva dos tipos de direitos fundamentais se afigura, por esse motivo, insuficiente. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009. p, 77.

²⁹⁰ A Constituição de 1988 apresenta um catálogo com direitos individuais, sociais e coletivos como nunca antes visto na história constitucional brasileira. Até mesmo os direitos da terceira geração estão contemplados, muito embora alguns deles careçam de maiores concretizações. Dentre os minimamente regulamentados pode-se citar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Por outro lado, direitos ligados ao desenvolvimento, à paz ou à autodeterminação dos povos demandam uma maior concretização e conformação infraconstitucional.

2.3.1 Esboço histórico: a igualdade formal e material

A ideia de igualdade foi objeto da compreensão de diversas correntes de pensamento, iniciando pelos filósofos clássicos e passando pelos pensadores modernos, quando se pôde começar a falar em princípio jurídico da igualdade. Em seguida, as teorizações pós-Revolução Industrial ampliam o âmbito de proteção do princípio, fazendo com que este não se contentasse com um aspecto meramente formal.

Aristóteles, no clássico *Ética a Nicômaco*, preocupa-se com a isonomia em confronto com a ideia de justiça. Após analisar em que consiste a justiça e a injustiça, o autor assenta que:

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido, embora nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito; os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência.²⁹¹

Pelo trecho, percebe-se como a ideia embrionária acerca da isonomia apresentava um aspecto meramente formal. Assim, apesar de se reconhecer um tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, não se estabelecia claramente quem era quem, e os fatores de discriminação mencionados para a configuração do mérito afiguravam-se arbitrários, pois preocupados com a liberdade, a riqueza ou a excelência.

A concepção cristã trás grandes contribuições para o entendimento da ideia de igualdade e dos direitos fundamentais como um todo. Mesmo se tratando de uma análise filosófica, já que somente com a Revolução Francesa é possível falar, propriamente num princípio jurídico da igualdade, vale a pena traçar algumas linhas acerca da igualdade cristã.

O cristianismo apresentou ao mundo uma doutrina pautada em ideais de igualdade e fraternidade, tendo mostrado formulações sobre a ideia de dignidade da pessoa humana até então desconhecidas. Em verdade, ao se estatuir que “amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento”, bem como “amarás o teu próximo como a ti mesmo”, a doutrina cristã, através desses dois mandamentos,²⁹² mostrou como a preocupação meramente individual era egoística, cabendo a cada um o respeito ao próximo.

²⁹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 108-109.

²⁹² Evangelho segundo São Mateus, capítulo 22, versículos 37 a 40.

Tal respeito ao semelhante era devido porque o homem havia sido concebido à imagem e semelhança de Deus, não havendo, portanto, diferença ontológica entre eles. Como todos seriam, assim, dotados da mesma dignidade, pois descendentes do mesmo Criador, todos seriam, em essência, iguais.

Tendo em vista essa igualdade entre todos os seres humanos, o cristianismo universalizou a ideia de solidariedade, tendo como destinatário não uma classe superior ou dominante, mas todo o gênero humano. Mesmo com essa universalização, a concepção cristã continuava tendo um caráter concreto, diferenciando-se do conceito de humanidade abstrata de Kant,²⁹³ pois o respeito e a igualdade que se deveria buscar não se referia ao ser humano em abstrato, mas a cada indivíduo concebido à imagem e semelhança de Deus.²⁹⁴

As ideias cristãs eram muito revolucionárias para seu tempo. Defender a igualdade de todos os homens e o amor ao próximo, seja este desconhecido ou inimigo, acabaria não surtindo o efeito prático esperado numa sociedade essencialmente desigual. Para os cristãos, a solidariedade, ou seja, a efetivação do mandamento concernente em amar o próximo como a si mesmo, era o caminho para se alcançar o reino dos céus, mostrando como a solidariedade, tal qual a igualdade, ainda não tinha qualquer aspecto político ou jurídico. A doutrina cristã fez evoluir essa ideia de solidariedade clássica, referível a poucos, para uma solidariedade atribuível a todos. Percebe-se, assim, como as ideias de igualdade e solidariedade no pensamento cristão andavam aproximadas.

A igualdade cristã era voltada para um mundo espiritual, pois estava intimamente relacionada com a salvação pessoal. Esse caráter sobrenatural foi, no entanto, fortemente combatido pelas ideias postas em movimento após a Revolução Francesa, originando a ideia moderna de igualdade. Foi somente através desta que se conseguiu superar o idealismo de igualdade sobrenatural cristão e as profundas desigualdades das sociedades clássicas, que eram escravistas e machistas.²⁹⁵ Assim, pode-se dizer que as bases modernas do princípio da igualdade foram de fato lançadas em 1789, desenvolvendo-se juntamente com o

²⁹³ O imperativo categórico desenvolvido por Kant para servir como princípio supremo da moralidade bem demonstra esse caráter abstrato da humanidade: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como meio”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. 1ª Ed., São Paulo: Martin Claret. p. 59.

²⁹⁴ BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity – from civic friendship to a global legal community*. Tradução para o inglês de Jeffrey Flynn. Massachusetts: MIT Press, 2005. p. 24. O autor assim analisa a ética cristã: “As it emancipated itself from the holy bonds of the family and neighborly relations, the Christian ethic of brotherliness succeeded in devoting itself to the other, which was universalized to all humanity but was still concrete, in the sense of brotherly sharing of divine filiation. The believing Jew or Christian owes respect and care not to the abstract principle, to Kantian ‘humanity’ in us, but to each concrete countenance (Levitas) that is in the image of God, that of any neighbor at all.”

²⁹⁵ Idem. p. 55.

constitucionalismo, quando a igualdade cristã foi politizada e, posteriormente, abraçada pelos movimentos sociais do século dezenove, concretizando-se, finalmente, através do Estado do bem-estar social.²⁹⁶ Essas bases começaram a ser sedimentadas com a obra de pensadores como Locke e Rousseau.

Para Locke, a liberdade e a igualdade absoluta só poderiam existir no estado da natureza, antes do surgimento da sociedade civil. Nesse estado, os poderes e a jurisdição são recíprocos, sendo que cada membro dispõe da mesma parcela de poder.²⁹⁷ Ocorre que tal estado de absoluta liberdade e igualdade não se mostrava apto para proteger a propriedade privada, principal valor na concepção de Locke. Assim, para o pensador inglês, o surgimento da sociedade civil coincide com a necessidade de se criar um corpo superior capaz de sancionar as ofensas cometidas aos seus membros, sendo que tal criação só seria possível quando os membros que viviam em estado de natureza abrissem mão de sua condição e do próprio direito natural.²⁹⁸

Rousseau, por outro lado, não teceu grandes elogios ao surgimento da sociedade civil, pelo contrário. Para o pensador genebrino, a origem da desigualdade entre os homens está no advento da propriedade privada.²⁹⁹ Para ele, há duas formas de desigualdades: a natural ou física e a moral ou política. A primeira não apresentaria grandes problemas, já que representaria a desigualdade advinda da própria natureza, como as diferenças de compleição física entre as pessoas. A segunda, por outro lado, seria proveniente de uma convenção entre os homens, que autorizaria o estabelecimento de desigualdades, fazendo com que uns fossem mais poderosos, ricos e privilegiados que outros.³⁰⁰ Essa segunda diferença entre os homens é mais profundamente explorada pelo pensador, que inicia sua análise a partir do homem em estado de natureza até o surgimento da propriedade privada.³⁰¹

²⁹⁶ Idem. p, 55-56.

²⁹⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. p, 23.

²⁹⁸ Idem. p, 69.

²⁹⁹ É clássica a seguinte passagem do autor: “o primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Livrai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém!”. ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Versão para eBook: eBooksBrasil.com. Fonte Digital: www.jahr.org. Copyright: Domínio Público. p, 25.

³⁰⁰ Idem. p, 11.

³⁰¹ Rousseau diverge frontalmente de Hobbes no que tange às qualidades do estado de natureza, pois a lógica deste autor é invertida por aquele. Nesse sentido, José Emílio Medaur Ommati, ao comentar o pensamento de Rousseau, assenta que: “Se, para Hobbes, o estado de natureza era um estado caótico em que o homem era o lobo do próprio homem, realizando o contrato social a função de ordenar esse estado, para Rousseau o estado de natureza era um estado de paz e igualdade entre os homens, governados que eram pelos sentimentos de piedade e

Como dito anteriormente, somente com o advento do Estado Social essas concepções meramente formais acerca da igualdade vão perdendo espaço para uma compreensão mais abrangente, cuja razão de ser é a constatação da existência de desigualdades fáticas entre os indivíduos. É nesse momento que a igualdade ganha uma conotação material, servindo de base para os direitos fundamentais de segunda geração.

A concepção de direitos fundamentais de segunda geração como aqueles que concretizam o valor igualdade, buscando equalizar as desigualdades de fato existentes na sociedade, não pode levar à falsa impressão de que, com o surgimento do Estado Liberal e dos direitos de primeira geração, mais preocupados com o valor liberdade, o valor igualdade tivesse sido completamente esquecido. Assim, mesmo os liberais burgueses defendiam a igualdade, muito embora ela fosse concebida somente em seu aspecto formal, ou seja, desconsiderando que na sociedade havia aquelas desigualdades de fato.

Nesse sentido, é celebre o art. 1º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no qual se estabelece que “os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”. Comentando o dispositivo, José Afonso da Silva ressalta seu caráter liberal, muito mais preocupado em acabar com os privilégios de nascimento então existentes, partindo da premissa de que a igualdade perante a lei seria suficiente para a concretização do princípio. Com tal concepção, acabou-se por aprofundar as desigualdades econômicas.³⁰²

Esse quadro de injustiças gerado a partir de uma concepção formal da igualdade era ainda mais acentuado no Brasil, em face da escravidão. Sobre o tema, Daniel Sarmiento assenta que:

Nossa primeira Constituição, por exemplo, proclamava com solenidade o princípio da igualdade (art. 178, XIII) e, não obstante, o país conviveu durante quase todo o Império com a escravidão dos negros. E a abolição da escravatura, em 1888, não foi acompanhada por qualquer medida que permitisse a inclusão social dos ex-escravos, que fatalmente acabariam compondo o último extrato da nossa pirâmide social, cumprindo-se neste ponto o precioso vaticínio de Joaquim Nabuco.³⁰³

Percebe-se, portanto, como a Constituição de 1824 era dotada de baixíssima força normativa, já que suas normas não foram sequer utilizadas como forma de combater a escravidão. Com o surgimento do Estado Social, passa-se a conceber a igualdade em seu

amor de si”. OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: SAFE Editor, 2004. p, 74.

³⁰² SILVA, José Afonso. Ob. cit. p, 212-215.

³⁰³ SARMENTO, Daniel. *A igualdade ético-racial no Direito Constitucional brasileiro: discriminação “de fato”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In: *Livres e iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p, 144.

aspecto material, cabendo ao Estado concretizá-la a partir da redução das desigualdades de fato existentes na sociedade. Assim, a igualdade não está mais garantida somente a partir de uma mera previsão geral, abstrata e impessoal constante na lei.

2.3.2 O princípio jurídico da igualdade na Constituição de 1988 e a igualdade jurisdicional

O enunciado normativo contido no art. 5º, caput, da CF/88 determina que todos são iguais perante a lei. Dessa disposição, pode-se retirar a seguinte norma jurídica: “todos devem ser tratados igualmente perante a lei”. O alcance dessa norma, seus destinatários e a relação dela com a função de não-discriminação, principalmente a não-discriminação judicial, serão alguns dos temas adiante desenvolvidos.

Sabendo-se que o papel da lei é justamente fazer distinções, deve-se perquirir se determinado tratamento diferenciado encontra respaldo constitucional. Assim, mesmo os critérios postos na Constituição como inadmissíveis para estabelecer tratamento diferenciado (cor, sexo, idade, religião, estado civil) podem fundamentar constitucionalmente eventual distinção, pois tais requisitos, analisados por si sós, não respondem à questão acerca da violação da isonomia.³⁰⁴

Perquirir a igualdade ou desigualdade de certo tratamento demanda a análise de, pelo menos, três critérios muito bem delineados por Celso Antônio Bandeira de Mello. Inicialmente, o intérprete deve investigar o fator de *discrímén* em si, para, em seguida, perquirir a existência de um nexo lógico entre o ele e a diferenciação resultante, devendo-se, finalmente, fiscalizar a compatibilidade daquela correlação lógica com a Constituição. No segundo passo, assim, há uma análise abstrata entre o *discrímén* e o resultado, enquanto no último há um estudo em concreto, levando-se em conta as normas constitucionais.³⁰⁵

No primeiro passo, tem-se que o fator eleito como *discrímén* não pode apresentar um traço de especificidade capaz de singularizar no presente, absoluta e definitivamente, o indivíduo alvo do regime diferenciador instituído. Além disso, o traço diferenciador adotado tem, necessariamente, que residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada. Desse modo, se o elemento não existe nelas mesmas, não se mostra apto a criar o regime especial.³⁰⁶ Essa característica do fator de *discrímén* aceitável é essencial para a investigação acerca da

³⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 12.

³⁰⁵ Idem. p. 21-22.

³⁰⁶ Idem. p. 23.

constitucionalidade de tratamentos diferentes pelos órgãos do Poder Judiciário a jurisdicionados que se encontrem na mesma situação.

Em se adotando esse tipo de discriminação singular, ter-se-ia a impossibilidade lógica e material de a lei ter sua hipótese de incidência repetida concretamente. Na verdade, nem de lei em sentido material poder-se-ia cogitar, já que não se trataria de um mandado geral, abstrato e impessoal.³⁰⁷

Em seguida, deve-se proceder à análise da correlação lógica entre o fator de *discrímén* e a situação de desigualdade proposta, analisando-se, como dito, sob uma perspectiva abstrata. Em outras palavras, deve-se perquirir se a finalidade buscada com a diferenciação é alcançada através do fator discriminante eleito.³⁰⁸

Finalmente, para a análise da constitucionalidade de certo fator discriminante deve-se perquirir se há um “vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial escolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correção não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”.³⁰⁹ Nota-se, assim, que o princípio da isonomia só está ferido quando se apresenta uma distinção injustificada, desarrazoada. Percebe-se, desse modo, que, para se evitar uma distinção desarrazoada, deve haver uma correlação adequada entre o critério discriminante e a disparidade de tratamentos dispensada, sob pena de se proceder a uma efetiva afronta à isonomia.³¹⁰

Feitas essas considerações sobre os testes acerca do respeito à isonomia, é necessário avançar para se assentar que ele se aplica também às condutas abrangidas pela norma

³⁰⁷ O autor aponta a existência desses dois tipos de inviabilidade, a lógica e a material. Assim: “haverá *inviabilidade lógica* se a norma *singularizadora* figurar situação atual irreproduzível por força da própria abrangência racional do enunciado. Seria o caso, *exemplificandi gratia*, de lei que declarasse conceder o benefício tal aos que houvessem praticado determinado ato, no ano anterior, sendo certo e conhecido que um único indivíduo desempenhara o comportamento previsto. Haverá *inviabilidade apenas material*, quando, sem empeco lógico à reprodução da hipótese, haja, todavia, no enunciado da lei, descrição de situação cujo particularismo que revela uma tão extrema, da impossibilidade de recorrência que valha como denúncia do propósito, fraudulento, de singularização *atual absoluta* do destinatário”. Idem. p, 25 (destaques no original). Arrematando, o autor aponta um exemplo de lei que, apesar de voltar-se a um só indivíduo, não se apresenta contrária à isonomia: “Em suma: sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente. Sirva como exemplo desta hipótese o dispositivo que preceituar: ‘Será concedido o benefício tal ao primeiro que inventar um motor cujo combustível seja água’. Idem. p, 25.

³⁰⁸ Como exemplo de falta dessa correlação lógica o autor cita a norma que permite a certos funcionários gordos afastarem-se de suas funções para participar de certo congresso religioso. Por outro lado, há correlação lógica entre a exigência de certa compleição física altiva para o exercício do serviço militar, já que este exige um maior vigor físico. Idem. p, 38.

³⁰⁹ Idem. p, 17.

³¹⁰ Idem. p, 39.

judicada, para além da norma legislada.³¹¹ Levando-se em conta que os três Poderes encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, é dever do Poder Judiciário não proceder a tratamentos discriminatórios quando aplica a lei. A igualdade perante a lei, assim, é destinada aos seus aplicadores, ao passo que a igualdade na lei é aquela observada pelos legisladores quando da feitura desta.

A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais se mostra mais próxima do princípio da isonomia quando se vê a função de não discriminação desses direitos. Após tratar das funções de defesa, prestação e proteção contra terceiros, Canotilho assenta o seguinte acerca da função de não discriminação:

Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar de **função de não discriminação**. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Essa função de não discriminação abrange todos os direitos.³¹² (destaques no original)

Percebe-se como é claro o dever do Estado de não proceder a discriminações, mormente na seara jurisdicional. Assim, aprofundando o estudo do conteúdo do princípio da igualdade em sua acepção material, em relação, principalmente, à atuação do Poder Judiciário, Rodolfo de Camargo Mancuso assenta que:

O problema da isonomia no tratamento judiciário passa pela preocupação com o risco da contradição *prática* entre julgados, ou seja, o justo temor de que uma situação jurídica assegurada num processo, porventura, se torne ineficaz, em face de comando em sentido contrário ou incompatível, oriundo de outro processo. Já não tanto assim quando a contradição é meramente lógica, ocorrência com a qual o processo de certo modo *convive*, tornando-a como uma virtualidade, num regime de jurisdição singular, fundado na subsunção de cada caso a uma norma de regência. Explicando: através de institutos ou técnicas como a distribuição por dependência, a litispendência, a prevenção, a conexão, o litisconsórcio, a intervenção de terceiros, a cumulação de pedidos, a reconvenção, o processo civil procura *aglutinar* fatos e sujeitos coalizados, por fatores como *afinidade de questões, a origem comum, a tríplice identidade, a lide secundária, a proximidade entre pedidos ou causa de pedir etc.*, no afã de prevenir – no plano lógico, incompatibilidades entre comandos judiciais.³¹³ (destaques no original)

Assim, não se pode admitir que determinado indivíduo tenha sobre si uma decisão judicial desfavorável enquanto outrem, debatendo a mesma questão em outro juízo, ganhe a

³¹¹ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que: “A ser verdade que ‘todos são iguais perante a lei’, então a lógica do sistema impõe que essa lei não pode ser apenas a *norma legislada* (= produto final da atividade parlamentar), senão que deve também incluir a *norma judicada*, ou seja, a lei submetida à interpretação e aplicação pelos órgãos judiciários nos casos concretos”. (destaques no original) Ob. cit. p, 113.

³¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p, 409-410.

³¹³ Ob. cit. p, 125.

causa. Esse tratamento diferenciado, pautado no critério do sorteio para a distribuição dos processos, mostra-se, evidentemente, desarrazoado em face da Constituição.³¹⁴

O problema afigura-se ainda mais grave quando se tem em vista divergências desse tipo na aplicação de normas constitucionais, pois nesse caso a divergência enfraquece a força normativa da Constituição, mormente quando seu guardião já tenha se manifestado sobre a questão. Isso ocorre, por exemplo, quando uma norma é julgada inconstitucional incidentalmente pelo STF e diversas outras pessoas além daquelas partes constantes desse feito se encontram em situação idêntica: como os efeitos clássicos do controle incidental só se aplicam às partes, os demais indivíduos terão de esperar a suspensão da norma pelo Senado Federal para que recebam o mesmo tratamento daqueles afortunados que conseguiram ter seu processo julgado pela Suprema Corte. Repita-se que o STF, no caso, já decidira a questão constitucional, fixando a interpretação do Texto Maior que, dada a sistemática atual, só será aplicada a alguns, ferindo gravemente a isonomia e a força normativa da Constituição, cuja eficácia dever-se-ia impor contra todos.³¹⁵

Analisando o princípio da igualdade na seara jurisdicional, José Afonso da Silva aponta que é vedado ao juiz fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei, bem como é vedado ao Poder Legislativo editar leis que possibilitem esse tratamento desigual por parte do Poder Judiciário.³¹⁶ Evidentemente que a própria credibilidade deste Poder resta comprometida quando se tem em vista a perpetuação de decisões divergentes, cabendo aos órgãos julgadores efetuar a devida uniformização e zelar para que futuras divergências não se perpetuem no tempo. No exemplo acima citado, a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade mostrar-se-ia necessária e apta para solucionar aquele tratamento díspar dado aos indivíduos que se encontram na mesma situação. Assim, tal tendência é uma necessidade em face do princípio da isonomia.

2.4 Segurança jurídica e abstrativização

2.4.1 A segurança jurídica como valor básico do Direito

³¹⁴ Nesse sentido, Márcia Regina Lusa Cadore assenta que: “Ora, não encontra justificativa razoável o Estado, no exercício da função jurisdicional, proferir decisões distintas para situações semelhantes que lhe sejam submetidas. O critério da distinção não pode ser o sorteio para a distribuição dos feitos ou dos recursos no segundo grau de jurisdição. Não é critério razoável perante a Constituição”. CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25.

³¹⁵ A utilização pelo STF do princípio da isonomia como justificção para se proceder à abstrativização ocorreu, por exemplo, no julgamento dos MI 670, 708 e 712, acerca do direito de greve dos servidores públicos, como visto no capítulo anterior.

³¹⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 218.

É incontroversa a afirmação acerca da importância para o Direito do debate entre os clássicos valores justiça e segurança jurídica. Em verdade, Norberto Bobbio, ao discorrer sobre os critérios de valoração da norma jurídica, quais sejam, a justiça, validade e eficácia, bem assenta que tais critérios são independentes entre si, explicando como foi possível, assim, a existência das doutrinas jusnaturalista, positivista e realista, já que as três adotavam como valor fundamental, respectivamente, a justiça, a segurança jurídica e a eficácia social da norma.³¹⁷

Desse modo, o critério da justiça, isoladamente considerado, diz respeito às preocupações que um dado ordenamento deve ter com os valores últimos por ele consagrados, como forma de se alcançar a justiça a partir das leis, ou independentemente delas, se o conteúdo legislativo não for naturalmente justo. Por outro lado, o critério da validade diz respeito à autoridade e aos procedimentos necessários para a edição das leis, cujo fundamento de validade, normalmente, se encontra na Constituição. É fácil notar, assim, como pode haver uma lei válida, pois editada conforme essas disposições superiores, mas injusta, por conflitar com os valores máximos do ordenamento.³¹⁸

Para os jusnaturalistas, a validade da norma decorreria de sua justiça, conceito este que poderia, segundo eles, ser estabelecido de modo universalmente válido. Norberto Bobbio mostra, no entanto, como a ideia de justiça é de difícil entendimento até mesmo entre os próprios teóricos do naturalismo. Assim, respondendo negativamente à indagação acerca da existência de fundamento para se levar a cabo tal pretensão de universalidade, o autor assenta que:

Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) a liberdade era natural; mas, para Aristóteles, era natural a escravidão. Para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley e a Morelly, a instituição mais adequada à natureza humana era a comunhão de bens. Esta variedade de juízos entre os próprios naturalistas dependia de duas razões fundamentais: 1) “natureza” é um termo genérico que adquire diversos significados dependendo do modo como é usado. (...). 2) ainda que o significado do termo fosse unívoco, e todos os que a ele fazem referência estivessem de acordo em aceitar que algumas tendências são naturais e outras não, da constatação que uma tendência é natural não se pode deduzir se ela é boa ou má, já que não se pode deduzir um juízo de valor de um juízo de fato.³¹⁹

A diversidade de concepções em torno da justiça natural demonstra como insegura, se levada a extremos, pode ser a concepção jusnaturalista. Por outro lado, a concepção

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005. p. 45-54.

³¹⁸ Idem. p. 49.

³¹⁹ Idem. p. 56-57.

positivista, com a clara preocupação com a segurança jurídica, se levada a extremos, pode servir unicamente para legitimar regimes de força, desvencilhando-se completamente da justiça.³²⁰

Nesse sentido, deve-se assentar que a insegurança jurídica e o conseqüente caos imperante na sociedade também levam à injustiça. É com os olhos nessa situação de injustiça causada pela insegurança que Hugo de Brito Machado assenta a necessidade de o jurista proceder seu labor interpretativo de modo a dar cada vez mais segurança jurídica a partir da exegese de quaisquer preceitos normativos.³²¹

Deve-se, portanto, buscar a compatibilização entre os valores justiça e segurança jurídica, não a exclusão de um pelo outro. Modernamente, tem-se que a referida tensão resta superada pelas ideias pós-positivistas. Em verdade, com a constitucionalização dos princípios antes classicamente tidos como provenientes do direito natural, movimento característico do neoconstitucionalismo,³²² tem-se a compatibilização daqueles dois valores básicos, mostrando como a solução adequada para o enfrentamento dos problemas da justiça e da segurança tem sua solução a partir do reconhecimento da complementaridade desses valores.³²³

2.4.2 A segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência constitucional

O princípio da segurança jurídica está presente no caput do art. 5º, informando diversos direitos e garantias fundamentais, como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a irretroatividade da lei. Através do princípio, o indivíduo pode pautar suas relações jurídicas por critérios de previsibilidade e calculabilidade, afastando-se da insegurança típica de regimes instáveis.

³²⁰ Idem. p. 61.

³²¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Segurança jurídica e a questão da hierarquia da lei complementar*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 25. Jan./Dez./2006. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2006. p. 82.

³²² A expressão é utilizada e defendida, dentre outros, por Luís Roberto Barroso em seu artigo *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo nº 240 (Abril/Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Nesse texto o autor aponta as razões teóricas, históricas e filosóficas para o reconhecimento de uma nova maneira de ver a Constituição, agora compreendida como realidade normativa que constitucionaliza o direito natural.

³²³ Levando em conta as dificuldades apontadas para o entendimento do que venha a ser a justiça, Oscar Mendes Paixão Côrtes assenta que: “ainda que não se chegue a um consenso sobre qual a finalidade do direito e qual justiça a ser atingida, deve-se aceitar que em um dado momento determinadas normas e situações regulem a sociedade, em nome do valor fundamental da segurança, sob pena de a injustiça prevalecer, pelo próprio caos no sistema. A finalidade e a justiça ficam, dessa forma, ainda que de forma fictícia, inseridas no valor segurança: o que existe e deve ser cumprido passa a ser justo e a finalidade do direito. Tudo para que se realize a paz social e os indivíduos possam regrar suas vidas com previsibilidade.” CÔRTEZ, Oscar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 24.

Para Perez Luño, a segurança jurídica é, eminentemente, uma necessidade antropológica, pois “o saber ao que se ater é um elemento constitutivo da aspiração individual e social para a seguridade”.³²⁴ Canotilho, por sua vez, sustenta que o homem necessita de segurança para planejar responsabilmente sua vida, daí se considerar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementares ao Estado de direito.³²⁵ Analisando o princípio da segurança tendo em vista a sucessão de leis no tempo, José Afonso da Silva, por sua vez, mostra que dele emana a justa expectativa dos indivíduos no sentido de verem as relações jurídicas efetivadas sob o império da lei anterior serem respeitadas em face da lei nova.³²⁶

Ainda segundo Canotilho, a segurança e proteção da confiança exigem:

“(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial”.³²⁷

Ocorre que essa previsibilidade e calculabilidade também se ampliam para os atos jurisdicionais, como dito por Canotilho, tendo em vista, notadamente, as decisões prolatadas pelos Tribunais. Isso ocorre devido o fato de os indivíduos pautarem seus atos não só pela lei, mas também pela jurisprudência. Tal fato não autoriza qualquer tipo de pretensão à manutenção da jurisprudência dos Tribunais, não tendo o indivíduo, portanto, qualquer direito nesse sentido.³²⁸ Pensar o contrário seria engessar o Poder Judiciário e retirar boa parte de sua independência, paralisando a construção do direito nas Cortes.

Assim, aplicando o princípio da segurança jurídica ao exercício da jurisdição, tem-se a necessidade de se proceder à uniformização da jurisprudência, pois assim se superam as incongruências entre julgados proferidos em situações iguais ou assemelhadas.³²⁹ Ora, a

³²⁴ PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *La seguridad juridica*. Barcelona: Ariel, 1991. p. 7. Apud CADORE, Márcia Regina Lusa. Ob. cit. p. 26.

³²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 257.

³²⁶ SILVA, José Afonso. Ob. cit. p. 433.

³²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p. 257. Assim, ainda segundo o autor, o princípio geral da segurança jurídica, que abrangeria a proteção da confiança, formular-se-ia da seguinte forma: “o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e validas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico”. (Idem. p. 257)

³²⁸ Idem. p. 265.

³²⁹ CADORE, Márcia Regina Lusa. Ob. cit. p. 29.

uniformização pretendida faz-se ainda mais importante quando se tem em vista divergência constitucional, principalmente quando o STF já tenha se manifestado em determinado sentido.

Assim, traz grande insegurança jurídica admitir que uma decisão daquela Corte declarando a inconstitucionalidade de uma norma incidentalmente só tenha eficácia contra todos após o procedimento previsto no art. 52, X da CF/88, ainda mais quando se sabe que a atuação do Senado Federal é discricionária, podendo, assim, nem mesmo ocorrer. Enquanto isso, diversos indivíduos que eventualmente estejam alegando a inconstitucionalidade daquela mesma norma como fundamento de sua defesa poderão, dependendo do entendimento do juiz do caso, encontrar uma decisão divergente daquela prolatada pelo STF. Novamente, a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade se impõe para que situações desse tipo não mais ocorram.

Desse modo, tem-se que a demora na prestação jurisdicional, ou, de maneira mais ampla, a demora no acerto definitivo acerca da situação jurídica de certas pessoas – demora essa também causada, como visto, pela inércia do Senado Federal no tocante ao controle de constitucionalidade – é um fator de insegurança jurídica também diretamente relacionado ao direito fundamental à razoável duração do processo, adiante analisado. A súmula vinculante e a repercussão geral mostram-se poderosos instrumentos nesse sentido, capazes de uniformizar a jurisprudência em matéria constitucional.

Não se deve pensar, no entanto, que o controle abstrato de constitucionalidade esteja imune a críticas quanto à configuração de insegurança jurídica a partir do desencadeamento do processo objetivo com a propositura de uma ADI, por exemplo. O referido tipo de controle não deve ser visto como a salvação para todos os problemas relacionados à segurança jurídica nos pronunciamentos judiciais, pois, como observa Samuel Miranda Arruda:

Mesmo a utilização de um sistema concentrado de fiscalização da constitucionalidade – via de regra mais célere na aferição definitiva da validade das normas – expõe dificuldades de monta no que concerne à preservação da segurança jurídica em um ordenamento. É que já a própria arguição de inconstitucionalidade põe dúvidas acerca da compatibilidade da norma com a Constituição. A pendência indefinida de um procedimento como este potencializa a sensação de incerteza, que não se limitando ao jurisdicionado leigo pode paralisar a própria ação administrativa espalhando-se por diferentes estratos sociais. Podem ser trazidos à colação, ilustrativamente, os diversos casos em que a constitucionalidade da cobrança de um tributo é questionada. O contribuinte não pode planejar com serenidade seu cronograma de desembolsos nem a Administração pode contar com o recebimento dos recursos respectivos. É comum que nos sucessivos casos semelhantes já ocorridos no Brasil o empresariado tenha tido dificuldades na formação de seus custos, ante a incerteza do direito posto. Infelizmente, no quadro brasileiro, a morosidade crônica dos feitos já atingiu essa classe de ações com as graves consequências que são previsíveis. Nem a criatividade do legislador, engendrando um pedido cautelar em ação de inconstitucionalidade, foi capaz de proteger os

cidadãos contra a incerteza do julgamento demorado, e aqui, mais uma vez, levou a uma certa vulgarização do instrumento cautelar. (...) Em casos assim extremos, como o são os que põem em xeque a validade de uma lei, só após a decisão definitiva da causa dá-se o fim da incerteza.³³⁰

Tais inconvenientes, à medida que expõem algumas das deficiências do controle abstrato, servem também para alertar como a situação de incerteza acerca do direito aplicável é ainda mais evidente no caso do controle difuso, ante a falta de vinculação das decisões do STF nessa sede.

A busca pela segurança jurídica também determina que, em certos casos excepcionais, o STF não proceda à declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* no controle difuso, pois, mesmo em relação às partes, essa providência, de resto clássica na doutrina e jurisprudência do controle de constitucionalidade, pode se afigurar atentatória à segurança jurídica. Faz-se necessário, assim, modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, mesmo em sede de controle difuso.³³¹

2.5 Abstrativização e a razoável duração do processo

2.5.1 Aspectos históricos

O direito fundamental à razoável duração do processo apresenta antecedentes históricos antigos, apesar de sua positivação expressa na ordem constitucional brasileira ser bem recente, datando de dezembro de 2004, momento da publicação da EC n° 45.

No plano internacional, pode-se fazer referência, por exemplo, aos artigos 40 e 61 da Magna Carta de 1215, que, embrionariamente, já apresentavam uma preocupação com a ideia de não adiamento na entrega da justiça.³³² A menção à Magna Carta como documento de

³³⁰ ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 108-109.

³³¹ Essa foi a providência adotada no julgamento do RE 197.917/SP (caso Mira Estrela), como visto no capítulo anterior.

³³² Art. 40: “Nós não venderemos, recusaremos, ou protelaremos o direito ou a justiça para quem quer que seja”. Art. 61: “Desde que concedemos todas estas coisas, por Deus, e para a melhor ordenação de nosso reino, e para aquiescer a discórdia que se levantou entre nós e nossos barões; e desde que desejamos que elas sejam desfrutadas em sua integridade, com eficácia duradoura e para sempre – conferimos e afiançamos aos barões a seguinte garantia: Os barões elegerão, entre si, vinte e cinco, para guardar, e obrigar a observar, com todo o seu poder, a paz e as liberdades concedidas e confirmadas para eles por esta carta. Se nós, nosso Grande Justiceiro, nossos meirinhos, ou qualquer de nossos funcionários, praticar um delito, a qualquer respeito e contra qualquer pessoa, ou transgredir qualquer dos artigos da paz ou desta provisão e o delito foi notificado a quatro dos ditos vinte e cinco barões, eles deverão vir a nós – ou, em nossa ausência do reino, ao Grande Justiceiro – para declará-lo e requerer imediata reparação. Se nós ou, em nossa ausência, o Grande Justiceiro não proceder à reparação dentro de quarenta dias a contar do dia em que o delito foi declarado a nós ou a ele, os quatro barões referirão a matéria ao restante dos vinte e cinco barões que, com o apoio de toda a comunidade da terra, poderão assaltar-nos e deter-nos por todos os meios possíveis, apossando-se de nossos castelos, terras, domínios ou qualquer outra coisa, ressalvada apenas nossa própria pessoa, a pessoa da rainha e de nossos filhos, até que

valor histórico inestimável para a afirmação dos direitos humanos, no entanto, deve ser compreendida a partir das características do referido texto em relação ao seu contexto histórico. Nesse sentido, a Magna Carta, em sua origem, não passou de um acordo entre os barões e o rei, sendo que, em face de seu caráter pactual, não se aplicava à integralidade do povo inglês. Era, assim, um documento estamental, que, paulatinamente, teve sua aplicação ampliada para o povo de um modo geral.³³³

Analisando essas disposições da Magna Carta, Samuel Arruda aponta o nítido caráter defensivo da primeira, à medida em que se veda ao rei à protelação de direitos para quem quer que seja. Por outro lado, a segunda disposição mencionada apresenta um caráter prestacional mais acentuado, pois impõe a feitura da justiça em tempo hábil, obrigando o rei à reparação do delito praticado por qualquer de seus funcionários num prazo de quarenta dias, sob pena de sofrer as sanções previstas.³³⁴

No direito brasileiro, é interessante analisar o direito previsto no art. 113, inciso 35 da Constituição de 1934.³³⁵ Nesse dispositivo, presente no Título da declaração de direitos, já é possível perceber a necessidade de se dar um rápido andamento aos processos nas repartições públicas, devendo-se entender a expressão “repartições públicas” de modo amplo, abrangendo também as secretarias judiciais, e não somente órgãos públicos ou entidades do Poder Executivo e Legislativo. A norma já previa um direito ao rápido andamento de processos judiciais e administrativos.³³⁶

Mesmo antes do advento da EC nº 45, era possível conceber expressamente o direito fundamental à razoável duração do processo no ordenamento jurídico pátrio. Em verdade, a referida garantia já estava presente no ordenamento jurídico pátrio através do Pacto San Jose da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 22.11.1969), integrado à

tenham assegurado a reparação tal como haviam determinado. Assegurada a reparação, renovarão sua regular obediência para conosco. (...)”

³³³ Nesse sentido, Canotilho aponta que: “A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das **cartas de franquias medievais** dadas pelos reis aos vassallos, a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215. Não se tratava, porém, de uma manifestação da ideia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação dos direitos corporativos da aristocracia feudal em face de seu suserano. A finalidade da *Magna Charta* era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia.” (destaques no original). CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p. 382.

³³⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. Ob. cit. p. 33.

³³⁵ “35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressaltados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva”.

³³⁶ ARRUDA, Samuel Miranda. Ob. cit. p. 43.

ordem jurídica brasileira desde a edição do Decreto n. 678, de 06.11.1992. De acordo com o art. 8.1, “toda pessoa tem direito a ser ouvida *com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável* por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada (...)”.

Com a EC nº 45, no entanto, tem-se a positivação expressa a nível constitucional, explicitando mais um conteúdo da garantia do devido processo legal.

2.5.2 A EC nº 45 e a positivação expressa do direito

Anteriormente, já foi mencionado como a morosidade processual pode levar à insegurança jurídica, hipótese presente até mesmo no controle abstrato de constitucionalidade, muito embora tal estado de insegurança tenda a ser menor daquele presente no controle difuso, já que, normalmente, aquele é mais célere que este, pelas próprias características do processo objetivo.

Destarte, o período de incerteza surgido a partir da demora na solução definitiva de uma causa atenta contra o processo justo, incompatível com o processo moroso. Este, por sua vez, além de causar prejuízos econômicos e psicológicos para ambas as partes, prejudica, sobretudo, a própria solução da causa, já que a demora prolongada pode afetar a produção probatória ou o próprio interesse do autor em continuar a demanda. Nessa última hipótese, mesmo com o encerramento do processo em face de eventual desistência, ter-se-ia a continuidade da insatisfação, ou seja: o processo, nesse caso, não teria cumprido sua função de pacificação social. Essas singelas razões já bastam para se elogiar a consagração de um direito fundamental à razoável duração do processo e a conseqüente tentativa de expandi-lo cada vez mais tendo em vista os processos de controle de constitucionalidade.

A EC nº 45 introduziu o inciso LVXXVIII no art. 5º, garantido a todos a razoável duração do processo no âmbito judicial ou administrativo. Sabe-se que o processo, para se desenvolver corretamente, necessita de certo tempo, que, no entanto, tem de ser razoável. Esse ponto de equilíbrio é o que se busca com essa garantia, e ele só pode ser encontrado no caso concreto, pois não há uma fórmula abstrata pré-estabelecida determinando qual seja a duração razoável de certo processo.

A Corte Européia, instituída para assegurar as disposições constantes na Convenção para a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, quando julga casos referentes ao eventual descumprimento da garantia da razoável duração do processo, não fixa um prazo mínimo ou máximo para o processamento, considerando: a complexidade do caso; o

comportamento das partes; o comportamento do órgão julgador e de seus auxiliares; a duração do processo de conhecimento e execução. Não se discute o mérito do litígio, apenas se o processo teve duração razoável ou não.³³⁷

O direito fundamental à razoável duração do processo é uma garantia fundamental derivada da cláusula do devido processo legal. O devido processo legal, de origens notadas também na já citada Magna Carta, apresenta-se como uma garantia necessariamente aberta, através da qual o intérprete poderá extrair diversos direitos fundamentais na natureza procedimental.³³⁸

Assim, a partir da garantia do devido processo legal prevista no art. 5º inciso LIV da CF/88, tem-se que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É interessante apontar uma interessante tese acerca da petrealidade do direito fundamental à razoável duração do processo, tendo em vista sua especial positivação expressa na ordem constitucional brasileira. Em verdade, esta-se diante da primeira ampliação expressa do art. 5º da CF/88, que, com a EC nº 45, acabou ganhando o inciso LXXVIII, dispondo que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Levando-se em conta que o poder constituinte derivado pode rever tudo aquilo por ele criado, ou seja, as inovações trazidas através de uma emenda constitucional podem, posteriormente, ser revogadas por outra emenda constitucional superveniente, não é dado a esse poder reformador a prerrogativa de criar cláusulas pétreas. Se isso fosse possível, ter-se-ia que admitir a possibilidade de, posteriormente, tal “cláusula pétrea” ser revogada, à critério do poder constituinte derivado, o que equivaleria a dizer que este apresentaria mais poder que o constituinte originário.³³⁹

Desse modo, para Paulo Gustavo Gonet Branco somente ao poder constituinte originário é dado criar cláusulas pétreas, pois somente assim tais disposições estariam de fato protegidas contra qualquer emenda constitucional tendente a aboli-las. Então o direito fundamental à razoável duração do processo não seria uma cláusula pétrea? Seria, pois a EC nº 45 não criou propriamente um novo direito fundamental, mas somente explicitou o conteúdo de um direito fundamental implícito da cláusula do devido processo legal.³⁴⁰

³³⁷ CADORE, Márcia Regina Lusa. Ob. cit. p. 30.

³³⁸ Idem. p. 88.

³³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

³⁴⁰ Idem. p. 225-226.

Assim, mesmo que, eventualmente, admita-se a engenhosa tese de Paulo Branco, deve-se reconhecer a pretrealidade desse direito fundamental tendo em vista sua posituação implícita na garantia do devido processo legal.

O direito à razoável duração do processo apresenta um âmbito de proteção essencialmente normativo, ou seja, é somente a partir da intervenção legislativa que se conhecerá a parcela da realidade protegida pela norma.³⁴¹ A decisão legislativa se afigura ainda mais importante tendo em vista a vagueza na expressão “razoável”, atinente à duração do processo.

A dimensão procedimental dos direitos fundamentais, ou, nos dizeres de Alexy, os direitos fundamentais à organização e ao procedimento, apresentam uma íntima relação com a eficácia objetiva dos direitos fundamentais, entendida esta como uma ordem de valores que informa todo o ordenamento jurídico, determinando deveres de proteção e não-discriminação, além de irradiar os direitos fundamentais para qualquer atividade interpretativa.³⁴²

Levando em conta a eficácia positiva dos direitos fundamentais, ou seja, aquela que não se contenta com a mera abstenção estatal (eficácia negativa), pode-se constatar a partir dela um direito à prestações fáticas e normativas. Através da primeira, tem-se a concretização de direitos fundamentais independentemente da forma jurídica utilizada, pois o foco principal é o resultado alcançado, seja através de um ato legislativo, administrativo ou mesmo judicial. Por outro lado, com a prestação normativa tem-se um direito à emanção de uma decisão legislativa por parte do legislador.³⁴³

O direito fundamental à razoável duração do processo possui essa dimensão prestacional normativa, de modo que o legislador deve atuar em duas frentes: através de uma postura negativa, deve se abster de legislar criando óbices à razoável tramitação do processo, tendo, através de uma postura positiva, o dever de legislar criando normas jurídicas aptas a, cada vez mais, realizar esse valor constitucional.³⁴⁴

Assim, é plenamente possível se editar uma EC alterando o sistema de controle difuso de constitucionalidade exercido pelo STF, atribuindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões da Corte Suprema nesse campo, pois, como já visto anteriormente, o controle

³⁴¹ Idem. p, 493.

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit. p, 194.

³⁴³ ALEXY, Robert. Ob. cit. p, 201-202.

³⁴⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. Ob. cit. p, 266-267.

abstrato de constitucionalidade, sem se esquecer de seus defeitos, apresenta a inegável virtude no que concerne à solução mais célere das questões constitucionais.

Não se quer nesse momento confundir ou reduzir o direito fundamental à razoável duração do processo à mera celeridade processual. Em verdade, o citado direito fundamental apresenta uma dupla dimensão no ponto, sendo a celeridade processual uma delas. A outra é a necessidade de um tempo mínimo para o processo não se converter em exercício de arbítrio de um parte em face da outra. A razoável duração do processo, então, preocupa-se não com a solução das controvérsias em um tempo recorde, mas em um tempo necessário, suficiente, preservando a existência de prazos mínimos para o alcance das finalidades do processo.

Essa preocupação com o tempo do processo é essencial para a preservação da dignidade da pessoa humana, pois os feitos que se alongam no tempo indefinidamente, além de negar a segurança jurídica e a própria justiça como visto anteriormente, transformam o ser humano em objeto de processos judiciais.

Nesse sentido, é conhecida a lição de Kant, para quem tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço só poderia ser um objeto, admitindo-se sua substituição por algo também quantificável por um preço. Contrariamente, a dignidade está acima deste, e o ser humano é qualificado por ela, tornando-o insubstituível. O preço seria algo quantificável por ser exterior, servindo de meio, ao passo que a dignidade seria algo interior e impossível de mensuração, por ser um fim. Através dessa fórmula, a diferença entre o homem e o objeto estava traçada, não se podendo admitir, portanto, a redução daquele a este.³⁴⁵

A garantia da razoável duração do processo apresenta, ainda, um caráter subjetivo e objetivo. Assim, através do primeiro aspecto tem-se que todo indivíduo tem direito a um processo judicial ou administrativo sem dilações indevidas. Fernando Gajardoni defende, até mesmo, a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança ante a letárgica omissão institucional, além de eventual responsabilização do Estado tendo em vista o mau funcionamento do sistema judicial.³⁴⁶ Logo, através da dimensão subjetiva da garantia, é

³⁴⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. 1ª Ed., São Paulo: Martin Claret. p. 65. Ainda nesse sentido, lapidares são as lições do filósofo: “o que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade”.

³⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006.

possível ao sujeito pleitear ao Poder Judiciário o respeito ao direito à tempestividade da tutela jurisdicional ou a reparação devida pelo desrespeito a esse direito.

Na dimensão objetiva, a garantia deve ser levada em conta por todos os Poderes quando do exercício de suas funções. Assim, ao Poder Legislativo é exigida a elaboração de leis concretizadoras e conformadoras da garantia, como se pode ver nas Leis 11.417/06 e 11.418/06, que tratam, respectivamente, da súmula vinculante e da repercussão geral no RE, adiante analisadas. O Poder Executivo, por sua vez, deve “articular a estrutura orgânica e material necessária para a função jurisdicional e dar apoio completo na execução dos julgados”.³⁴⁷ O Poder Judiciário, finalmente, deve interpretar o dispositivo a fim de lhe dar máxima efetividade, utilizando todos os meios processuais devidos para se alcançar a maior celeridade possível, cumprindo rigorosamente os prazos processuais.

Outra maneira de efetivar a garantia através da atuação judicial é se uniformizando a jurisprudência,³⁴⁸ notadamente em matéria constitucional. Essa uniformização, mais uma vez, pode ser levada a cabo a partir da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, principalmente quando se têm em vista as inovações legislativas que vão ao encontro dessa tendência. Assim, a súmula vinculante apresenta uma importantíssima função na razoável duração do processo, já que o descumprimento de seu enunciado enseja a interposição de reclamação constitucional diretamente para o STF, dispensando-se toda uma tramitação pelos demais órgãos judiciais. Ocorre que a súmula vinculante é fruto de uma abstrativização do controle concreto, à medida que ela é editada a partir do julgamento reiterado de certa controvérsia constitucional relevante e atual, originária em situações concretamente analisadas pelo Tribunal. A partir de sua publicação, seus efeitos destinam-se para além das partes constantes no bojo daquelas controvérsias julgadas, já que o enunciado de súmula vinculante apresenta eficácia contra todos e efeito vinculante, características típicas das decisões em controle abstrato de constitucionalidade.

Igualmente, tem-se a consagração da razoável duração do processo com a nova sistemática adotada para o admissão do recurso extraordinário, pois através da repercussão geral, somente causas dotadas de relevância política, econômica, social e jurídica poderão ascender ao STF, se dotadas, ainda, de transcendência. Assim, não há mais espaço para a protelação ou abuso no direito de recorrer através dessa via. Através desse requisito de admissibilidade tem-se mais uma manifestação da tendência de abstrativização, já que só

³⁴⁷ Idem.

³⁴⁸ CADORE, Márcia Regina Lusa. Ob. cit. p. 30.

serão admitidos os recursos extraordinários que apresentem uma relevância transcendental ao mero interesse das partes presentes nos autos.

Pode-se demonstrar, finalmente, como o direito fundamental à razoável duração do processo é garantido a partir do conhecimento de reclamação constitucional em face do desrespeito à decisão do STF em sede de controle difuso. Assim, ao invés de a parte prejudicada esperar toda a tramitação de seu processo para, com eventual RE, ver seu inconformismo apreciado pela Suprema Corte num caso por esta já anteriormente analisado, ajuíza-se, desde já, a citada Reclamação e, tempestivamente, a parte terá sua causa julgada.³⁴⁹

Deve-se deixar claro, novamente, que a conveniência em se atribuir o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso não implica, necessariamente, admitir que tais mudanças sejam operadas através da mutação constitucional do art. 52, X, CF/88. Assim, tendo em vista tal norma constitucional, hodiernamente se afigura inconstitucional a postura do STF em admitir reclamação constitucional em face de pretensa ofensa à decisão proferida no controle difuso.

3. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Feitas as anteriores considerações acerca da conveniência em se aproximar as duas espécies de controle de constitucionalidade presentes no direito brasileiro em face daqueles citados direitos fundamentais, deve-se evoluir na análise para se cotejar a tendência de abstrativização em face da força normativa da Constituição.

Assim, o ponto final deste capítulo debruçar-se-á sobre a seguinte questão: a força normativa da Constituição resta enfraquecida ou fortalecida com a efetivação dessa tendência? A questão se justifica tendo em vista, principalmente, a possibilidade de existirem decisões divergentes de matéria constitucional no atual sistema brasileiro. Tais divergências, como dito, se agravam quando o STF se pronuncia sobre o tema através do controle difuso e como este, classicamente, não apresenta efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*, tal decisão não é observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Essa divergência vai ao encontro dos ditames preconizados pelo princípio da força normativa da Constituição ou depõe contra este?

³⁴⁹ Cite-se como exemplo o HC Nº 82.959/SP e a posterior RCL Nº 4.335/AC, analisadas no capítulo V.

Para a solução dessas instigantes questões proceder-se-á, inicialmente, a uma síntese sobre os fatores reais e poder e a superação destes, pelo menos na sua concepção clássica, pelo princípio da força normativa da Constituição.

Em seguida, abordar-se-á a questão acerca das divergências jurisprudências em matéria constitucional, levando-se em conta, principalmente, a relativização da Súmula 343 do STF quando se tem em vista uma questão constitucional objeto de ação rescisória.³⁵⁰

É necessário esclarecer, no entanto, que uma outra questão intimamente relacionada à força normativa da Constituição não será analisada neste momento. Trata-se do possível enfraquecimento desta com a efetivação dessa tendência de abstrativização através da mutação constitucional. Tal tema, essencial para esta pesquisa, será abordado no último capítulo, bastando, por hora, as referidas questões antes enunciadas.

3.1 Ferdinand Lassale e os fatores reais de poder

É notória a caracterização da Constituição em seu sentido sociológico, concebida por Ferdinand Lassale no clássico discurso “o que é uma Constituição”, proferido em 1862.³⁵¹ Através dessa concepção, a Constituição é concebida como o somatório dos fatores reais de poder que, por sua vez, são forças que informam e fundamentam as diversas instituições e leis existentes numa dada sociedade, determinando que elas não possam ser algo, na essência, diferente do que, efetivamente, elas são.³⁵²

Assim, tais fatores reais de poder seriam o poder militar do exército, o poder social dos latifundiários, o poder econômico dos industriais e do grande capital, representado pelos banqueiros e, em certa medida e sob certas circunstâncias, o poder da consciência coletiva e da cultura geral da Nação,³⁵³ bem como o próprio povo.³⁵⁴ Tais fatores formariam a Constituição real de um Estado, sendo que a Constituição jurídica, denominada simplesmente, de “folha de papel” só merecia respeito se estivesse em consonância com tais fatores reais de poder. Logo, eventual confronto entre ambas seria resolvido, necessariamente, contra a

³⁵⁰ Súmula 343: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

³⁵¹ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 3ª ed. Tradução de Leandro Farina. Sorocaba/SP: Editora Minelli, 2006.

³⁵² Idem. p. 19.

³⁵³ Acerca da consciência coletiva como manifestação dos fatores reais de poder, Lassale aponta o seguinte exemplo de sua manifestação: “Suponhamos que o Governo intentasse promulgar uma lei penal semelhante à que prevaleceu durante algum tempo na China, punindo na pessoa dos pais os roubos cometidos pelos filhos. Essa lei não poderia reger, pois contra ela se levantaria o protesto, com toda a energia possível, da cultura coletiva e da consciência social do país.”. Idem. p. 31.

³⁵⁴ Para Lassale, em casos extremos e desesperados o povo é parte integrante da Constituição, quando, por exemplo, determinado governo tenta ressuscitar o regime escravista. Idem. p. 33-34.

Constituição escrita.³⁵⁵ O desprestígio desta se torna evidente, pois seria um documento sem qualquer força normativa sobre a sociedade, que não era conformada pelo texto constitucional, mas conformava este.

Desse modo, para que a Constituição jurídica permanecesse, não poderia existir uma crise entre esta e os fatores reais de poder. Se, por exemplo, as prescrições da “folha de papel” fossem de encontro aos privilégios do monarca, extinguindo estes, o poder militar comandado pelo rei seria exercitado e, nas ruas, o Exército e os canhões deixariam bem claro como a força inerente a eles é uma parte da Constituição.³⁵⁶

A Constituição jurídica, portanto, não passaria de mera espectadora da realidade social e das sucessões dos fatores reais de poder. Essa sucessão histórica é traçada pelo autor, que, coerente com sua análise sociológica, asserta que sempre existiram constituições, mesmo antes do surgimento do movimento constitucionalista do final do século 18. Assim, o feudalismo, o absolutismo e a revolução burguesa apresentariam suas constituições com as características e peculiaridades dos poderes existentes em cada um desses momentos históricos.³⁵⁷

3.2 Konrad Hesse e a força normativa da Constituição

Como visto, as normas constitucionais nem sempre gozaram do caráter normativo e vinculante que hoje ostentam claramente. Em verdade, até meados do século XX, as constituições eram encaradas muito mais em seu aspecto político, consubstanciado num rol de boas intenções às quais os governantes se comprometiam a cumprir, sem, no entanto, existirem mecanismos de controle em face de eventual descumprimento, já que faltava efeito vinculante a tais disposições. Tal concepção via as normas constitucionais como meros conselhos ou exortações morais.

Contrapondo-se a esse entendimento, surge a tese de Konrad Hesse acerca da força normativa da Constituição, defendendo o status normativo desta a partir de uma acepção jurídica. No ponto central de sua obra clássica, Hesse aborda três teses basilares para a sustentação da força normativa da Constituição. A primeira diz respeito à relação entre Constituição e realidade sócio-política. A segunda trata dos limites e possibilidades de

³⁵⁵ As seguintes palavras do autor bem resumem a fraqueza da Constituição jurídica: “Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”. Idem. p, 64.

³⁵⁶ Idem. p, 21.

³⁵⁷ Idem. p, 41-62.

atuação da Constituição jurídica, momento em que o autor situa e analisa a “vontade de Constituição”. Finalmente, a terceira trata dos pressupostos de realização da Constituição, os quais, uma vez adimplidos, não autorizam a necessária derrota da Constituição escrita quando em confronto com os fatores reais de poder.³⁵⁸

Para Hesse, as doutrinas que apartavam completamente a normatividade da realidade social (Kelsen, Jellinek, Laband) ou esta da normatividade (Lassale) pecavam justamente por não reconhecer a relação de coordenação recíproca existente entre a Constituição e a realidade social a qual esta se vincula.³⁵⁹ Buscando uma alternativa à essa dicotomia, o autor assenta que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.³⁶⁰

Deve-se ter cautela ao analisar o pensamento de Konrad Hesse para não se chegar, eventual e apressadamente, à conclusão de que ele exclui por completo as influências dos fatores reais de poder sobre a Constituição escrita. Na verdade, o autor reconhece a existência de tais fatores e, a partir de tal reconhecimento, os constitucionaliza. Tal constitucionalização fica clara logo no início da citação transcrita, quando o autor aponta que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Inocêncio Mártires Coelho, analisando o pensamento de Konrad Hesse e Peter Härbele à luz dos fatores reais de poder, aponta que ambos executaram a referida constitucionalização,³⁶¹ tendo Hesse reconhecido que a pretensão de eficácia da norma constitucional não pode se apartar das condições históricas de sua realização. Tendo em conta essa constitucionalização, a Constituição passa a

³⁵⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 13.

³⁵⁹ Idem. p. 13-14.

³⁶⁰ Idem. p. 14-15.

³⁶¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Härbele: um retorno aos fatores reais de poder. Revista diálogo jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 5, agosto de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de setembro de 2009. p. 2.

expressar um dever-ser capaz de imprimir, autonomamente em face das relações sociais, ordem e conformação a essa realidade.³⁶²

Na segunda tese central de sua obra o autor vai tratar dos limites de atuação da Constituição, que deve ter como ponto de partida uma Constituição concreta, ou seja, positivada levando em conta os valores presentes em determinada sociedade, não se admitindo uma Constituição meramente teórica ou baseada numa racionalidade abstrata.

Para o autor, a Constituição também seria dotada de uma força capaz de moldar a realidade, semelhante aos fatores reais de poder, pois, se a Constituição é determinada pela sociedade, também é verdade que esta é determinada por aquela em certa medida. Tal força seria normativa, impondo o respeito de todos a suas disposições. Essa força normativa surgiria, dentre outros pressupostos adiante analisados, a partir da constatação de que a Constituição pode impor tarefas a todos aqueles a ela submetidos, não sendo, portanto, um mero espelho da sociedade.³⁶³

Essas tarefas serão mais aceitas e cumpridas pelo povo em geral se estes incorporaram em suas vidas a crença na Constituição ou, nos dizeres de Hesse, a “vontade de Constituição”. Para o autor, a vontade de Constituição baseia-se em três fundamentos. Primeiramente, ela se fundamenta na crença acerca do valor e da necessidade em se preservar uma ordem normativa inabalável, capaz de proteger o próprio Estado do arbítrio. Em seguida, fundamenta-se na compreensão de que a ordem constitucional vai além da legitimação constante pela realidade social. Finalmente, a terceira fundamentação assenta que a ordem constitucional não pode alcançar eficácia sem o concurso da vontade humana. Assim, é através da participação pública nos afazeres estatais que se pode resolver as tarefas colocadas pelo Estado, pois “todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado”.³⁶⁴

A teorização sobre a vontade de Constituição é, certamente, o aspecto mais relevante do pensamento de Hesse, tendo seu mérito na apelação para um sentimento constitucional capaz de ampliar as discussões constitucionais, retirando-as do campo do condicionamento

³⁶² HESSE, Konrad. Ob. cit. p, 15.

³⁶³ Idem. p, 19. Analisando esse pensamento do autor em cotejo com a ordem constitucional brasileira, percebe-se claramente como a CF/88 não se limitou a ser um mero reflexo da sociedade, apresentando em seus objetivos fundamentais (art. 3º), por exemplo, normas com flagrante finalidade transformadora. Assim, a Constituição reconhece a existência de diversas situações fáticas inaceitáveis, como a desigualdade social, e busca mudar esse estado de coisas.

³⁶⁴ Idem. p, 19-20.

fático para incluí-las no do condicionamento ético, transformando as questões de força ligadas aos fatores reais de poder em questões de fé na Constituição.³⁶⁵

Encerrando a terceira tese fundamental de sua exposição, o autor disserta sobre os pressupostos de realização da Constituição. Como dito anteriormente, um confronto entre a Constituição real e a Constituição escrita não teria de ser resolvida, necessariamente, contra esta, pois esses pressupostos realizáveis garantem a força normativa da Constituição. Nesse sentido é o magistério do autor:

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.³⁶⁶

Esses pressupostos, assim, condicionam o nível de desenvolvimento da força normativa da Constituição, que se apresenta, portanto, cada vez mais otimizada à medida que

³⁶⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Ob. cit. p, 4-5. Nesse sentido é a conclusão de Inocêncio Coelho sobre o pensamento do autor: “a) contrapondo-se a uma concepção, digamos, mecanicista das relações entre as forças sociais e a Constituição jurídica, Konrad Hesse nos apresenta – com inegável vantagem sobre o determinismo sociológico de Lassalle - , uma abordagem que até certo ponto poderíamos considerar dialética, na medida em que, sem desprezar a importância das forças sócio-políticas no surgimento e na sustentação da Constituição folha de papel , postula como ponto de partida para a análise dessas relações a existência de um condicionamento recíproco entre a Lei Fundamental e a realidade político-social que lhe é subjacente; b) trata-se de uma postura que, de resto, não apenas foi admitida, como até mesmo chegou a ser enfatizada por ninguém menos que o velho Engels, quando disse que os ideólogos padeciam de uma ignorância absoluta sobre a ação recíproca existente entre as normas jurídicas e os fatores econômicos, que as engendram ou, pelo menos, condicionam; c) a par dessa visão dialética - em cujo âmbito, por sua própria natureza, ele não poderia desprezar qualquer dos fatores interagentes - , Konrad Hesse sustenta que a força normativa da Constituição será tanto maior quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Lei Fundamental e quanto mais intensa for a vontade de Constituição; d) na medida em que apela para esse sentimento constitucional, a construção teórica de Hesse faz depender a eficácia da Constituição, igualmente, de um fator de natureza axiológica, isto é, do respeito que lhe devotarem os seus destinatários, especialmente aqueles que tenham poder de fato para violá-la ou destruí-la; e) por essa forma, ele despreza ou esquece o seu ponto de partida, inegavelmente dialético, para assumir uma postura nitidamente idealista, porque desloca a discussão sobre a eficácia da Constituição do plano da condicionalidade fática para o do condicionamento ético, convertendo numa questão de fé o que muitos entendem ser apenas uma questão de força; f) essa a razão por que, a nosso ver, os escritos de Hesse encarnam uma nova crença na Constituição, crença que o leva a redefinir até mesmo o papel da Ciência do Direito Constitucional, à qual atribui a tarefa deontológica de - explicitando as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível - , realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição; g) neste ponto reside, senão a originalidade, pelo menos o aspecto mais significativo do seu pensamento, porque ao exaltar o valor intrínseco da Constituição, ele lhe atribui um relativo grau de autonomia em face da realidade, e ao proclamar a necessidade de que ela se ajuste às condições históricas da sua realização, ajuda a viabilizar a sua energia normalizadora”.

³⁶⁶HESSE, Konrad. Ob. cit. p, 25.

esses pressupostos são otimamente observados. Os pressupostos se dividem quanto ao conteúdo e à práxis constitucional.³⁶⁷

Quanto ao conteúdo, ganha cada vez mais força normativa o texto constitucional que se apegue às necessidades do presente existentes na sociedade respectiva, levando em conta os indicativos sociais, históricos, culturais e políticos vigentes. Em seguida, outro importante aspecto do conteúdo da Constituição diz respeito à conveniência em ela prever somente princípios fundamentais, pois se ocorrer a constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares, a necessidade de revisão constitucional será mais constante, o que desvaloriza a força normativa da Constituição. Finalmente, a Constituição não deve se apresentar sob uma estrutura unilateral ou absoluta, com normas que não prevejam ideias ou teses opostas entre si. Nesse sentido, o pluralismo e a divergência presentes no próprio texto constitucional preservam a força normativa, pois, em face de eventuais mudanças político-sociais no seio da sociedade, a própria Constituição poderia resolver os novos problemas surgidos sem a necessidade de uma ruptura constitucional.³⁶⁸

Em relação à prática constitucional, deve-se respeitar, primeiramente, a vontade de Constituição, ensejando até mesmo o sacrifício de determinados interesses momentâneos em favor dos princípios constitucionais.³⁶⁹

Nesse momento, faz-se necessário traçar breves considerações sobre o método hermenêutico-concretizador de aplicação/interpretação da Constituição proposto por Konrad Hesse. Essa explanação é necessária porque o próprio autor reconhece que, em face de muitas normas constitucionais serem lançadas através de um texto com linguagem aberta, é premente um processo de concretização da norma para esta, efetivamente, dirigir a conduta humana na situação respectiva. Essa concretização é alcançada através do citado método hermenêutico-concretizador.

Através dele, não há como distinguir as tarefas de aplicação e interpretação da Constituição, que estão inevitavelmente imbricadas. O ponto de partida da interpretação é, invariavelmente, a pré-compreensão do intérprete, cuja fundamentação precisa faz-se necessária a fim de evitar o cometimento de arbítrios. Essa tarefa de fundamentar a pré-compreensão é atribuída à teoria constitucional.³⁷⁰

³⁶⁷ Idem. p. 20.

³⁶⁸ Idem. p. 20-21.

³⁶⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998. p. 50.

³⁷⁰ Idem. p. 62.

Após essa fundamentação da pré-compreensão - aspecto subjetivo da interpretação, já que se refere a um dado pessoal do intérprete -, o processo interpretativo se desenvolve de modo mais objetivo, pois leva em conta a interação entre o texto da norma e o contexto ou problema concretamente posto a ser resolvido. Nesse ponto, o método hermenêutico-concretizador aproxima-se do método tópico-problemático, destinando a resolver topicamente os problemas apresentados tendo a norma jurídica como mais um *topos* interpretativo, já que o ponto de partida para o intérprete deve ser o problema em si, não a norma.³⁷¹

Deve-se assentar, no entanto, que o método hermenêutico-concretizador faz uma inversão acerca do ponto de partida interpretativo, de modo que o intérprete deve partir da norma para solucionar o problema concreto. Essa postura trás mais segurança jurídica e evita casuísmos, pois atribui mais valor às normas jurídicas já positivadas.³⁷²

Finalmente, a partir da síntese entre o momento subjetivo e objetivo, ou seja, entre o ir e vir dialético do texto ao contexto através da intermediação do intérprete, tem-se a aplicação/interpretação/concretização do texto constitucional.

Como dito anteriormente, a disposição de sacrificar um interesse momentâneo em prol de um valor superior presente na Constituição fortalece esta e sua força normativa. Ainda em relação à práxis constitucional, Hesse assenta que as constantes reformas constitucionais pautadas em pretensas razões de ordem política afiguram-se violadoras da força normativa, pois, com tal postura, tem-se a impressão de que as exigências fáticas são mais importantes que a Constituição vigente. A prática constitucional mais adequada, portanto, é aquela que busca adequar os programas governamentais à Constituição, não o inverso. A estabilidade, assim, é condição fundamental de eficácia das normas constitucionais. Finalmente, é através da prática interpretativa que se buscará a necessária otimização do texto constitucional, devendo o intérprete, ao concretizar o texto da Constituição, guiar-se pela interpretação que mais realize sua força normativa.³⁷³ A prática interpretativa será aprofundada no seguinte tópico, referente à questão da força normativa da Constituição em face de decisões judiciais divergente em matéria constitucional.

Deve-se, portanto, buscar não só preservar a força normativa da Constituição, mas aprimorá-la, de modo a incutir um sentimento de respeito às normas constitucionais por parte de todos, sejam agentes públicos ou quaisquer indivíduos. Somente com essa intenção de

³⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit. p, 1212.

³⁷² Idem. p, 1212.

³⁷³ Idem. p, 21-22.

cumprir a Constituição é que ela será, efetivamente, preservada, pois é a partir do concurso da vontade humana que a vontade de Constituição, muito mais que a mera vontade de Poder, pode alcançar a plena eficácia da norma constitucional.³⁷⁴

3.3 A divergência jurisprudencial em matéria constitucional e a força normativa da Constituição

Tendo-se em vista a configuração clássica do controle de constitucionalidade em nosso ordenamento, é plenamente possível a existência de divergência jurisprudencial em matéria constitucional, levando-se em conta, por exemplo, a inexistência de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* automáticos no controle difuso efetivado pelo STF.

Essa divergência pode ocorrer de três maneiras. No primeiro caso, há prévio pronunciamento incidental do STF sobre a constitucionalidade de determinada Lei ou ato normativo, e, mesmo assim, os demais órgãos do Poder Judiciário poderão adotar posturas divergentes. No segundo caso, não há o prévio pronunciamento do STF sobre a questão, de modo que a divergência ocorre somente entre os demais órgãos do Poder Judiciário. No terceiro caso, a questão ganha contornos especiais quando há pronunciamento posterior do STF sobre a questão constitucional controvertida perante os demais órgãos do Poder Judiciário, mormente quando já há coisa julgada abraçando a tese vencida no STF. Investigar-se-á se essas divergências depõem contra ou a favor da força normativa da Constituição.

Deve-se assentar, inicialmente, qual é o alcance e o significado do princípio da força normativa da Constituição dentro daquele pressuposto prático colocado por Hesse, pertinente à interpretação constitucional.³⁷⁵

Dentre tantos outros princípios de interpretação propostos pela Hermenêutica Constitucional, destaca-se o da força normativa da Constituição. Através dele, o intérprete deve buscar a interpretação que mais otimize o texto constitucional, imprimindo, assim, uma maior atualização do mesmo, essencial para a preservação de sua normatividade.³⁷⁶

Para Friedrich Müller, o princípio da força normativa da Constituição consubstancia muito mais um apelo ao intérprete, já que não disponibiliza nenhum procedimento próprio para sua aplicação.³⁷⁷ Percebe-se que a finalidade precípua do princípio é garantir eficácia à

³⁷⁴ Idem. p. 19-20.

³⁷⁵ Diga-se, novamente, que os aprofundamentos necessários referentes à Hermenêutica Constitucional serão feitos somente no último capítulo.

³⁷⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998. p. 68.

³⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000. p. 87.

norma constitucional. Deve-se ponderar, no entanto, que toda norma jurídica, e não apenas a norma constitucional, deve ter um mínimo de eficácia para não perder vigência, de modo que, em relação a esse aspecto específico, não há maiores peculiaridades em torno do princípio da força normativa.³⁷⁸

Feitas essas considerações, analisar-se-á em que medida a força normativa da Constituição é afrontada através da manutenção de decisões divergentes em matéria constitucional. Um primeiro ponto essencial a ser tratado diz respeito à descrença na Constituição que a referida situação de divergência pode gerar. Isso ocorre porque admitir a continuidade dessas divergências equivale a dizer que a Constituição vale para uns e para outros não. Além de ferir a isonomia, como antes retratado, tal postura desuniforme leva a uma progressiva perda daquela vontade de Constituição por parte do povo, pois faz crer que o dever de cumprir e viver a Constituição, aparentemente, não é imposto à sociedade em geral. Impõe-se, portanto, a superação daquelas três formas de divergências antes mencionadas.

3.3.1 Pronunciamento do STF no controle difuso e decisões contrárias a esse entendimento

Como já explorado anteriormente, sabe-se que a decisão proferida no controle difuso exercido pelo STF não apresenta eficácia *erga omnes* nem efeito vinculante, já que há a necessidade da intermediação do Senado Federal para se alcançar aquele primeiro efeito. Assim, se o Senado se mantém inerte, é plenamente possível que os demais órgãos do Poder Judiciário adotem uma postura diferente daquele precedente proferido pela mais alta corte do País. Essa postura trás ainda mais instabilidade quando pessoas na mesma situação encontram esse tratamento diferenciado.

Evidentemente que tal divergência seria superada quando eventual RE chegasse ao STF, após longos anos de tramitação. A afronta à força normativa da Constituição, no entanto, perpetuar-se-ia durante todo esse tempo, pois o que se deve levar em conta nessa hipótese é a existência de um prévio pronunciamento da Corte encarregada de ser a guardiã da Constituição. Assim, em existindo esse pronunciamento prévio não se poderia simplesmente esperar anos a fio para a solução da divergência.

Desse modo, a superação desse estado de coisas pode ser alcançada com a suspensão da execução da Lei pelo Senado. Outra forma mais efetiva e célere de superação dessa

³⁷⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p, 106-107.

divergência seria alcançada após a alteração formal da Constituição, prevendo a equiparação entre os efeitos da decisão no controle concreto e no controle abstrato exercido pelo STF.

3.3.2 Divergências entre os demais órgãos do Poder Judiciário em matéria constitucional, sem prévio pronunciamento do STF

Esse tipo de divergência em matéria constitucional encontra uma solução cada vez mais efetiva na atual ordem constitucional brasileira. Em verdade, é hipótese específica de cabimento de Recurso Extraordinário a decisão que afronta determinado dispositivo da Constituição (art. 102, III, “a” da CF/88), bem como a que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, “b” da CF/88). Como não há um prévio pronunciamento do STF sobre o tema, nem mesmo em controle difuso, as divergências não teriam aquele mesmo efeito devastador sobre a força normativa da Constituição antes enunciado.

Outra forma de superação dessas divergências, em já existindo coisa julgada sobre o tema, dar-se-á através do ajuizamento de ação rescisória com fulcro na violação literal de lei (art. 485, V do CPC), sabendo que “lei”, nesse caso, deve ser interpretada de forma ampla, como se fosse sinônimo de “direito”, incluindo, portanto, as normas constitucionais.³⁷⁹ Veja-se que, mesmo sem o pronunciamento prévio do STF, pode se admitir o cabimento dessa ação rescisória, afastando-se a aplicação da Súmula 343 do STF, desde que a parte vencida na ação rescisória possa levar a tese ao STF através de RE.³⁸⁰ O cabimento da ação rescisória nessa hipótese, os desdobramentos práticos dessa questão e a jurisprudência do STF serão analisados em seguida.

3.3.3 A coisa julgada que abriga tese constitucional de aplicação controvertida nos tribunais

A coisa julgada material concretiza o valor segurança jurídica, já que torna indiscutível uma questão definitivamente julgada mediante cognição exauriente. Essa

³⁷⁹ Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil vol. III – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. p. 324-325. ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação rescisória em matéria constitucional*. In: Interesse público, v. 3, n. 12, p. 46-65, out./dez. 2001. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/15335/public/15335-15336-1-PB.pdf>. Acessado em 8 de outubro de 2009. p. 6.

³⁸⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. cit. p. 17-21. Essa tese supera o clássico entendimento acerca do cabimento do RE em ação rescisória. Em verdade, tomando como base, por exemplo, o RE 54.454/CE, com acórdão publicado em 19 de março de 1964, tem-se que o STF só analisava os pressupostos do cabimento da ação rescisória em sede de RE, não adentrando no mérito da sentença rescindenda. Ocorre que a questão constitucional controvertida repousa justamente nos fundamentos da sentença rescindenda, devendo o STF, como guardião da Constituição, enfrentá-la, sob pena de subverter o sistema ao deixar a cargo das Cortes infraconstitucionais o julgamento de uma questão constitucional.

estabilidade não é absoluta, pois, como se sabe, não há direitos absolutos, de modo que a própria coisa julgada pode ser relativizada através da ação rescisória.

A questão ora em estudo diz respeito ao cabimento da ação rescisória em face de divergências jurisprudenciais em matéria constitucional. Como já há pronunciamento reiterado do STF sobre o tema, afastando a súmula 343 nessas hipóteses,³⁸¹ a presente análise terá como objetivo principal cotejar esse entendimento da Corte Suprema com os ditames da força normativa da Constituição.

A partir desse enfoque, procurar-se-á demonstrar o seguinte: se, mesmo havendo prévia coisa julgada material em sentido contrário ao posterior entendimento do STF, a ação rescisória é cabível, a fim de propiciar a uniformização da jurisprudência constitucional, otimizar a força normativa da Constituição, a máxima eficácia das normas constitucionais, bem como preservar a isonomia, mais razão ainda há para se buscar a concretização desses valores antes da formação da coisa julgada material. Ora, isso é possível através da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade.

Diga-se, inicialmente, que o afastamento da súmula 343 do STF em face de divergência em matéria constitucional encontra fortes opositores. Dentre eles, destaque-se Luiz Guilherme Marinoni, para quem a divergência constitucional não é qualificada em face da divergência infraconstitucional. Para o autor, a ação rescisória é incabível em face da existência de razoável interpretação controvertida em torno do preceito constitucional, nesses termos:

Imaginar que a ação rescisória pode servir para unificar o entendimento sobre a Constituição é desconsiderar a coisa julgada. Se é certo que o Supremo Tribunal Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que ele possa impor a desconsideração dos julgados que já produziram coisa julgada material. Aliás, se fosse verdade, como pensam aqueles que não admitem a aplicação da Súmula n. 343, que a interpretação do Supremo Tribunal Federal deve implicar na desconsideração da coisa julgada, o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidou no Superior Tribunal de Justiça. Não se diga, como já fez o Superior Tribunal de Justiça, que a diferença entre as duas situações está em que, no caso da declaração de

³⁸¹Veja-se, por exemplo, os seguintes embargos de declaração no RE 328812-1/AM de 06 de março de 2008, cuja ementa aduz que: “Ementa: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela segunda turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória.”

inconstitucionalidade, a coisa julgada se funda em lei inválida, enquanto que “uma decisão contra a lei ou que lhe negue vigência supõe lei válida”.³⁸²

Percebe-se, assim, o equívoco do autor em não reconhecer a maior gravidade da situação consistente na manutenção de uma decisão, mesmo acobertada pela coisa julgada material, contrária à Constituição. Essa ofensa é qualificada, não cabendo a comparação com a divergência em matéria infraconstitucional. Isso ocorre porque a Constituição é a base de todo o sistema jurídico, tendo como guardião um tribunal que não está ao lado do STJ, mas acima dele.³⁸³

Desse modo, uma decisão do STF, ao concretizar a Constituição, deve ser observada mesmo diante da coisa julgada, respeitando-se, evidentemente, o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória, como forma de manter a segurança jurídica. Em matéria constitucional, o preceito negativo vinculado na súmula 343, que não vislumbra ofensa a literal disposição de lei quando esta encontra aplicação controvertida nos tribunais, fruto de uma interpretação razoável, deve ser substituído por um preceito que admita não uma interpretação razoável, mas a melhor interpretação. Ocorre que, em matéria constitucional, a melhor interpretação, em termos estritamente institucionais, é aquela feita pelo STF.³⁸⁴

O cabimento da ação rescisória em face de coisa julgada que ofenda norma constitucional é ainda um imperativo em face da isonomia, pois evita que indivíduos na mesma situação encontrem uma resposta jurisdicional distinta. Manter uma situação dessas é o mesmo que reconhecer, na prática, que a Constituição não é aplicável a todos, como antes mencionado. Ora, é possível admitir essa situação de divergência em face de coisa julgada em matéria infraconstitucional, já que não está em jogo todos os fundamentos da ordem jurídica, representados pela Constituição. No entanto, admitir o mesmo em face de divergência em matéria constitucional equivale a enfraquecer sua força normativa precisamente no tocante à vontade de Constituição, inevitavelmente abalada quando alguém do povo, em face de um

³⁸² MARINONI, Luis Guilherme. *Relativizar a coisa julgada material?* Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(4)%20-formatado.pdf). Acessado em: 08 de outubro de 2009. p, 10.

³⁸³ Nesse sentido, Teori Zacascky assenta o seguinte: “Ocorre que a lei constitucional não é uma lei qualquer. Ela é a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, seja formal, seja material. Na Constituição está moldada a estrutura do Estado, seus organismos mais importantes, a distribuição e a limitação dos poderes dos seus agentes, estão estabelecidos os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Enfim, a Constituição é a lei suprema, a mais importante, a que está colocada no ápice do sistema normativo. Guardar a Constituição, observá-la fielmente, constitui, destarte, condição essencial de preservação do Estado de Direito no que ele tem de mais significativo, de mais vital, de mais fundamental. Em contrapartida, violar a Constituição, mais que violar uma lei, é atentar contra a base de todo o sistema”. Ob. cit. p, 9.

³⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. cit. p, 26-27.

tratamento não isonômico na aplicação de certa norma constitucional, pensar: “por que devo cumprir a Constituição se ela protege meu colega e não a mim?”

Todas essas considerações, de resto já pacificadas na jurisprudência do STF, como visto, levam a considerações mais profundas em face da necessidade de se proceder à abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, pois através da equiparação dos efeitos entre esses dois tipos de controle, tem-se a prevenção ou a repressão mais efetivas às divergências jurisprudenciais em matéria constitucional.

Com essa nova postura, portanto, a força normativa da Constituição será otimizada, mediante o incentivo à vontade de Constituição. Também os direitos fundamentais à isonomia, à segurança jurídica e à razoável duração do processo serão concretizados através da abstrativização, já que, como dito reiteradas vezes, operar-se-á através dela a repressão ou prevenção das divergências jurisprudenciais em matéria constitucional.

A abstrativização, repita-se, para alcançar esses fins, deve contar com a indispensável participação do Poder Legislativo, não sendo lícito ao Poder Judiciário efetivá-la da maneira como o STF vem propondo.

CAPÍTULO V – A SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL

1. SÚMULA VINCULANTE

Sabe-se que após a Emenda Constitucional (EC) nº 45 o sistema brasileiro do *civil law* aproximou-se substancialmente do *common law*, em face, sobretudo, da ampliação do efeito vinculante de certas decisões judiciais. Esse avanço deveu-se, principalmente, à criação do instituto da súmula vinculante,³⁸⁵ prevista no art. 103-A da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Com a súmula vinculante, operou-se inegável ampliação da atuação do Poder Judiciário, não bastasse a já elevada posição que esse Poder ocupa no cenário nacional em face, principalmente, do Poder Legislativo, notadamente omissos em diversas questões relevantes. Tal omissão, adiante analisada tendo em vista razões de ordem histórica, faz com que o Poder Legislativo perca um espaço precioso no jogo democrático, à medida que não desempenha com eficiência e altivez sua precípua função constitucional de legislar.

O presente capítulo, assim, busca investigar um dos grandes problemas brasileiros surgidos após a referida EC nº 45, qual seja, a preservação da competência típica do Poder Legislativo em face de edição de súmula vinculante inconstitucional por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), admitindo que tal inconstitucionalidade vá de encontro à competência legislativa do Poder Legislativo.

Esse é, indubitavelmente, um dos grandes desafios do Poder Legislativo hodiernamente. Como manter sua competência legislativa em face do aumento da competência normativa do Poder Judiciário? Qual o alcance da disposição contida no art. 49, inciso XI da CF/88, que prevê a prerrogativa do Congresso Nacional em zelar pela competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes? A partir desse dispositivo, o Congresso Nacional poderia sustar um enunciado de súmula vinculante inconstitucional através de decreto legislativo? Em caso afirmativo, não se estaria ressuscitando, sorrateiramente, um sucedâneo do mecanismo de anticonrole de constitucionalidade previsto na autoritária Carta de 1937? O objetivo deste texto é enfrentar tais questões, bem como as conseqüências práticas delas advindas.

³⁸⁵ Tecnicamente, a expressão mais correta é “enunciado de súmula vinculante”, já que a súmula em si não é vinculante, sendo mera síntese de julgados reiteradamente decididos. É o enunciado nela contido, verdadeiramente, que vincula. No entanto, como o texto constitucional e a doutrina de um modo geral tratam o instituto por “súmula vinculante”, essa será a terminologia adotada no texto, mesmo reconhecendo o acerto da Lei 11.417/06 cuja regulamentação do instituto trás em seu bojo a expressão mais correta, conforme se lê no art. 2º.

Nesse sentido, traçar-se-á, inicialmente, um breve panorama histórico acerca do princípio da separação de poderes, destacando a recorrente situação de submissão do Poder Legislativo em face dos demais Poderes na ordem constitucional brasileira. Em seguida, observar-se-á a nova definição desse princípio, tendo em vista, eminentemente, as alterações trazidas pelo Estado Social, que incrementaram, num primeiro momento, as atuações do Poder Executivo e Legislativo, para, em seguida, atingir o Poder Judiciário. Finalmente, estudar-se-á como a súmula vinculante pode, se abusivamente confeccionada pelo STF, contribuir para o surgimento de uma crise entre o Poder Judiciário e o Legislativo, cabendo a este, repita-se, o desafio de manter sua competência constitucional.

2. DO DOGMA LIBERAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES À MODERNA CONCEPÇÃO DE COOPERAÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES ESTATAIS

É celebre a disposição contida no art. 16 da Declaração Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia de direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”. Em verdade, o princípio da separação dos poderes, em sua feição liberal, fora concebido como forma de limitar o poder e preservar a liberdade da burguesia então ascendente, sepultando de vez qualquer resquício do regime absolutista.³⁸⁶

Partindo-se da clássica concepção de Montesquieu,³⁸⁷ tem-se que todo homem que detém poder tende a abusar deste,³⁸⁸ sendo esta a principal razão para se apregoar uma separação de poderes, a fim de evitar tal arbítrio. É interessante notar, no entanto, como a percepção do princípio da separação de poderes variou no sistema inglês e norte-americano. Essa constatação é interessante e pertinente para se começar a entender as origens históricas da conhecida submissão do Poder Legislativo brasileiro frente aos outros Poderes, já que nossa primeira república fora amplamente influenciada pelo presidencialismo americano.

Assim, tem-se que enquanto na Inglaterra observou-se a ascensão do dogma da soberania do Parlamento, em face das profundas desconfianças com os tribunais do antigo

³⁸⁶ Nesse sentido, Paulo Bonavides aponta que : “Todo o prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p, 142.

³⁸⁷ Indubitavelmente, Montesquieu foi o grande sistematizador do princípio da separação de Poderes, mas a idéia em si encontrava precursores mais antigos. Assim, tem-se que: “Distinguir Aristóteles a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola do Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em partes *potentiales summi imperii*, se aproxima bastante da distinção estabelecida por Montesquieu”. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p, 136.

³⁸⁸ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p, 165.

regime (os *parlements*), nos Estados Unidos a posição foi diametralmente oposta. Em verdade, as antigas treze colônias temiam o Poder Legislativo inglês e a “ditadura do legislativo”, de modo que o modelo americano acabou por ampliar as prerrogativas do Poder Judiciário frente o Poder Legislativo, muito embora o mecanismo do *judicial review* não estivesse expressamente previsto na Constituição de 1787.³⁸⁹ Essa diminuição da importância do Poder Legislativo em face dos demais Poderes, no Brasil, será adiante analisada com mais vagar, levando-se em conta, sobretudo, o aumento das atribuições do Poder Judiciário.

Bruce Ackerman, em recente obra publicada no Brasil, propõe uma nova leitura do princípio da separação de poderes, partindo de considerações sobre como o princípio é concebido, sobretudo, nos Estados Unidos. Apesar de serem feitas considerações especialmente em face das relações entre o Poder Executivo e o Legislativo, que não constituem objeto deste estudo, é interessante notar como o modelo norte-americano de separação levou a um presidencialismo extremamente personalista, sendo este defeito uma das mais severas críticas do autor.³⁹⁰

Ele chega a afirmar que o Presidente Bill Clinton, num regime parlamentarista, não teria durado um mês no cargo, em face do conhecido escândalo sexual que consumiu a vida política americana por cerca de um ano. No parlamentarismo, tal crise atingiria a imagem dos parlamentares, que não exitariam em destituir o primeiro ministro, evitando um amplo desgaste em termos de debate público. Como o presidencialismo leva a esse culto à personalidade, a sociedade americana teve de aturar por um tempo razoável um debate público de questões eminentemente privadas, à exceção do perjúrio cometido por aquele Presidente, obviamente. Tais ponderações sobre o personalismo no regime presidencialista dos Estados Unidos servem para nortear o mesmo debate no Brasil, mormente quando se relembra como aquele presidencialismo influenciou a configuração do presidencialismo brasileiro.

O autor enxerga, ainda, outro grave problema ligado à concepção corriqueira acerca da separação de poderes. Trata-se da análise do princípio à luz dos impasses à governabilidade que ele é capaz de ensejar, criando “a crise de governabilidade”, quando, por exemplo, os órgãos legislativos e a presidência são ocupados por partidos políticos diferentes ou facções diferentes do mesmo partido.³⁹¹ Nesse cenário de crise, o Poder Legislativo deixaria de desempenhar sua função precípua para, utilizando-se de instrumentos previstos no

³⁸⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995. p. 88.

³⁹⁰ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 30.

³⁹¹ Idem. p. 14.

próprio ordenamento jurídico, minar a atuação do Poder Executivo, que, por sua vez, “realizará ações unilaterais sempre que assim puder safar-se”.³⁹² A percepção desse estado de coisas em Países como Brasil e Argentina não passa despercebida pelo autor, cuja análise é precisa, nestes termos:

Uma vez iniciada a crise, ela dá origem a um ciclo vicioso. Os Presidentes quebram impasses legislativos “resolvendo” problemas urgentes com decretos unilaterais que, muitas vezes, vão muito além de sua autoridade constitucional formal; em vez de protestar, os representantes ficam aliviados por livrarem-se da responsabilidade política de tomar decisões políticas difíceis; os presidentes subseqüentes usam tais precedentes para ampliar ainda mais o seu poder, além disso, essa prática nascente pode até ser sistematizada por emendas constitucionais posteriores. Cada vez mais, a câmara é reduzida a um fórum para postura demagógica, enquanto o presidente toma as decisões difíceis unilateralmente, sem considerar os interesses e ideologias representadas pelos partidos políticos principais no congresso. Este ciclo triste já é visível em países como Argentina e Brasil, que apenas recentemente emergiram de ditaduras militares. Uma versão menos patológica é visível na pátria do presidencialismo: os Estados Unidos da América.³⁹³

As assertivas do autor fazem todo o sentido para a realidade brasileira, cuja separação de poderes é marcada, por exemplo, pelo uso de excessivas medidas provisórias causadoras de uma indevida ingerência do Poder Executivo na agenda do Poder Legislativo. Este, por sua vez, queda-se inerte diante dessa afronta, seja pela falta de controle efetivo dessas espécies normativas pela Comissão Mista de Deputados e Senadores (art. 62, § 9º da CF/88), seja pela falta de iniciativa em aprovar uma reforma constitucional que corrija o regramento atual das medidas provisórias.

Ainda segundo Ackerman, o princípio da separação dos poderes atende a três ideais. Nesse sentido, o autor assenta que:

O primeiro ideal é a democracia. De um modo ou de outro, a separação pode servir (ou impedir) ao projeto populista de autogoverno. O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela proteção e a ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos da tirania.³⁹⁴

A partir desse trecho, que consagra nos três ideais a separação de poderes através de freios e contra pesos, é possível demonstrar o equívoco da interpretação que atribui à obra de Montesquieu uma separação absoluta e estática entre os Poderes. De fato, o próprio exemplo de separação de poderes dado por Montesquieu em sua obra clássica refere-se à constituição inglesa, cujo regime parlamentarista já demonstrava como os poderes devem limitar uns aos

³⁹² Idem. p, 16.

³⁹³ Idem. p, 16.

³⁹⁴ Idem. p, 7.

outros.³⁹⁵ O abandono dessa equívoca interpretação contribuiu para superar a idéia de separação absoluta entre os poderes e a conseqüente consagração das funções estatais em cooperação mútua, cuja atual configuração está intimamente relacionada à ascensão do Estado Social.

Essa má interpretação do *Espírito das Leis* por parte dos críticos da Constituição americana levou James Madison a escrever diversos artigos defendendo a opção de separação de poderes feita pelos Fundadores.³⁹⁶ Os críticos desse histórico texto constitucional acusavam-no de desrespeitar o princípio, pois defendiam a incorreição do mecanismo dos freios e contra pesos. Respondendo a essa crítica, Madison, após analisar a separação de poderes na Constituição inglesa,³⁹⁷ assenta não haver um único caso de separação absoluta entre os poderes.³⁹⁸

Nesse sentido é que se configura o abrandamento de uma separação absoluta entre os poderes a partir de mecanismos de freios e contra pesos, com a consagração de institutos como o veto, a iniciativa de leis, o *impeachment*, a nomeação de magistrados pelo Chefe do Executivo e o controle de constitucionalidade das leis. Assim, os Poderes não se mostram completamente dissociados entre si, pois é essencial que um exerça o controle constitucional sobre os demais. Para Gilberto Bercovici, o ponto central da estrutura do Estado norte-americano e de sua democracia é a união do mecanismo de freios e contra pesos com o federalismo. Assim, tem-se uma separação horizontal e vertical de poderes, com o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como entre a União e os Estados federados.³⁹⁹

³⁹⁵ MONTESQUIEU. Ob. cit. p. 166-184.

³⁹⁶ Trata-se dos artigos XLVII ao LI presentes na compilação *Federalist Papers*.

³⁹⁷ “Ao mais superficial exame da Constituição britânica, percebemos que os poderes legislativo, executivo e judiciário não são em absoluto totalmente independentes e distintos entre si. O magistrado executivo é parte integrante do poder legislativo. Detém sozinho a prerrogativa de fazer tratados com soberanos estrangeiros que, quando feitos têm, sob certas limitações, a força de atos legislativos. Todos os membros do poder judiciário são designados por ele, podem ser removidos por ele por solicitação das duas Câmaras do Parlamento, e compor, quando convier ao magistrado executivo consultá-los, um de seus conselhos constitucionais. Uma das câmaras do poder legislativo forma também um grande conselho constitucional para o chefe executivo, sendo também, por outro lado, o único depositário do poder judiciário em casos de *impeachment* e estando investido da suprema jurisdição de apelação em todos os demais casos. Além disso, os juízes estão tão intimamente ligados ao poder legislativo que frequentemente assistem às suas deliberações e delas participam, embora sem direito a voto legislativo”. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo XLVII. In: Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. p. 332-333.

³⁹⁸ Idem. p. 334.

³⁹⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

A doutrina moderna aponta que as razões históricas propiciadoras do surgimento do dogma da separação dos poderes não mais subsistem hodiernamente.⁴⁰⁰ Levando-se em conta, principalmente, o aumento dos fins a serem alcançados pelo Estado Social, em confronto com o Estado Liberal, tem-se como incompatível a manutenção daquele princípio em sua feição liberal, pois propiciava, verdadeiramente, uma flagrante diminuição das finalidades estatais.

O avanço do Poder Judiciário como forma de reequilibrar as relações entre os demais Poderes e o surgimento de novos mecanismos de freios e contra pesos, levando em conta, principalmente, o surgimento da súmula vinculante, serão os temas adiante abordados.

2.1 O avanço do Poder Judiciário como forma de reequilibrar as relações entre os demais Poderes

O crescimento de atribuições do Poder Judiciário, justificando uma releitura do princípio da separação de poderes, foi uma resposta ao aumento das atribuições típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo trazidas a lume com o advento do Estado Social.⁴⁰¹ Com esse novo cenário, o avanço do Poder Judiciário nada mais representa do que o necessário movimento para se preservar a harmonia e independência entre os demais Poderes, com a ampliação dos mecanismos de freios e contrapesos.

A grande questão que se coloca é saber até que ponto esse avanço do Poder Judiciário é proporcional ao surgimento de novas atribuições pelos demais Poderes. Se há desproporcionalidade, tem-se o surgimento de um super-Poder, hipertrofiado e perigoso para a democracia.⁴⁰² Concentrando-se especialmente nas relações entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, objeto precípuo deste estudo, tem-se que Montesquieu assim demonstra o perigo por trás dos “juízes legisladores”:

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.⁴⁰³

⁴⁰⁰ Sobre o ponto, Paulo Bonavides aduz que: “Chagamos, de nossa parte, a essa conclusão: a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade”. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 86.

⁴⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora SAFE, 1993. p. 19.

⁴⁰² Sobre esse perigo, Madison alertava que: “A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, neste caso como em todos os outros, ser proporcionais ao perigo de ataque. A ambição deve poder contra-atacar a ambição.” MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo LI*. Ob. cit. p. 350.

⁴⁰³ MONTESQUIEU. Ob. cit. p. 168.

A criação judicial do direito, ou seja, o desenvolvimento de normas jurídicas pelo Poder Judiciário, coloca-se como ponto central dessa nova separação de poderes, cuja atual configuração, no Brasil, culminou com a criação do instituto da súmula vinculante. Diga-se, desde já, que o processo interpretativo em si, levado a cabo pelos juízes, já implica num certo grau de criação judicial, pois em toda interpretação há um mínimo de discricionariedade do intérprete. Deve-se indagar, assim, qual o grau ideal dessa criação judicial do direito, e não o fato de ela existir ou não.⁴⁰⁴

Explorar o interessante tema acerca dos limites da criação judicial do direito torna necessária uma breve digressão sobre a relação entre a atividade judicante e a lei, levando-se em conta os primados da Escola de Exegese e a caracterização dos juízes como “bocas da lei”. Sabe-se que a referida escola de pensamento apregoava a teoria da plenitude da lei, consagrada a partir da soberania do parlamento, tendo, ainda o Estado como única fonte criadora do direito. Além disso, era somente de se admitir a interpretação gramatical dos textos legais, como forma de não desvirtuar o trabalho feito pelos legisladores e preservar a vontade destes, a fim de manter uma rígida separação de poderes.⁴⁰⁵ Nesse contexto, o juiz não passava de mero aplicador automático da legislação, colocando-o em franca submissão ao Poder Legislativo.

Diversos argumentos podem ser levantados para demonstrar os equívocos dessa concepção dogmática surgida na França napoleônica. O apego à interpretação gramatical como forma de preservar a separação de poderes é algo exagerado na exata medida em que os poderes também se interpenetram, como visto anteriormente. Admitir a teoria da plenitude da lei também é impreciso, já que a lei apresenta lacunas, devendo ser preenchidas pelos devidos processos integrativos. Preservar a vontade do legislador é algo inatingível, pois diz respeito à pesquisa da subjetividade alheia. Finalmente, o Estado não pode ser considerado como único criador do direito, tendo em vista, por exemplo, o costume e a jurisprudência como fontes do direito, essenciais tendo em vista, principalmente, o fato de o legislador não ser capaz de prever todas as situações da vida.⁴⁰⁶

Abandonando essas posições formalistas, passa-se a indagar de maneira mais precisa sobre a intensificação da atividade judicial, encontrando uma primeira explicação justamente na “revolta contra o formalismo”, caracterizada por uma série de movimentos divergentes daquelas concepções capitaneadas pela Escola de Exegese. Sendo assim, escolas

⁴⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p. 21.

⁴⁰⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003. p. 58-65.

⁴⁰⁶ Idem. p. 58-65.

como a da livre investigação científica, de Gény, ou do direito livre, de Kantorowicz, dentre tantas outras, defendiam uma intensificação da criação judicial do direito em diferentes graus. Esta última apresentava-se mais radical, já que sustentava a possibilidade de o juiz recusar a aplicação da lei por entendê-la injusta, num juízo claramente subjetivo. A escola de Gény, por outro lado, só admitira a criação judicial quando, em havendo uma lacuna na lei, esta não pudesse ser preenchida pela analogia ou costume.⁴⁰⁷

Mauro Cappelletti aponta que a revolta contra o formalismo, desencadeada por escolas como as do direito livre e da livre investigação científica, não se constitui em motivo suficiente para perscrutar o crescimento da atividade judicial. O fato determinante, para o autor, é o surgimento do Estado Social, a conseqüente legislação do bem estar e o aparecimento dos direitos sociais.⁴⁰⁸

Com o surgimento do Estado Social, as finalidades estatais são amplamente dilatadas, pois agora o Estado deve atuar como agente capaz de reduzir as desigualdades de fato existentes na sociedade. Os direitos sociais, assim, são aqueles direitos fundamentais de segunda geração, ligados ao valor igualdade. A implementação desses direitos demanda uma atitude positiva por parte do Estado, diferentemente dos direitos de primeira geração, ligados ao valor liberdade e cujo respeito demanda uma abstenção estatal.⁴⁰⁹

Desse modo, para se alcançar essas finalidades sociais em temas como previdência social, saúde, assistência, trabalho, proteção à gestante, proteção à infância, lazer, cultura, moradia, educação e segurança, as competências do Poder Executivo e do Legislativo, inegavelmente, acabam por se ampliar. Uma constatação desse movimento pode ser facilmente percebida com o surgimento nos textos constitucionais de normas tidas por “programáticas”, cuja concretização dependeria de ulterior regulamentação não só por uma única lei infraconstitucional, mas por várias. Além disso, tais normas constitucionais dependeriam de atos concretos do Poder Executivo para serem, efetivamente, aplicadas.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Idem. p, 67-69.

⁴⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p, 34-39.

⁴⁰⁹ Ainda segundo Cappelletti: “Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de welfare conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão”. O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um “gendarme” ou “night watchman”; ao contrário, o estado social – o ‘État providence’, como o chamam, expressivamente, os franceses – deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimento futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre ‘certo’ e ‘errado’, ou seja, entre o ‘justo’ e o ‘injusto’, right and wrong. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que meramente individuais.” Ob. cit. p, 41.

⁴¹⁰ Veja-se, por exemplo, que a concretização do direito social à saúde é impensável de ocorrer “da noite para o dia”, ou através de uma simples e única lei. É necessária a concatenação de uma série de leis tratando do tema e seus correlatos, nas mais diversas esferas de governo. Além disso, a concretização em si do direito só ocorrerá de

Como esse novo dimensionamento desses poderes políticos, o Poder Judiciário teve de se adaptar, pois passou a ser chamado a se manifestar sobre políticas públicas e a inconstitucionalidade da não implementação destas.

Esse novo dimensionamento do Poder Judiciário é necessário para a manutenção e aprimoramento dos mecanismos de freios e contra pesos, sendo um componente essencial para o equilíbrio entre os Poderes. Como dito anteriormente, a atividade interpretativa desenvolvida pelos juízes já implica em criação judicial do direito, pois toda interpretação já leva um pouco da discricionariedade do intérprete. Debatendo sobre os limites dessa criação judicial em relação à criação legislativa do direito, Cappelletti assenta que a diferença entre as duas funções não é substancial, pois ambas estão limitadas pela Constituição, pela realidade social, econômica e política vigente. A diferença marcante é procedimental, já que os magistrados só criam o direito quando provocados para tanto, guardando, ainda, independência e imparcialidade em relação às partes, predicativos não presentes entre os parlamentares, cuja vinculação às maiorias ocasionais ou aos grupos de pressão por vezes pode consistir em instrumento de opressão das minorias.⁴¹¹

Finalizando esse ponto sobre o avanço do Poder Judiciário, cumpre analisar brevemente a mais séria objeção a essa tendência, qual seja, a falta de legitimação democrática do Poder, cujos membros não são eleitos pelo povo e tem o poder de impor decisões não-majoritárias à sociedade. Faltaria, assim, representatividade ao judiciário.

As objeções não convencem. Primeiramente, nem sempre os membros do Poder Legislativo ou do Executivo estão empenhados em representar a maioria, tamanho o jogo de alianças e troca de favores entre diversos grupos de pressão existentes na cena política, fazendo com que a representação, por vezes, seja maculada.⁴¹²

Além disso, é incorreta a suposição de que o Poder Judiciário não detém representatividade popular. Ora, se todo poder emana do povo, mesmo o Judiciário tem de ostentar alguma representatividade, como, de fato, apresenta. Segundo Robert Alexy, tal representatividade, no entanto, é argumentativa, não política, esta sim, típica do parlamento.

fato com o dispêndio de gastos públicos e a prática de diversos atos administrativos relativos à: construção de hospitais, ampliação de atos de prevenção, realização de licitação para compra de materiais e remédios, realização concurso para contratação de servidores especializados, etc.

⁴¹¹ Idem. 74-79.

⁴¹² Nesse sentido é a lúcida análise de Martin Shapiro, citado por Cappelletti: “o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, frequentemente, o compromisso entre corpos com interesses conflitantes”. SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966. p. 24. Apud CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p. 95.

Desse modo, quando um tribunal decide uma questão com base em argumentos racionais, contribuindo para o debate público do tema e o engrandecimento da relação entre a opinião pública e os demais poderes, tem-se a efetivação dessa representação argumentativa, pois o cidadão, se estiver disposto a participar de um debate jurídico-constitucional racional, terá seus interesses levados em conta no momento da decisão. Um Poder Judiciário que assim procede não o faz contra o povo, mas a favor dele.⁴¹³

A representatividade em questão é alcançada também com a participação efetiva do cidadão no deslinde da questão posta perante o Poder Judiciário. Se é possível que os demais Poderes oprimam certas minorias, cuja fraqueza e inexpressividade política possam excluí-las do debate público, tal hipótese é remota em face de um Judiciário capaz de propiciar amplo acesso à justiça. Em sendo conferido esse acesso, essas partes outrora excluídas poderão participar de um processo dialético, tendo, finalmente, suas pretensões formuladas perante um órgão público que tem o dever constitucional de emitir um pronunciamento sobre o caso. Levando em conta as garantias da magistratura antes referidas – independência e imparcialidade – esses litigantes terão a garantia de uma audiência perante um órgão desinteressado diretamente com os interesses em debate.

Deve-se assentar, ainda, que a decisão judicial não é o resultado da vontade única do juiz, consistindo, verdadeiramente, o resultado de um discurso dialético entre autor, réu e, em determinados casos, até mesmo com parcela representativa da sociedade, como adiante será demonstrado no estudo da sociedade aberta de intérpretes. Em face dessas características, Nagibe de Melo Jorge Neto, ao analisar a legitimidade do Poder Judiciário para implementar políticas públicas, assenta que:

A estrutura do Poder Judiciário, capilarizada, presente na maioria dos municípios brasileiros, constitui-se, por meio do discurso racional, em um foro de discussão e implementação das políticas públicas que jamais poderia ser alcançado quer pelo Poder Legislativo, que pelo Poder Executivo. Em primeiro lugar, porque as decisões judiciais são imediatamente implementáveis, o que dá efetivo poder ao cidadão. Em segundo, porque a decisão se dá de forma direta, sendo mediada apenas pelo juiz. É o próprio povo quem pede e tem ou não atendidas as reivindicações para a efetivação dos direitos fundamentais. São dispensados os representantes do povo. Em terceiro, porque o discurso com base no qual opera a decisão judicial, por fundar-se em critérios racionais e por ser instrumentalizado por quem efetivamente detém o poder e não por seus representantes, está, de certo modo, mais protegido ou infenso à atuação de grupos de pressão econômica ou de natureza outra que lhe possa distorcer o resultado.⁴¹⁴

⁴¹³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53-54.

⁴¹⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 119.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Cappelletti afirma que “o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”.⁴¹⁵ Para o autor, se garantido o livre acesso do povo ao Poder Judiciário e a livre participação nos concursos de seleção para juízes dentre aqueles que preencherem os requisitos mínimos de escolaridade, tem-se que a criação judicial do direito e o conseqüente avanço do Poder Judiciário não se afiguram contrários à democracia.⁴¹⁶

A participação popular nos processos perante o Poder Judiciário, sobretudo desenvolvendo interpretação constitucional, é uma das mais interessantes idéias do constitucionalismo contemporâneo. Peter Häberle sustenta que a interpretação constitucional não é uma tarefa exclusivamente estatal, pois já que a Constituição emana do poder do povo, este também é seu legítimo intérprete. Assim, o autor propõe a ampliação dos círculos de intérpretes numa sociedade aberta e pluralista, cuja diversidade de pontos de vista é essencial para a construção de uma decisão legítima. Para o autor, portanto, deve-se proceder a uma democratização da interpretação constitucional, ampliando-a para além dos órgãos estatais a fim de abraçar: a opinião pública, a mídia, as associações, os partidos políticos, as igrejas, teatros, editoras, escolas, etc.⁴¹⁷ Essas ideias encontram abrigo na ordem constitucional brasileira, levando-se em conta a existência da figura dos *amicus curiae* e a realização de audiências públicas para a participação de especialistas em processos perante o STF.

Em síntese, pode-se afirmar que a nova separação de poderes determina um avanço do Poder Judiciário através de um ativismo que deve buscar o reequilíbrio entre os Poderes, cuja competência fora ampliada com o advento do Estado Social. Esse novo Judiciário não constitui um poder hipertrofiado por exercer um ativismo até então desconhecido. No entanto, se no exercício constitucional de sua função jurisdicional há algum excesso, os demais Poderes devem responder à altura, a fim de trazer o necessário equilíbrio. É nesse contexto que será analisada a súmula vinculante, especialmente quando editada em desconformidade com as formalidades constitucionais.

3. ASPECTOS GERAIS DA SÚMULA VINCULANTE

Com o advento da súmula vinculante através da EC nº 45, ocorreu uma aproximação entre o sistema brasileiro do *civil law* e o sistema anglo-saxônico do *common law*. Há uma

⁴¹⁵ Idem. p, 100.

⁴¹⁶ Idem. p, 105-106.

⁴¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p, 20-23.

aparente incompatibilidade entre os sistemas, já que este é muito mais focado na primazia da decisão judicial, seguindo o princípio do *judge made law*, enquanto o direito codificado está, eminentemente, baseado na lei.⁴¹⁸

Ocorre que no *common law* as decisões judiciais preocupam-se eminentemente em resolver o caso concreto, criando um precedente a ser seguido em outros julgamentos. Essa é a característica principal da máxima latina *stare decisis et non quieta movere* ou “cumprir os precedentes e não perturbar os pontos pacíficos”. Essa teoria tem seus resultados garantidos a partir do uso da doutrina do *Binding Precedent* (“precedente vinculante”), pois esta determina que, se presente a mesma situação fática, um futuro caso deve receber o mesmo tratamento daquele anteriormente julgado, respeitando-se o precedente mesmo que as partes sejam distintas.⁴¹⁹

Diga-se, no entanto, que essa posição majoritária aparada no fundamento da súmula vinculante pela doutrina do *stare decisis* é atacada por autores do quilate de Lenio Luiz Streck. Para o autor, no direito norte-americano a força do precedente se apresenta vinculado à tradição, não se encontrando em qualquer lei escrita. Assim, o intuito principal das decisões naquele sistema não é criar um precedente vinculante, mas sim resolver o litígio no caso concreto. Essas diferenças, assim, não autorizariam colocar aquela doutrina como fundamento da súmula vinculante.⁴²⁰

Assiste razão, no entanto, à corrente majoritária, já que mesmo no sistema norte-americano o precedente criado também se torna vinculante, muito embora não seja esta sua finalidade primária, mas sim secundária.

A aplicação do precedente pressupõe, então, uma análise distintiva entre os casos postos, ou um *distinguishing*, perquirindo-se se o novo caso demanda, realmente, a vinculação ao precedente. Se as situações não forem assemelhadas, não há vinculação, fazendo-se necessária, portanto, uma argumentação *from case to case*.⁴²¹

⁴¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 360.

⁴¹⁹ Nesse sentido, Chales Cole assenta que: “The *stare decisis* doctrine in the United States legal culture requires that once an appellate court in the State or federal judicial system has selected a principle of law to use in deciding the case before it by a majority opinion of the court, thus establishing the precedent of the case, the court will continue to adhere to that precedent, applying it to future cases where the relevant facts for purposes of decision are substantially the same, even though the parties are different”. COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 24. Jan./Dez./2005. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2005. p, 138. Nesse artigo o autor aborda a realidade do precedente vinculante nos Estados Unidos, levando com conta o âmbito estadual e federal.

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.) *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p, 152-153.

⁴²¹ GAMBARO, Antonio; SACO, Rodolfo. *Sistemi giuridici comparati*. Torino: UTET, 2002. p, 124. Apud. CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p, 60.

Deve-se atentar para a possibilidade de o precedente não mais corresponder às exigências da sociedade, tendo em vista, por exemplo, o fato de o precedente ser muito antigo, encontrando-se ultrapassado. Em situações como essa, é possível não aplicar o precedente tendo em vista sua superação ou *overruling*. Em relação ao direito norte-americano, Charles Cole adverte, no entanto, que não caberia a princípio ao juiz de primeiro grau decidir sobre a superação de eventual precedente, já que as decisões vinculantes provêm de uma corte de apelação, federal ou estadual, além da Suprema Corte. Mesmo assim, quando o juiz está diante de um precedente já erodido pelo tempo, é possível afastá-lo quando se constata que essa bem poderia ser a atitude da corte. Evidentemente, a parte prejudicada irá recorrer sustentando a manutenção do precedente.⁴²²

Se através do *distinguishing* o precedente ainda subsiste, não sendo apenas aplicado a determinado caso por não se encontrar a devida similitude, com o *overruling* o precedente é afastado, porque tido por superado. Através desses institutos, se busca conciliar o rigor do *stare decisis* como papel inovador e criativo dos juízes.

Feitas essas consideração sobre o precedente vinculante, sua aplicação, formas de afastamento e superação, é interessante compreender como a súmula vinculante se relaciona com a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, movimento que apregoa a equiparação do controle difuso com o concentrado. Partindo da análise do art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC 45, tem-se que compete ao STF, de ofício ou mediante provocação, editar súmula vinculante após a aprovação de 2/3 de seus membros, tendo em vista relevante controvérsia constitucional travada entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública em torno de certa norma. Essa divergência deve ser atual e com certa gravidade, capaz de gerar incerteza jurídica e considerável multiplicação de processos versando sobre causas idênticas. A súmula vinculante, ainda de acordo com o dispositivo constitucional, tem como objetivos a interpretação, eficácia e validade da norma impugnada, cabendo também ao STF proceder à revisão ou cancelamento da súmula, quando as situações fáticas e jurídicas assim demandarem, mostrando como se incorporou um mecanismo semelhante ao citado *overruling*.

⁴²²“In essence, the trial judge does not have the general authority to overrule prior precedent. When, however, the trial judge is faced with the application of a prior precedent which has been so significantly eroded by the passage of time or other precedent cases that it is clear the precedent would be overruled if the case was submitted to the appropriate appellate court, some trial judges refuse to follow the outdated precedent. Obviously, however, in such a case the losing party has the opportunity on appeal to assert the failure to follow the precedent as trial court error.” COLE, Charles. Ob. cit. p, 147.

Um dos requisitos mais importantes para a edição da súmula vinculante é que aquela controvérsia constitucional já tenha sido objeto de reiterados pronunciamentos pelo STF. Com isso, busca-se evitar aquilo que é um dos maiores vetores para edição da súmula vinculante: a insegurança jurídica. Em verdade, somente após certa maturação, em face de alguns julgamentos já efetivados, é possível sumular a questão, tendo em vista, principalmente, o forte efeito vinculante inerente ao verbete aprovado. Tal fortaleza se mostra na possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional, em ocorrendo a não aplicação, ou a má aplicação, da súmula vinculante. Se a reclamação é ajuizada contra ato administrativo, esse pode ser anulado, e, se ajuizada contra sentença, esta pode ser cassada, determinando-se que outra seja proferida em seu lugar, aplicando ou não a súmula vinculante, conforme o caso. Os efeitos da súmula vinculante, principalmente os subjetivos, serão adiante analisados, quando do estudo da compatibilidade da sumula vinculante com o princípio da separação de poderes.⁴²³

Percebe-se que a súmula vinculante pode ser um importante instrumento para se alcançar celeridade na tramitação dos processos e segurança jurídica, se for bem utilizada, respeitando-se as disposições constitucionais para sua edição.

Através da edição da súmula vinculante, tem-se uma aproximação entre os efeitos típicos do controle concentrado e do controle concreto. Ocorre que um dos pressupostos para sua edição é o julgamento reiterado de questões concretamente postas no STF, que não foram objeto de controle de constitucionalidade abstrato ou em tese, já que provenientes do controle concreto. Nesse sentido, André Ramos Tavares assenta que:

⁴²³ Todas essas considerações são digressões diretamente referíveis ao art. 103-A da CF/88, cuja redação é: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (EC nº 45/04) § 1º - A súmula 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. § 2º - Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. A Lei referida no texto constitucional é a de nº 11.417/06, que, dentre outras medidas, ampliou o número de legitimados para a provocação da edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante, já que atribuiu legitimidade ao Defensor Público Geral; aos Tribunais Superiores; aos Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios; aos Tribunais Regionais do Trabalho; aos Tribunais Regionais Eleitorais; aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Militares. Previu-se, ainda, a mesma legitimidade ao Município, incidentalmente nos processos em que for parte, sem a possibilidade de suspensão do processo tendo em vista a provocação.

“Doravante, contudo, parece mais adequado compreender a súmula vinculante como um processo objetivo típico (embora com certas peculiaridades), que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante)”.⁴²⁴

Aqui está a concretização da abstrativização do controle concreto através da súmula vinculante: a partir de julgamentos reiterados no controle de constitucionalidade concreto, cujas decisões só dizem respeito às partes naquele processo, é lícito à Suprema Corte editar uma súmula capaz de vincular quem não foi parte naqueles casos antes julgados. Abstraem-se as partes originárias para, em face da segurança jurídica, sumular um verbete dotado de efeito vinculante. Apesar de essa ser a origem mais comum da súmula vinculante, como o texto constitucional coloca como condição a reiteração de decisões, de maneira ampla, é possível existir, como de fato existe, súmulas vinculantes formadas a partir da reiteração de decisões não no controle concreto, mas sim proferidas no controle concentrado, como ocorreu, por exemplo, com a súmula vinculante nº 2, fruto da decisão de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra leis estaduais.⁴²⁵

4. SÚMULA VINCULANTE E SEPARAÇÃO DE PODERES

Houve muita polêmica acerca da constitucionalidade da súmula vinculante quando de sua criação. Razões bem pragmáticas, no entanto, poderiam afastar a tentativa de ressuscitar esse debate, já que o instituto encontra ampla aplicação perante o STF, que até mesmo já elaborou trinta e um enunciados vinculantes, não dando qualquer indício acerca da inconstitucionalidade do mesmo.

De qualquer modo, vale a pena tecer alguns comentários em torno da constitucionalidade da súmula vinculante e do art. 103-A da Constituição, partindo da tese sustentada por José de Albuquerque Rocha, para quem o referido dispositivo, tal como previsto, é inconstitucional, pelas seguintes razões, em síntese: 1) reconhecendo que a natureza da súmula vinculante é a de um ato normativo, e que tais atos, segundo o constituinte originário, só podem ser emitidos pelo Poder Legislativo, ter-se-ia uma flagrante ofensa à separação de poderes; 2) como corolário da primeira assertiva, ter-se-ia uma ofensa à garantia fundamental da legalidade, insculpida no art. 5º, II da Constituição; 3) além disso, a súmula violaria a independência dos magistrados, que poderiam ter sua decisão cassada, em caso de não aplicação ou má aplicação do enunciado vinculante, ferindo o direito fundamental que sociedade tem de se submeter a um juiz independente, como garantia de imparcialidade. 4) há

⁴²⁴ TAVARES, André Ramos. Ob. cit. p, 372.

⁴²⁵ Súmula vinculante nº 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

déficit democrático na edição da súmula, pelo que seria necessária a participação popular em sua edição, através dos representantes do povo.⁴²⁶

Tais argumentos, no entanto, não procedem.

Deve-se assentar, previamente, que uma emenda constitucional só é inconstitucional quando tende a abolir uma clausula pétrea, como os direitos e garantias individuais ou a separação de poderes. Assim, não é qualquer alteração às cláusulas pétreas que se veda, mas somente as que tendem a eliminá-las.

Mesmo reconhecendo o acerto na configuração da súmula vinculante como ato normativo, parece no mínimo exagerado dizer que há uma tentativa de abolir a competência legislativa do Poder Legislativo através da criação do art. 103-A. Isso porque em momento algum se proibiu, através da súmula vinculante, o Poder Legislativo de editar os atos previstos no art. 59 da Constituição, podendo, até mesmo, editar um decreto legislativo ou uma emenda constitucional que supere o verbete vinculante. O cabimento de um decreto legislativo para esse fim será adiante analisado, não restando dúvidas, no entanto, da possibilidade de emenda constitucional servir para tal fim. Como visto no capítulo I, o efeito vinculante da súmula não atinge o Poder Legislativo, sendo legítima essa sua atuação independente.

Além disso, o efeito vinculante da súmula não atinge os particulares, diferentemente da lei editada pelo Poder Legislativo. Some-se a isso o fato de que, se respeitado o art. 103-A, a súmula vinculante só poderá ser editada em havendo lei anterior cuja aplicação esteja se revelando controvertida entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre este e a Administração. Ou seja: a súmula só pode ser editada em havendo prévia edição de lei pelo Poder Legislativo. Desse modo, a súmula vinculante é, na verdade, dependente da lei, devendo gravitar em torno desta, quando, repita-se, o STF respeitar o procedimento de edição previsto no art. 103-A.

Percebe-se como não há qualquer ofensa à separação de poderes ou ao princípio da legalidade.

Também não há que se falar em violação da independência dos magistrados, nem do direito fundamental que a sociedade tem em ter julgada por um juiz independente, como garantia de imparcialidade. É que o juiz pode, tranquilamente, não aplicar a súmula vinculante quando esta não se coadunar com o caso o qual esteja diante de si, fazendo o devido *distinguishing*, como mencionado anteriormente. Além disso, não há violação da independência do juiz quando eventual vinculação for determinada por ato jurisdicional, ou ato, ato proveniente do próprio Poder Judiciário, o qual, presume-se, foi editado de maneira

⁴²⁶ ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 88-100 e 129.

democrática, após o devido processo legal, respeitando-se o contraditório e os argumentos das partes envolvidas. Não se trata de um decreto presidencial determinando como o juiz deve julgar um caso futuro, mas sim de uma súmula editada após o julgamento de reiterados casos semelhantes.

A independência da magistratura não pode ser concebida como um fim em si mesmo, mas como instrumento para garantia dos direitos fundamentais à isonomia e à segurança jurídica, dentre outros, como visto no capítulo III. Assim, não há violação a essa garantia com o singelo respeito da súmula por parte dos demais juízes, até porque a revisão da jurisprudência vinculante é garantida, através de provocação ou mesmo de ofício pelo próprio STF.

Finalmente, o déficit democrático apresentado na edição da súmula vinculante pode muito bem ser alcançado com a participação dos *amici curiae*, que podem muito bem ser compostos de parlamentares, bastando que os requisitos da representatividade dos postulantes e da relevância da matéria estejam presentes. Para tanto, o STF deve atuar com a maior diligência possível, sempre buscando abrir o processo de edição da súmula vinculante.

Reconhecer a constitucionalidade da súmula vinculante não afasta a possibilidade, no entanto, da existência de súmulas vinculantes inconstitucionais, quando há a violação, por exemplo, dos requisitos formais de elaboração do verbete por parte do STF. Nesse sentido, tendo em vista o inegável caráter normativo da súmula, é de se indagar: em face de uma súmula vinculante inconstitucional, qual deve ser a postura do Poder Legislativo para manter sua competência legislativa constitucional? O desenvolvimento do tema demanda a investigação da súmula vinculante e sua relação com o princípio da separação de poderes.

Diga-se, inicialmente, que os limites subjetivos do efeito vinculante da súmula não se estendem ao Poder Legislativo em relação ao desempenho de sua função típica de legislar, bem como ao próprio STF, conforme o art. 102, §2º da CF/88. A não vinculação do STF é justificável, já que a vinculação poderia levar a um engessamento da própria Constituição, pois se a Corte ficasse atrelada a julgamento anterior, teria de repetir julgamento com o qual, possivelmente, nem mais concordasse, retirando sua independência. A não vinculação do Poder Legislativo é uma forma de evitar o fenômeno da “fossilização da Constituição” e de preservar a separação de poderes, já que não se pode proibir o legislador de legislar, mesmo que adotando uma posição contrária à firmada pelo órgão máximo do Poder Judiciário. É a partir dessa limitação subjetiva dos efeitos da súmula que se abre ao Poder Legislativo a possibilidade de contra ataque em face de determinada súmula inconstitucional.

Por isso, não assiste razão, nesse ponto, a Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem haveria uma vinculação indireta ou reflexa do Poder Legislativo em face da súmula vinculante. Para o autor, essa vinculação reflexa mostrar-se-ia quando da análise de determinado projeto legislativo pelas Comissões de Constituição e Justiça de Congresso Nacional, que deveriam levar em conta o entendimento sumulado a ponto de dar continuidade, revisar ou até mesmo arquivar a proposição.⁴²⁷

Com o devido respeito, essa não parece ser a melhor interpretação. Admitir essa vinculação reflexa é admitir um mínimo de ingerência do STF na função típica de legislar. Essa ingerência mínima poderia se transformar, se levasse ao arquivamento do projeto, em verdadeira vinculação direta, contrariando o art. 102, § 2º da CF/88 e o princípio da separação de poderes. O problema dessa vinculação reflexa se agrava quando se esta diante de uma súmula vinculante inconstitucional, cuja resposta do Poder Legislativo, por razões lógicas, não poderia levar em conta um entendimento contrario à própria Constituição.

A relação entre a súmula vinculante, atribuindo verdadeira competência normativa ao STF, com o princípio da separação de poderes deve ser analisada a partir da própria decisão do Poder Legislativo em compartilhar parte de sua competência com o Poder Judiciário. Essa decisão legislativa foi proferida quando da aprovação da EC nº 45 e a conseqüente criação daquele instrumento. Não fosse assim, o Congresso Nacional não deveria ter aprovado o art. 103-A da CF/88. Ocorre que a criação dessa competência normativa foi feita sob certas condições, fixadas no referido artigo constitucional. As conseqüências do descumprimento dessas condições por parte do STF serão adiante analisadas.

Levando também em conta que desde a EC nº 3, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Constituição convive com a atribuição de efeito vinculante a certas decisões judiciais, efeito esse gradativamente ampliado com a EC nº 45, não há inconstitucionalidade na criação da súmula vinculante por eventual ofensa à separação de poderes. Como visto anteriormente, esse princípio não pode mais ser concebido como forma estática e absoluta de separação, devendo-se buscar, verdadeiramente, um equilíbrio e cooperação entre as funções estatais.⁴²⁸ Se o STF edita uma sumula vinculante de acordo com

⁴²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p, 360-361.

⁴²⁸ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso assenta que: “bem vistas as coisas, a inserção (*rectius*, ampliação) da eficácia vinculativa das Súmulas no ambiente jurídico-constitucional aparecia como *mais um* temperamento ao princípio da separação dos Poderes, se é que caberia ainda hoje qualificá-lo como princípio, tantas são as ocorrências que o excepcionam. Ou, por outras palavras, vista a separação dos Poderes não como um dogma ou cláusula pétreia, mas como uma diretriz de cunho operacional, ela seria permeável às inovações

as prescrições constitucionais, essa harmonia está mantida. Se não, é necessária a implementação de freios por parte do Poder Legislativo.

5. A SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL E A RESPOSTA DO PODER LEGISLATIVO

As súmulas de um modo geral e as vinculantes de maneira específica podem violar a Constituição. Lenio Streck diferencia as súmulas que violam a Constituição de maneira ampla, quando, no plano infraconstitucional vão de encontro ao texto constitucional, das súmulas que estabelecem um texto novo para a própria Constituição. Em relação às segundas, cuja proximidade com a súmula vinculante é mais evidente, o autor aponta que dificilmente o STF declararia a inconstitucionalidade delas, já que por ele aprovada mediante ampla maioria de 2/3 de seus membros.⁴²⁹ Assim, caberia ao Poder Legislativo tomar a iniciativa de corrigir o vício.

Tendo em vista a principal patologia apresentada pelas súmulas vinculantes aprovadas pelo STF, qual seja, o desrespeito à condição constitucionalmente posta no art. 103-A no que tange à reiteração de decisões sobre a matéria, concentrar-se-ão os estudos seguintes em torno desse tema e da inconstitucionalidade dele advinda. Não se quer com isso, evidentemente, dizer que outras formas de inconstitucionalidade não mereçam resposta do Poder Legislativo.⁴³⁰ O corte metodológico proposto é uma forma de racionalizar o enfrentamento do problema, que, logicamente, não se exaure nesta única problematização. Diga-se, ainda, que a inconstitucionalidade proveniente do desrespeito ao comando acerca da “reiteração de decisões” é uma inconstitucionalidade formal, pois diz respeito a uma condição essencial de edição da súmula vinculante. Através dessa condição tem-se a garantia de que a matéria foi debatida de maneira serena e repetida pela corte, a fim de evitar uma celeridade comprometedora da qualidade da prestação jurisdicional.

Em não havendo a reiteração de decisões e, mesmo assim, ocorrendo a edição de uma súmula vinculante, tem-se que o Poder Judiciário está legislando fora das condições admitidas pelo Poder Legislativo fixadas na EC nº 45. A falta de atenção do STF no trato das

que o envolver da sociedade civil e o surgimento de novas necessidades vão exigindo, como ora acontece com a notória insatisfação quanto à distribuição da Justiça em nosso país, e o conseqüente justo reclamo por uma resposta judiciária de boa qualidade, a saber, *justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível*. Ob. cit. p. 101.

⁴²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit. p. 191.

⁴³⁰ Outras formas de inconstitucionalidade na edição de súmulas vinculantes são: desrespeito ao quorum de 2/3 para a aprovação ou a inexistência de divergência atual sobre a aplicação da norma nas instâncias inferiores, capaz de gerar insegurança jurídica ou relevante multiplicação de processos.

súmulas vinculantes já desperta a atenção da doutrina. Nesse sentido, André Ramos Tavares assenta que:

Na realidade, o STF tem insistido na informalidade no manejo das súmulas vinculantes, criando novas súmulas sem uma discussão evolvente de todas as nuances e particularidades que os temas exigem, dispensando pouca atenção à fórmula redacional final e suas possíveis conseqüências, bem como à questão temporal da aplicação das súmulas. Com exceção da Súmula Vinculante 14, aditada a partir da provocação do Conselho Federal da OAB, todas as demais contaram, em maior ou menor grau, com uma despreocupação processual comprometedora de uma ampla e madura discussão sobre o teor da súmula que se propõe seja vinculante. O STF consolidou o entendimento de que está livre de quaisquer amarras processuais quando é ele próprio a propor a edição de nova súmula vinculante, o que demonstra a visão centralizadora e o unilateralismo da Corte no particular.⁴³¹

Tome-se como exemplo a súmula vinculante nº 13, que combate o nepotismo.⁴³² Reconheça-se, inicialmente, a dificuldade em se criticar uma súmula vinculante cujo conteúdo era almejado por boa parte da população brasileira, devendo ter desagradado somente aqueles que se beneficiavam com essa nefasta prática que enoja a vida pública nacional, por confundir a coisa pública com bens privados. Não se critica a vinculação direta dos Poderes aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade ou eficiência, norteadores da decisão, mas se deve reconhecer que a edição do verbete foi precedida do debate em torno de somente cinco outras ações,⁴³³ insuficientes para o completo amadurecimento do tema no concernente a questões específicas e delicadas.

Veja-se, por exemplo, a amplitude dada ao tema ao se caracterizar nepotismo a nomeação de parentes da mesma pessoa jurídica. Levando-se em conta o tamanho do aparato burocrático da União, é de difícil imaginar como essa disposição será aplicada a contento. Só se pode atribuir tal deslize a uma falta de amadurecimento da matéria.

Investigar-se-á, então, como o Poder Legislativo pode responder a essas afrontas perpetradas pelo STF, a fim de trazer o reequilíbrio entre os Poderes.

5.1 Sustação da súmula vinculante com base no art. 49, XI da CF/88

Ressalte-se, inicialmente, que o art. 103-A, § 2º da CF/88 prevê a possibilidade de a mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados pedir o cancelamento de súmula

⁴³¹ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 113-114.

⁴³² Súmula vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

⁴³³ ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC ADC 12 e RE 579951.

vinculante. Essa medida não parece dotada de maior eficácia, já que, dificilmente, o STF mudará seu entendimento e declarará a inconstitucionalidade de uma súmula vinculante por ele aprovada, principalmente em se tratando de uma aprovação recente, como alertado por Lenio Streck anteriormente. Além disso, o pedido de cancelamento não seria uma forma de o próprio Poder Legislativo resolver o problema, pois ficaria na dependência da manifestação do Judiciário. Pelo mesmo motivo não será abordada a possibilidade, já admitida por parte da doutrina, de o Legislativo combater a súmula vinculante inconstitucional mediante Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.⁴³⁴

A doutrina de um modo geral parece ter esquecido o art. 49, XI da CF/88 e a potencialidade deste dispositivo em preservar a competência constitucional do Poder Legislativo.⁴³⁵ A partir de uma interpretação que busca reequilibrar os Poderes, sustentar-se-á a possibilidade de sustação da súmula vinculante por parte do Congresso Nacional, mediante decreto legislativo.

Um primeiro óbice a essa interpretação operaria no sentido de que tal norma constitucional só alcançaria a possibilidade de edição de leis e/ou emendas constitucionais para se alcançar a finalidade pretendida, qual seja, a preservação da competência legislativa do Congresso Nacional em face das atribuições normativas dos demais Poderes. Ora, a Constituição deve ser interpretada em sua unidade, de modo que não há dispositivos inúteis em seu texto. A prerrogativa de editar leis e emendas constitucionais está prevista no art. 59 e seguintes, que dispõem sobre o processo legislativo. Havendo disposições específicas, o art. 49, XI deve apresentar outra finalidade, o que não venda, evidentemente, a edição das referidas leis e emendas constitucionais como possíveis formas de correção. Essa outra finalidade proposta a partir do art. 49, XI é a aventada possibilidade de sustação da súmula vinculante por decreto legislativo.

Um segundo óbice diria respeito ao princípio da separação de poderes e à inconstitucionalidade em se sustar um ato fruto de reiteradas decisões judiciais, como que ressuscitando o antidemocrático mecanismo de anticonrole de constitucionalidade previsto na Constituição de 1937. Veja-se em que consistia tal aparato.

⁴³⁴ Admitindo esse cabimento: STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit. p. 200; CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais* (org.). 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 520-521.

⁴³⁵ Art. 49. XI: “É competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XI- zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.”

A Constituição de 1937 inaugura o “Estado Novo” e determina verdadeiro retrocesso na evolução do controle de constitucionalidade na ordem constitucional brasileira. A Carta de 1937 entra para a história brasileira como a primeira a, efetivamente, dispensar os serviços de uma Assembléia Constituinte. Nesse sentido, Paes de Andrade e Paulo Bonavides demonstram que:

Mesmo a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes. Quando o texto já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembléia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado. Por isso, pode-se afirmar que a Constituição de 1937, foi a primeira que dispensou o trabalho de representação popular constituinte.⁴³⁶

A Carta previa a convocação de um plebiscito para se perquirir a manutenção do texto constitucional, além de um mandato presidencial de seis anos, o qual só poderia ser concluído se o resultado do plebiscito fosse favorável à manutenção da Constituição. Com isso, estava implícita a necessidade de realizar tal consulta entre esses seis anos, fato que não ocorreu.⁴³⁷

O autoritarismo desse período permeava diversos dispositivos daquele texto constitucional, como o art. 96 parágrafo único,⁴³⁸ através do qual possibilitava-se ao Presidente da República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, se ele entendesse ser ela necessária ao “bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, submetê-la novamente ao exame do Parlamento, cuja confirmação por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornaria a decisão do Tribunal sem efeito. Era a consagração do anticonrole de constitucionalidade, o que implicava dizer que a

⁴³⁶ ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Paz e Terra, São Paulo: 1991. p. 339.

⁴³⁷ Os referidos autores citam entrevista concedida por Francisco Campos, autor da Carta, na qual ele sustenta, tendo em vista o transcurso de tal prazo sem a convocação do plebiscito, que a Carta de 1937 não tinha mais vigência constitucional, em 1945. São essas as palavras dele: “ Ora, o artigo 80 declara: o período presidencial será de seis anos. Resulta, pois, claramente, da combinação dos dois artigos: o primeiro, de que o mandato do Presidente começa a correr da data da Constituição; o segundo, que esse período não poderia exceder de seis anos. Estabelecendo o artigo 175 que o Presidente só termina esse período de seis anos se o plebiscito fosse favorável à Constituição, o plebiscito deveria realizar-se, impreterivelmente, dentro de seis anos a que se refere o artigo 80. Não se tendo realizado o plebiscito dentro do prazo estipulado pela própria Constituição, a vigência desta, que antes da realização do plebiscito seria de caráter provisório, só se tornaria definitiva mediante aprovação plebiscitária, tornou-se inexistente”. ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 331-332.

⁴³⁸ “Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Constituição era, nesses casos, obliquamente emendada, já que se aplicaria uma Lei inconstitucional.⁴³⁹

O mecanismo servia, indubitavelmente, como forma de amesquinhar as atribuições do Poder Judiciário, ainda mais quando se tem em vista que bastava a aprovação da maioria dos membros do parlamento para aprovar uma emenda constitucional, suficiente para superar a decisão do STF, conforme previsto no art. 174 daquela Carta. Era mais fácil, assim, aprovar uma emenda constitucional do que tornar sem efeito a decisão do Tribunal.

Eventual aproximação entre os instrumentos, no entanto, não é correta. O autoritário mecanismo da Carta de 1937 era vazado em conceitos jurídicos indeterminados, como “bem-estar do povo” ou “promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, facilitando seu uso autoritário por parte do ditador. Além disso, qualquer decisão do STF poderia ser cassada, partindo da iniciativa do Poder Executivo. Não se tratava de um mecanismo de freios e contra pesos, mas sim um instrumento de opressão de um Poder sobre outro. A sustação da súmula vinculante inconstitucional está vinculada a critérios objetivos, quais sejam, a violação das formalidades constitucionais para a edição da súmula. Trata-se de uma resposta de um Poder que teve sua competência violada. Além disso, não é uma decisão do STF proferida nos autos de certo processo que será cassada, mas somente o ato de edição da súmula vinculante inconstitucional.

Através da sustação da súmula vinculante por decreto legislativo buscar-se-ia trazer uma maior igualdade nas relações de freios e contra pesos entre os Poderes levando-se em conta o quorum de aprovação do decreto, que é de maioria simples. Assim, a exigência não é tão grande quanto os 3/5 das emendas constitucionais, aproximando-se dos 2/3 para aprovação da súmula vinculante. Em se admitindo somente uma resposta legislativa através de emenda constitucional, ver-se-ia uma desarrazoada diferença nos quoruns de aprovação da súmula em face das emendas.

Deve-se reconhecer, no entanto, que, em sendo o decreto legislativo julgado inconstitucional pelo STF, não restaria outra alternativa ao Poder Legislativo a não ser editar uma emenda constitucional. Essa conclusão não retira o esforço argumentativo feito em torno da sustação da súmula vinculante pelo decreto legislativo. Isso porque não se sabe qual será a postura adotada pelo STF diante de tal decreto, já que tal manobra ainda não fora utilizada pelo Legislativo. É possível que o STF perceba que não está diante de um mero pedido de cancelamento da súmula vinculante feito por algumas das Mesas, mas sim perante um ato

⁴³⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170.

emanado do Congresso Nacional visando à preservação de sua competência legislativa. Se a Corte nota a gravidade da situação, poderia julgar a constitucionalidade do decreto legislativo em homenagem ao princípio da separação de poderes, vendo na atuação do Legislativo o necessário contrapeso à postura inconstitucional da Corte em editar a súmula vinculante. Seria um nobre exercício de humildade constitucional, o qual se espera ver na prática.

O princípio da separação dos Poderes passou de um dogma liberal exclusivamente voltado para a contenção do arbítrio para a moderna concepção de funções estatais ordenadas cooperativamente em busca de alcançar as finalidades públicas, dilatadas com o advento do Estado Social.

Esse aumento de atribuições dos Poderes levou ao surgimento de um “terceiro gigante”, o Poder Judiciário, que passou a ser chamado, por exemplo, a decidir questões envolvendo a implementação de direitos sociais, dentre outros temas até então inéditos àquele Poder.

A presente pesquisa buscou demonstrar que o avanço do Poder Judiciário foi uma resposta necessária ao avanço dos demais Poderes, como uma forma de preservar o equilíbrio entre eles. Tratou-se, na verdade, de uma atualização dos mecanismos de freios e contrapesos.

Esse avanço, no Brasil, chegou a um estágio no qual os sistemas do *common law* e o do *civil law* estão cada vez mais próximos, principalmente com a chegada da súmula vinculante, cuja edição, se respeitados os limites constitucionais para tanto, não se afigura atentatória à separação de Poderes. Tendo em vista a prática do STF, no entanto, constata-se que tais requisitos vêm sendo, infelizmente, descumpridos, fazendo surgir súmulas vinculantes inconstitucionais.

Como forma de manter a separação de Poderes, é necessário, diante deste estado de coisas, que o Poder Legislativo responda à altura e busque preservar sua competência constitucional. Assim, sustentou-se a possibilidade de, com base no art. 49, XI da CF/88, ser possível ao Congresso Nacional sustar a súmula vinculante inconstitucional. Tal prática não se afigura atentatória à independência do Poder Judiciário, pois, na verdade, busca corrigir um deslize cometido por este. Também não se trataria de um novo mecanismo de anticontrole de constitucionalidade, pois a base para tal decreto legislativo é firmada em critérios objetivos acerca da violação da competência normativa do Legislativo, perpetrada por uma súmula vinculante que não obedeceu às condições constitucionais para sua edição.

CAPÍTULO VI – A INTERPRETAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL E O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. ASPECTOS GERAIS

O presente capítulo nasceu a partir de dúvidas acerca da utilização da interpretação como instrumento para se alcançar uma pretensa mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal de 1988 (CF/88)⁴⁴⁰. Tal alteração informal da Constituição, se efetivada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), acarretará, dentre outras variações, uma profunda mudança no papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade.

Essas dúvidas descortinam uma irresignação com a possível utilização da interpretação para se alcançar fins arbitrários, aniquilando a autonomia da hermenêutica, cânone dos mais caros, essencial para se evitar subjetivismos no ato interpretativo. A interpretação, em se desrespeitando dito cânone, passaria de instrumento de libertação para se configurar verdadeira arma da arbitrariedade. Tal autoritarismo ganharia contornos de maior dramaticidade tendo em vista que seria levado a cabo por Juízes da mais alta Corte deste País.

Sendo assim, este capítulo pretende analisar como a autonomia do texto interpretado pode ser violada através de uma interpretação sorrateira, desenvolvida, especificamente, no âmbito judicial. Em seguida, buscar-se-á compreender a tipologia das mudanças informais da Constituição, apresentando o fascinante tema das “mutações constitucionais” para se alcançar a resposta a uma cara pergunta: a referida mutação do art. 52, X não seria, na verdade, uma mutação inconstitucional?

Evidentemente, para apresentar satisfatoriamente uma resposta adequada, serão necessárias apresentações sobre o que a doutrina entende, de um modo geral, sobre mutação constitucional e o papel da interpretação como instrumento para alcançá-la.

Em seguida, o tema exige uma incursão em torno do papel clássico do Senado Federal no controle de constitucionalidade, lançando-se mão da interpretação histórica para se compreender a razão de a Constituição de 1934 ter consagrado, pela primeira vez, a regra que hoje o STF ataca através de sua interpretação. Evidentemente, o papel do Juiz Constitucional

⁴⁴⁰ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Fazendo breve apresentação, através da mutação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes e, de modo ainda mais radical, pelo Ministro Eros Grau, tem-se que o papel do Senado Federal não seria mais o de suspender, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional pelo STF no controle incidental de constitucionalidade, mas sim o de simplesmente publicar a decisão daquela Corte Suprema.

como intérprete da Constituição e os limites da interpretação são pontos de investigação obrigatória no presente estudo.

No âmbito jurisprudencial, será dado especial enfoque para a famosa Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, a qual debate, justamente, a mutação constitucional em questão. Tendo em vista que o voto do Ministro Eros Grau, adiante analisado, propõe a mudança formal – e não informal – do texto da Constituição através do labor interpretativo, não se pode tachar como terrorismo acadêmico a advertência feita por Martonio Mont’Alverne, Lenio Streck e Marcelo Cattoni no sentido de que a resolução de tal ação pode acarretar um novo dimensionamento não só do controle de constitucionalidade, mas também do poder constituinte, do equilíbrio entre os Poderes e do sistema federativo.⁴⁴¹

2. INTERPRETAÇÃO E AUTONOMIA HERMENÊUTICA DO TEXTO INTERPRETADO

É de conhecimento amplo que a interpretação não se confunde com hermenêutica.⁴⁴² Sendo esta a teoria científica regulamentadora daquela, tem-se que o objeto da hermenêutica é o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões em direito, para citar o clássico ensinamento de Carlos Maximiliano.⁴⁴³ Já a interpretação, muito além de “olhar as entranhas” do texto, pode servir como poderoso instrumento de libertação do ser humano, mormente quando se esta diante da interpretação constitucional.

Tal libertação, dentre tantos outros caminhos, pode ser alcançada através do uso ponderado da interpretação como instrumento de renovação do texto constitucional, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais, ante a normatividade básica destes, cujo objetivo elementar é assegurar ao homem o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Para Emilio Betti, conceito fundamental para se entender a hermenêutica e a interpretação é aquele adjacente às formas representativas. Para o autor, quando dado espírito,

⁴⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. p. 1. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acessado em: 21 de março de 2010.

⁴⁴² Há autores, no entanto, que defendem a sinonímia entre os termos, não concebendo praticidade no estabelecimento de distinções, como o faz Miguel Reale, ao firmar que: “parece-me destituída de significação a antiga distinção entre ‘hermenêutica’, como conjunto de processos ou regras de interpretação, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins.” ⁴⁴² MIGUEL, Reale. *O direito como experiência*. apud BASTOS, BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 33.

⁴⁴³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1

através de uma certa objetivação, entra em contato com outrem, buscando iniciar um entendimento recíproco, tem-se a primeira necessidade de se proceder à interpretação, a fim de se apreender o sentido e alcance daquela objetivação diante do intérprete.⁴⁴⁴

Tais objetivações estão fixadas numa certa forma representativa. Tal forma deve ser a mais ampla possível, apta a manter o ato externado pelo autor (um gesto, uma obra de arte, uma poesia, ou, mais próximo aos juristas, um texto legal). Por sua vez, a função “representativa” demonstra que, através da forma, outro espírito clama pela compressão daquele que se propõe a ouvi-lo (o intérprete).⁴⁴⁵

Qualquer objetivação do espírito pode ser objeto da interpretação, à medida que, através de sua forma representativa, o sujeito entra em contato com o objeto a ser interpretado. A dualidade sujeito/objeto, apesar de refutada pelos cultores da hermenêutica filosófica, como Gadamer e Heidegger, que buscavam a auto-revelação do Ser a partir da interpretação,⁴⁴⁶ mostra-se de extrema importância, principalmente, para o deslinde de questões que envolvem a aplicação de regras constitucionais, como o art. 52, X, já que é no campo dos princípios constitucionais que a hermenêutica filosófica mais tem contribuído.

Para se alcançar tal nobre finalidade, o ato interpretativo não pode ser efetivado de qualquer forma. É muito comum se afirmar que “no Direito tudo cabe”, fazendo-se crer que, através da interpretação, qualquer resultado pode ser alcançado. De fato, a riqueza das expressões jurídicas deve ser fomentada, bem como o debate em torno das mesmas, pois a verdade absoluta e única já causou diversos males ao ser humano, notadamente tendo em vista os horrores do holocausto.⁴⁴⁷

No entanto, um mínimo de objetividade deve ser respeitado, cabendo ao intérprete, ao analisar um texto, respeitar sua autonomia. Emilio Betti, ao analisar as categorias civilistas

⁴⁴⁴ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XXXIV.

⁴⁴⁵ De posse desses conceitos básicos, tem-se que, para Betti: “A interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada a reconhecer e a reconstruir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, a formas representativas, que são fontes de avaliações jurídicas ou que de tais avaliações constituem o objeto. Fontes de avaliações jurídicas são normas jurídicas e preceitos a elas subordinados, colocados em vigor em virtude de uma competência normativa apropriada. Objeto de avaliação jurídica podem ser declarações ou comportamentos, que se desenvolvem no círculo social disciplinado pelo direito, enquanto tiverem relevância jurídica segundo as normas e os preceitos em vigor: em particular, aquelas declarações e aqueles comportamentos que tiverem, por sua vez, conteúdo e caráter preceptivo, como destinados a uma ulterior linha de conduta”. Idem. p. 5.

⁴⁴⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002. p. 40-41.

⁴⁴⁷ Para o nazismo, como se sabe, a verdade absoluta se consubstanciava na crença de uma raça humana inferior, como os judeus, que merecia ser exterminada. Quando não se garante o direito a um debate honesto, capaz de fazer com que as opiniões de cada participante possam ser alteradas através da argumentação jurídica, tem-se a consagração do autoritarismo, restando pouco ou nenhum espaço para a interpretação como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais, pois de nada adianta fixar o sentido e o alcance dos mesmos se não há instâncias hábeis para garanti-los.

da interpretação, enuncia diversos cânones hermenêuticos, dentre os quais se destaca, para o tema em análise neste texto, o cânone da autonomia ou da imanência, assim sustentado pelo autor:

Se as formas representativas que constituem o objeto da interpretação são essencialmente objetivações do espírito e, em particular, manifestações do pensamento, é claro que elas devem ser entendidas segundo aquele espírito que nelas se objetivou, segundo aquele pensamento que nelas se manifestou, e não segundo um espírito e um pensamento diferentes, tampouco segundo o significado que pode ser atribuído à forma nua quando se fizer abstração da função representativa a que ela serve em relação àquele espírito e àquele pensamento. (...) Em outras palavras: o sentido de que se trata não deve ser introduzido de modo indevido ou sub-reptício, mas, ao contrário, deve ser extraído da forma representativa. Proporíamos qualificar esse primeiro cânone diretivo de toda interpretação como cânone da autonomia hermenêutica ou cânone da imanência do critério hermenêutico. Com isso, pretendemos dizer que a forma representativa deve ser entendida na sua autonomia, segundo sua própria lei de formação, sua necessidade, sua coerência e sua racionalidade interiores: portanto, deve ser apreciada conforme o critério imanente da exigência, à qual a obra devia responder pelo autor no ato da criação – e não segundo a sua idoneidade para servir a este ou aquele objetivo extrínseco, que ao intérprete pode parecer mais próximo, ou segundo uma tarefa ou um valor objetivo, sim, mas sempre deduzido *ab extra*, com o qual ela possa ser abstratamente comparada, o que, de todo modo, seria um critério de avaliação accidental e de caráter heterônomo.⁴⁴⁸

O cânone da autonomia, portanto, determina que, a fim de se alcançar a objetividade pretendida no ato interpretativo, as formas representativas devem ser compreendidas em relação à mente que as objetivou. Assim o sentido buscado deve, de fato, ser extraído das formas representativas, e não introduzidas nela de modo arbitrário.⁴⁴⁹

Deve-se deixar claro que tais proposições do autor não remetem à vencida tese acerca da interpretação como busca da vontade por trás do ato interpretado, como, por exemplo, ter-se-ia com a busca pela vontade do legislador. O próprio Betti deixa bem claro que o objeto da interpretação não é a vontade, mas a forma como a mesma é exteriorizada.⁴⁵⁰

Não se pode negar, no entanto, que a inobservância de tal cânone, por vezes, não acarreta maiores transtornos, quando, surpreendentemente, a nova interpretação acaba sendo acolhida por seus destinatários.⁴⁵¹ No entanto, tal característica de fato, constatada posteriormente à interpretação, não tem o condão de infirmar o cânone da autonomia, pois este não pode estar submetido a qualquer condição, cuja ocorrência, como se sabe, é futura e incerta.

⁴⁴⁸Idem. p, XLIV-XLV.

⁴⁴⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p, 44

⁴⁵⁰ Idem. p, XXXVIII.

⁴⁵¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Ob. cit. p, 45.

Assim, lança-se a seguinte indagação: ao propor a mudança informal do art. 52, X o intérprete em questão está respeitando a autonomia, segundo sua própria lei de formação e a necessidade, a coerência e a racionalidade interior daquela forma representativa em questão (art. 52, X) ou está, simplesmente e de modo sub-reptício, privilegiando um objetivo extrínseco àquela norma constitucional, que possa, ao interpretar, parecer-lhe mais próxima?

A complexidade de tal indagação só poderá ser enfrentada após o estudo das mutações constitucionais, especialmente as mutações através da interpretação e da consequente análise da tese sobre a mutação constitucional do art. 52, X.

3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

3.1 Da rigidez às mutações constitucionais

O estudo das mutações constitucionais insere-se num tema mais amplo da teoria constitucional, qual seja, a alteração da Constituição. Sabe-se que a ampla maioria das Constituições, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, adotou como característica básica a rigidez de seu texto.

Por rigidez deve-se entender aquele texto constitucional que é dotado de um critério mais dificultoso, em relação às leis infraconstitucionais, para ser alterado. A rigidez constitucional determina a supremacia da Constituição, pois, se há no ordenamento uma norma incapaz de ser alterada por uma norma ordinária, aquela, necessariamente, tem de ser superior a esta.

Evidentemente que, até agora, não se disse nenhuma novidade, estando os conceitos de rigidez e supremacia constitucionais bem solidificados na doutrina. Uma advertência mais ou menos original, no entanto, pode ser feita no ponto, procurando afastar um equívoco que tenta identificar a rigidez constitucional com a existência de cláusulas pétreas no texto magno. Indo direto ao ponto, a mera existência de normas constitucionais que não podem ser alvo de emendas tendentes a aboli-las não caracteriza a rigidez constitucional, pelo menos não por si só.

É plenamente possível ter-se uma Constituição que preveja a existência de cláusulas pétreas e, por outro lado, admita que, no tocante às suas demais disposições, a formalidade necessária para alterá-las seja idêntica à elaboração de uma lei ordinária. Assim, tal Constituição albergaria verdadeiros limites materiais ao poder de reforma. No entanto, tal reforma não demandaria um procedimento mais solene para a mudança formal desse texto. Percebe-se, portanto, como a rigidez constitucional não é uma decorrência lógica da existência de cláusulas pétreas num dado texto constitucional.

As referências às cláusulas pétreas apresentam sua razão de ser quando se tem em mente a mudança da Constituição. Como dito anteriormente, as mutações constitucionais estão inseridas no amplo estudo da alteração da Constituição, pois, elas, verdadeiramente, determinam uma mudança informal sobre as normas constitucionais, deixando intacto seu texto.

A ideia em torno das mudanças informais ou difusas, de resto adiante aprofundada, contrapõe-se ao qualquer processo formal de mudança da Constituição. Entende-se por processo formal de mudança aquele previsto no próprio texto constitucional, que, dependendo da rigidez do mesmo, pode ser mais ou menos solene. A mudança formal da Constituição pode se dar através da reforma ou da revisão constitucional.

Nesse sentido, faz-se necessária a citação de um dos clássicos estudiosos do tema, Jellinek, para quem a conceituação de reforma e da mutação constitucional foi assim desenvolvida:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.⁴⁵²

Atendo-se à realidade constitucional brasileira, o processo de reforma constitucional é concretizado através da promulgação, pelas Mesas da Câmara e do Senado, das Emendas à Constituição, espécie normativa prevista no art. 59 da CF/88. Em apertada síntese, tem-se que tais Emendas podem ser editadas após a aprovação de seu texto, por uma maioria qualificada de três quintos, por parte dos membros da Câmara e do Senado, após votação em dois turnos. A esse limite procedimental dito objetivo, some-se um limite subjetivo ao poder de reforma, caracterizado no fato de somente o Presidente da República, no mínimo um terço dos membros do Senado ou Câmara e a maioria das Assembleias Legislativas (incluindo a Câmara Legislativa do Distrito Federal), manifestando-se através da maioria simples de seus membros, serem os sujeitos constitucionalmente autorizados para deflagrar o processo legislativo tendente a elaborar uma Emenda Constitucional.⁴⁵³

Some-se, ainda, os limites circunstâncias e implícitos ao poder de reforma e estará configurado o tortuoso caminho para se promover uma alteração formal no texto da Constituição. Através do primeiro, tem-se que a Constituição não pode ser alterada na

⁴⁵² JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación dela constitución*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991. p, 7.

⁴⁵³ Art. 60, CF/88.

vigência do estado de sítio, do estado de defesa e da intervenção federal. Através da segunda, busca-se evitar uma fraude ao Poder Constituinte Originário, vedando-se qualquer alteração na forma de se processar a edição das Emendas, como, por exemplo, alterações que suprimam o art. 60, § 4º, os sujeitos que podem deflagrar o processo e a votação necessária para se efetivar a alteração.⁴⁵⁴

A revisão constitucional, por sua vez, apresenta caráter mais amplo, em contraposição à especificidade atinente às emendas constitucionais. Nos termos da CF/88, tem-se que o Congresso Nacional poderia se reunir, em sessão unicameral, para promover a revisão da Constituição, através da maioria absoluta de seus membros, após cinco anos de promulgação da Constituição.⁴⁵⁵

Diante de tão complexo quadro, o qual foi meramente descrito acima, não é de se surpreender a afirmação feita pela doutrina no sentido de que, quanto mais difícil é a alteração formal de uma Constituição, mais este texto estará sujeito a experimentar as mutações constitucionais.⁴⁵⁶

Diz-se isso porque as mutações constitucionais configuram-se como caminhos de oxigenação do texto constitucional, atualizando-o de acordo com a evolução dos valores vivenciados na sociedade sem, no entanto, fazer com que haja qualquer mudança no texto da Constituição.⁴⁵⁷

Quando se constata a possibilidade de se alterar o sentido das expressões constitucionais sem alterar seu texto, de maneira que pouco importa a intenção ou consciência de se efetivar tais mudanças, tem-se um problema constitucional que perpassa, inegavelmente, pela dualidade entre normas e fatos, entre a realidade fática e a normatividade constitucional.

⁴⁵⁴ Ainda se pode apontar o limite temporal, caracterizado como a vedação à qualquer alteração formal da Constituição durante certo período de tempo definido por si mesmo, sem qualquer referência a certos fatos que se alongam no tempo, como se tem com os limites circunstanciais. A Constituição Federal de 1988 não contempla tal limite, presente na Constituição de 1824, que vedava qualquer alteração durante os quatro primeiros anos de vigência do texto.

⁴⁵⁵ 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."

⁴⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p, XVIII.

⁴⁵⁷ Evidentemente que, a essa utilização elogiável e correta das mutações podem advir deformações, caracterizadoras das mutações inconstitucionais, adiante analisadas com mais vagar.

As mutações constitucionais foram percebidas pela doutrina, pela primeira vez, a partir da Constituição alemã de 1871, que sofreu diversas mudanças informais nas suas instituições.⁴⁵⁸

O universo das mutações constitucionais descortina uma série de questionamentos intrigantes, como os referentes à tipologia das mutações, seu modo de ocorrência e a consequente existência das mutações inconstitucionais. Adiante, tais especificidades serão abordadas, dando especial enfoque para as mutações através da interpretação constitucional judicial.

3.2 A tipologia das mutações constitucionais

Deve-se, primeiramente, fazer um alerta no sentido de que não há um rol taxativo e acabado das modalidades de mutações constitucionais. Os autores, de um modo geral, não são acordes quanto ao ponto, apresentando as mais diversas classificações possíveis. De todo modo, tem-se que, apesar das variadas classificações, há uma convergência em torno da interpretação como modalidade de mutação em todas elas, o que vai ao encontro do presente estudo, que tem por objetivo analisar, especialmente, a interpretação constitucional como instrumento das mutações.⁴⁵⁹

Assim, segundo Hsü Dau-Lin, há quatro modalidades de mutação: 1) mutação constitucional mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; 2) mutação constitucional mediante a impossibilidade de exercer certos direitos consagrados

⁴⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Ob. cit. p. 54. O primeiro autor a tratar do tema foi Laband, sucedido pelo já citado Jellinek. Analisando a doutrina de ambos e, em seguida, avançando na busca pela natureza das mutações, tem-se a obra de Hsü Dau-Lin, “Mutación de la Constitución”. No Brasil, a primeira obra específica sobre o assunto foi de Anna Candida da Cunha Ferraz, “Processos informais de mudança da constituição”, tendo o tema obtido aprofundamentos também por parte de Uadi Lammêgo Bulos, na sua “Mutaçao constitucional”.

⁴⁵⁹ Uadi Lammêgo Bulos apresenta amplo estudo sobre as modalidades de mutação constitucional, apresentando a tipologia proposta por diversos autores. Arrematando sua pesquisa no ponto, o autor, discorrendo sobre as diversas modalidades de mutação, assenta que: “Desse modo, podem ocasionar mutações constitucionais: a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência de grupos de pressão. Os últimos aí apontados – os grupos de pressão – em certos momentos da vida constitucional dos Estados – influem no processo de mudança informal das constituições. Nas sociedades hodiernas, devido ao fato de refletirem a estrutura econômica, social, política, religiosa, cultural, são retratos fieis das grandes paixões, provenientes de aspirações corporativas, que se desdobram em núcleos de configuração e finalidades inconfundíveis: associações, sindicatos, entidades de classe, partidos políticos, grupos artísticos, religiosos, filosóficos, organizações civis, militares, dentre outros.(...) No Brasil, embora não esteja prevista em legislação, é manifesta a atividade dos grupos de pressão, não raro sob o impulso dos partidos políticos, das categorias profissionais, de trabalhadores ou de servidores públicos, das organizações econômicas, privadas e públicas, das instituições de classes liberais, militantes da defesa do meio ambiente, enfim, patrono de diferentes interesses, que agem, fortemente, em favor de teses e reivindicações.” Ob. cit. p. 66-68. Anna Candida da Cunha Ferraz, por sua vez, apresenta as mutações por interpretação constitucional (administrativa, legislativa, judicial, autêntica, popular e doutrinária) e por costumes constitucionais. FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Série Jurídica Max Limonad n° 1. 1ª Ed, 1986. p. 19-210.

constitucionalmente; 3) mutação constitucional mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição; e 4) mutação constitucional mediante interpretação.⁴⁶⁰

De acordo com a primeira modalidade, pode ocorrer mutação constitucional através de uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição. Nesses casos, há um acontecimento, um fato, para o qual não há norma constitucional específica para regê-lo. Trata-se de um típico caso de lacuna constitucional. Do mesmo modo que as leis em geral, a Constituição pode muito bem apresentar lacunas, as quais devem ser preenchidas pelos métodos integrativos conhecidos, como a analogia, costumes e os princípios gerais de direito, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Não se trata de fazer a Constituição orbitar em torno de tal norma infraconstitucional, mas sim de, reconhecendo a constitucionalidade de tal dispositivo, aplicar sua razão de ser quando se têm em vista as lacunas constitucionais. O preenchimento de tais omissões ensejará uma mutação constitucional.⁴⁶¹

Através da segunda modalidade, tem-se uma aproximação com o drama das constituições que não conseguem se fazer efetivas. Assim, tem-se mutação constitucional ante a impossibilidade fática de se exercitar um direito constitucionalmente previsto. Assim, os direitos consagrados a certos sujeitos se perdem diante do não exercício deles, fazendo com que os artigos da Constituição já não mais correspondam à realidade jurídica.⁴⁶² Tem-se, portanto, uma situação na qual há norma jurídica sem uma realidade subjacente.

Com a terceira modalidade de mutação, tem-se uma das formas de manifestação das mutações inconstitucionais. Assim, tal ocorre quando uma prática constitucional contradiz, claramente, um preceito constitucional, seja através de ato do legislativo, executivo ou judiciário.⁴⁶³ A mutação ocorrerá se os mecanismos de controle de constitucionalidade forem

⁴⁶⁰ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública. p. 31.

⁴⁶¹ Inocêncio Mártires Coelho, após fazer apanhado em torno do costume constitucional como fonte do Direito Constitucional em Portugal, aponta o seguinte exemplo de costume constitucional na ordem constitucional brasileira: “no Brasil, a ‘regra’ que permite se promulguem apenas ‘fatias’ de Emendas Constitucionais, assim entendidas aquelas partes de PEC’s mais amplas que, já tendo sido aprovadas nas duas Casas do Congresso Nacional, podem ser imediatamente promulgadas e integradas ao *corpus* constitucional, sem prejuízo do exame das partes ainda pendentes de deliberação final”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

⁴⁶² DAU-LIN, Hsü. Ob. cit. p. 36. Como exemplo, pode-se citar a situação de diversos direitos sociais previstos na CF/88, os quais, apesar de formalmente previstos, ainda carecem de concretização para serem, de fato exercidos. Sendo mais específico, basta pensar na norma que garante a divisão dos lucros da empresa com seus empregados (art. 7º, XI, da CF/88). Ante a falta de regulamentação por um contínuo espaço de tempo, pode muito bem ocorrer a citada mutação no ponto.

⁴⁶³ Os exemplos são inúmeros. Basta pensar numa Lei inconstitucional que viole, formal ou materialmente a Constituição, o que pode ocorrer também com um Decreto presidencial. Mesmo as Sentenças e Acórdãos judiciais podem padecer de tais vícios. Veja-se, por exemplo, um Acórdão que, a pretexto de não aplicar determinada disposição legal, afasta tal norma infraconstitucional sem declará-la inconstitucional de acordo com

inefcazes, deixando perdurar tal estado de coisas. As mutaões inconstitucionais sero adiante aprofundadas, tendo em vista a importncia do tema para o presente texto.

Finalmente, a mutaão constitucional pode ocorrer atravs da interpretaão, mediante a atribuio de um sentido novo as disposioes constitucionais, atualizando a norma atravs de interpretaão evolutiva, deixando indene o texto. Tambm pela importncia das discusses especficas no ponto, abrir-se-á mais espao para a mesma.⁴⁶⁴

3.3 Interpretaão constitucional e mutaões inconstitucionais

Anteriormente foram apontadas linhas gerais sobre hermenutica e interpretaão, dando especial enfoque ao canone da autonomia. Neste momento, sero tecidas consideraoes especficas sobre a interpretaão constitucional e como estas podem instrumentalizar a ocorrencia de mutaões inconstitucionais.

Estudar a interpretaão constitucional e seus fundamentos e analisar a insuficiencia interpretativa proposta pelos metodos da hermenutica juridica classica no tocante a apreensao do sentido e alcance das normas constitucionais. Ocorre que os metodos interpretativos classicos aplicam-se com inteireza somente em relao as normas estruturadas em regras – normalmente normas infraconstitucionais – de modo que relativamente as normas principiologicas – normalmente normas constitucionais – outros mecanismos ou principios de interpretaão deverao ser utilizados, tamanha a particularidade desta especie de norma. Os referidos principios, por sua vez, serao enunciados pela Nova Hermenutica Constitucional.

Advirta-se, desde ja, que os metodos classicos de interpretaão, apesar de insuficientes, nao sao totalmente olvidados quando da analise de um principio, de modo que o interprete ainda podera socorrer-se da interpretaão gramatical, historica, sistemática ou

a clausula de reserva de plenrio prevista no art. 97 da CF/88. Como se sabe, tal disposio determina que a inconstitucionalidade de uma norma, no ambito dos Tribunais, so podera ser regularmente efetivada atravs do pleno ou do orgao especial do mesmo, mediante o voto da maioria absoluta dos membros respectivos. Tal procedimento, que tem sua razao de ser na presuncao de constitucionalidade da norma, se nao respeitada pelos Tribunais atravs da manobra antes descrita, configuraria verdadeira mutaão inconstitucional. A fim de evitar tal estado de coisas, o STF editou a Smula Vinculante n° 10, que assim dispoe: “Viola a clausula de reserva de plenrio (CF, artigo 97) a decisao de orgao fracionario de tribunal que, embora nao declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder pblico, afasta sua incidencia, no todo ou em parte”.

⁴⁶⁴ Como exemplo, basta citar a mudanca operada pelo STF, atravs da via interpretativa, no Mandado de Injuncao (MI). Sem se alterar uma unica letra do texto constitucional de regencia, a interpretaão anterior que reconhecia como efeito da decisao do STF somente a declaracao de mora do Poder Legislativo (posicao nao concretista) foi superada para se reconhecer a Corte o papel de, verdadeiramente, garantir o exercicio do direito fundamental nao exercitavel diante da omissao legal (posicao concretista, ora adotada de modo geral ora de modo individual). Vide MI 670, adotando a posicao concretista geral, atribuindo eficacia *erga omnes* a decisao. Rel. Min. Mauricio Correa. Rel. para Acordao: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 25/10/2007. Orgao julgador: Tribunal Pleno. **Por sua vez**, o MI 721 adota a posicao concretista individual, consagrando somente efeitos *inter partes* a decisao. Rel. Min. Marco Aurilio. Julgamento: 30/08/2007. Orgao julgador: Tribunal Pleno.

teleológica. Eles, no entanto, mostrando-se incapazes de apreciar com inteireza e concretude a consagração de um valor inerente às normas principiológicas.

Entender o Direito como sinônimo de lei é um reducionismo empobrecedor e perigoso. Empobrecedor porque exclui todo um complexo normativo que não advém unicamente do Estado e, inegavelmente, constitui Direito, como as normas costumeiras ou jurisprudenciais. É também perigoso, pois atribui ao Direito um formalismo exacerbado, diminuindo sobremaneira sua amplitude, à medida que deixa de lado as outras fontes do Direito, tornando-o mera criação estatal e verdadeiro fantoche nas mãos dos governantes. Esse reducionismo chama-se monismo.

A Escola de Exegese foi a grande mestra desse pensamento, à medida que fora criada para interpretar o Código Civil Napoleônico, defendido arduamente como uma realidade atemporal, imutável e completa, só admitindo, assim, a interpretação literal. Com o passar do tempo, as mudanças sociais começavam a surgir, e as lacunas do Código se tornavam mais evidentes. Inicialmente, tentou-se mascarar sua lacunosidade com o uso da analogia, mas depois se tornou evidente a precariedade do pensamento monista, abrindo espaço para uma teoria muito mais inteligente e humilde, que foi o dualismo. Assinala Arnaldo Vasconcelos:

A diferença maior reside em que, enquanto para o monismo o Direito é reduzido ao sistema jurídico do Estado, para o pluralismo o ordenamento jurídico alcança, a par do sistema estatal, vários outros sistemas, criados pelas sociedades e associações, como a Igreja, o sindicato e o clube esportivo.⁴⁶⁵

A humildade decorre do reconhecimento verdadeiro da hegemonia da lei como fonte do Direito, o que decorre do princípio constitucional da legalidade, conquista importantíssima da humanidade, e a inteligência está em não atribuir exclusividade a essa fonte do Direito.

Partindo do reconhecimento dessa hegemonia, tem-se o surgimento dos Estados Legalistas, cujos governantes pautavam suas ações na lei, submetendo-se a elas. O constitucionalismo, à época, era relegado a segundo plano, à medida que se via na lei o instrumento garantidor de todos os direitos, sendo ela capaz de garanti-los contra os arbítrios estatais. A igualdade era vista sob aspecto formal e as liberdades entendidas negativamente, só se podendo fazer o que a lei não proibia.

Com o surgimento de ditaduras amparadas na legalidade, sobretudo durante o regime nazi-fascista, fica clara a fragilidade da lei no tocante à proteção aos direitos. Havia de se pensar uma maneira de proteger os direitos fundamentais dos autoritarismos do Estado. Surge, então, o Estado Constitucionalista ou Estado Democrático de Direito, consagrando a

⁴⁶⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 244.

Constituição como lei fundamental capaz de enunciar princípios garantidores dos direitos fundamentais, os quais encontrariam proteção, até mesmo, se determinada lei infraconstitucional tentasse feri-los. Dessa forma, a igualdade passa a ser considerada materialmente, com o Estado realizando ações tendentes a diminuir as desigualdades sociais, tratando os desiguais desigualmente.

Os princípios consagrados pela Constituição teriam caráter de normas vinculantes para todos os poderes, não subsistindo a antiga concepção que os defendia como meros conselhos aos governantes. Esse *status* adquirido pelos princípios em contraponto às regras, bem como o aspecto político todo especial que a norma constitucional possui,⁴⁶⁶ tornou necessário o surgimento de uma Nova Hermenêutica capaz de apreender com inteireza a enunciação de um valor, inerente às normas principiológicas.

Assim, princípios de interpretação especificamente constitucionais são enunciados em massa pela doutrina constitucional contemporânea. Assim, princípios como os da força normativa da Constituição, da unidade da Constituição, da harmonização ou da concordância prática, da máxima efetividade, da interpretação conforme a Constituição, do efeito integrador, da conformidade funcional, da proporcionalidade, da razoabilidade e da presunção de constitucionalidade das leis são constantemente enunciados como instrumentos para a decisão de questões constitucionais, mostrando-se aptos a aparelhar a interpretação constitucional.

A par de tais princípios, ainda se pode mencionar os métodos de interpretação especificamente constitucionais, como o método científico-espiritual, método hermenêutico-concretizador, método normativo-estruturante e método tópico-problemático como guias para se trilhar o caminho da interpretação/aplicação/concretização da Constituição, dando cada vez mais liberdade ao intérprete no momento de decidir.⁴⁶⁷ Evidentemente que a presente investigação só poderia mesmo nominar tais princípios e métodos, já que o estudo específico deles não cabe neste texto.

A partir de tal apresentação, no entanto, pode-se repetir a advertência feita por Inocêncio Mártires Coelho, no sentido de que, se tais princípios e métodos, como dito,

⁴⁶⁶ Sobre o caráter político das normas constitucionais, Paulo Bonavides bem explica que tal aspecto surge à medida que a norma constitucional: “rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta de ação aos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p, 461.

⁴⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p, 1211-1213. Dentre tantos outros autores, Canotilho faz uma breve e didática apresentação desses métodos.

atribuem cada vez mais liberdade ao intérprete, essa liberdade tem de ser objetivamente vinculada à correção e à justiça da decisão, sob pena de se ter um perigoso decisionismo, necessariamente subjetivo e arbitrário. Nesse sentido:

Não deve o intérprete, pelo menos o julgador, partir de resultados preconcebidos e, para legitimá-los, afeiçoar a norma aos seus preconceitos com uma pseudo-argumentação, pois se agir dessa maneira a inversão do itinerário do raciocínio acabará desqualificando a avaliação dos resultados como parâmetro de controle da interpretação.⁴⁶⁸

É marcante a especial referência feita pelo autor em relação ao intérprete como julgador. O juiz constitucional, ou seja, o juiz que interpreta e aplica a Constituição, desenvolve um labor ou, pelo menos, deveria desenvolver, repleto de um alto teor existencial. Diz-se isso porque tal juiz, num Estado Democrático de Direito, é o verdadeiro elo entre o Direito e a sociedade, pois, aplicando a Constituição, o Direito se abre para a aquela. Isso só é possível, no entanto, se o juiz vivencia os valores presentes na sociedade, daí o caráter marcadamente existencial de sua interpretação jurídica.⁴⁶⁹

Já se é possível admitir que a interpretação constitucional pode, facilmente, acarretar mutações inconstitucionais. Mas o que são as mutações inconstitucionais? São aquelas mudanças no sentido e alcance das disposições constitucionais que violam a letra da Constituição. Na medida em que violam disposição expressa do texto constitucional, tal mutação não pode subsistir, devendo ser corrigida através do controle de constitucionalidade. Anna Candida da Cunha Ferraz faz as seguintes ponderações sobre o tema:

Não se pode desconhecer, na prática, que os processos informais de mutação constitucional, podem, facilmente, desbordando os limites que lhes são impostos, resvalar para mudanças verdadeiramente inconstitucionais que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade.

Por outro lado, a experiência constitucional reverá outras modalidades de processos informais, que conduzem também a mudanças não admitidas pela Constituição. A inconstitucionalidade desses processos, nesses casos, decorre principalmente da ideia de que a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com ela.

Esses dois grupos de processos informais são reunidos sob a denominação comum de mutações inconstitucionais.⁴⁷⁰

Tendo em vista o aspecto prático do estudo proposto nesta pesquisa, referente especialmente à mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, muitos dos temas centrais das mutações constitucionais serão tratados adiante, quando do estudo específico dessa mutação. Adotou-se tal método partindo da premissa de que, as questões teóricas, quando confrontadas

⁴⁶⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. Ob. cit. 50.

⁴⁶⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Ob. cit. p, 44-45.

⁴⁷⁰ FERRAZ, Ana Candida da Cunha. Ob.cit. p, 13.

com algum aspecto prático, tornam o aprendizado mais fácil. Assim, os temas atinentes aos limites da mutação constitucional, sua relação com o controle de constitucionalidade e demais apontamentos críticos sobre a mesma, serão abordadas quando da análise da mutação específica a ser estudada. No mais, os dizeres de Robert Alexy no sentido de ser o Direito uma ciência eminentemente prática tornam ainda mais lícita a metodologia ora proposta.⁴⁷¹

4. O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O estudo do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade é um dos mais férteis em sede de controle de constitucionalidade. Um esclarecimento prévio necessário, no entanto, demonstra que tal atuação só tem razão de ser nos casos de declaração incidental de inconstitucionalidade por parte do STF. Em tais casos, a decisão do STF, classicamente, não possui eficácia *erga omnes*, cabendo ao Senado, em acolhendo a decisão, atribuir tal eficácia ao julgado. Quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade, a atuação do Senado não se faz necessária, pois, neste caso, já se tem um ataque à Lei em tese, sedo consectário lógico dessa decisão a atribuição da eficácia *erga omnes* à decisão.

Diversas questões sobre a atuação daquele órgão político chamam a atenção dos estudiosos,⁴⁷² como, por exemplo: 1) as razões históricas propiciadoras dessa peculiar parceria entre Poder Judiciário e Poder Legislativo; 2) o caráter vinculado ou discricionário da atuação do Senado; 3) a natureza do ato que suspende, no todo ou em parte, a eficácia da Lei declarada inconstitucional; 4) sua adstrição em relação à decisão do STF, analisando-se: 4.1) a extensão da expressão “suspensão no todo ou em parte da lei”; 4.2) os efeitos temporais de tal ato, 4.3) a possibilidade de o mesmo desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 37.

⁴⁷² Veja-se, por exemplo, a quantidade de questionamentos levantados por Clèmerson Merlin Clève respeitante ao tema: “(i) A quem compete comunicar ao Senado sobre a decisão do Judiciário? (ii) O ato que desafia a suspensão é aquele declarado inconstitucional por qualquer órgão do Judiciário ou apenas pelo Supremo Tribunal Federal? (iii) Dispõe, o Senado, de competência para suspender a execução de leis apenas, ou de qualquer ato normativo? (iv) Pode o Senado suspender a execução de ato normativo estadual ou municipal (ou apenas federal)? (v) Há prazo para manifestação do Senado? (vi) O ato do Senado que determina a suspensão é revogável? (vii) A manifestação do Senado possui efeitos pretéritos (*ex tunc*) ou apenas prospectivos (*ex nunc*)? (viii) Qual a natureza do ato do Senado nesta matéria? (ix) A competência do Senado abrange, além das declarações respeitantes ao controle incidental, também as declarações de inconstitucionalidade em tese? E, finalmente: (x) trata-se de competência vinculada ou discricionária?” Algumas dessas questões serão enfrentadas em pontos do texto. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 116.

Evidentemente, tais pontos não poderão ser aqui aprofundados com a calma devida, mas serão estudados na medida possível para o deslinde dos problemas propostos.⁴⁷³

4.1 Origens históricas da atuação do Senado no controle de constitucionalidade

A primeira Constituição a prever tal papel do Senado foi a de 1934. Assim, tal Constituição é apontada como um marco na evolução do controle de constitucionalidade brasileiro rumo ao controle direto. Paulo Bonavides aponta quatro inovações trazidas naquele texto que justificam a reputação daquela Constituição: 1) criou-se a “cláusula de reserva de plenário”, através da qual um tribunal só poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo mediante voto da maioria absoluta da totalidade dos juízes; 2) a competência atribuída ao Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, cuja inconstitucionalidade tivesse sido declarada pelo Poder Judiciário; 3) a previsão da representação interventiva, de competência do Procurador Geral da República, que condicionava a eficácia da intervenção à constitucionalidade da Lei que a previsse, em face da inobservância dos princípios sensíveis por parte do Estado-membro; 4) a instituição do mandado de segurança “para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.⁴⁷⁴

A segunda inovação apontada apresenta especial importância para esta pesquisa, tendo em vista as atuais mudanças em torno de sua interpretação. Fazendo uma interpretação histórica da regra, tem-se que a justificativa para sua criação fora a falta de eficácia *erga omnes* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Com a suspensão pelo Senado, tal efeito seria atribuído à decisão, fazendo com que esta Casa Legislativa funcionasse como uma espécie de parceiro do STF no controle de constitucionalidade. É justamente o papel do Senado nessa parceria que gera controvérsias hodiernamente.

4.2 O caráter vinculado ou discricionário da atuação do Senado

Outro tema interessante diz respeito à possibilidade de o Senado Federal não proceder à suspensão da execução da lei, mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF. Assim, estaria o Senado vinculado à decisão do STF? No tocante à decisão de se suspender ou não, no todo ou em parte, a lei declarada

⁴⁷³ Para uma análise detida de todas essas questões, consultar: FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 137-154. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob.cit. p. 115-125.

⁴⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p. 328.

inconstitucional, não há qualquer vinculação, como aponta o próprio STF.⁴⁷⁵ Tal posição é defendida em homenagem à separação, harmonia e equilíbrio entre os Poderes, sendo, assim, uma decisão discricionária do Senado atuar de acordo com o art. 52, X. No entanto, há vinculação do Senado ao mérito da decisão do STF, quanto à declaração total ou parcial de inconstitucionalidade, como adiante explorado no último ponto desta explicação.

Interessante ponderação acerca dessa discricionariedade do Senado é feita por Alvacir Alfredo Nicz e Antônio Claudio Korikoski Junior, para quem o Senado não gozaria de tal discricionariedade, uma vez que responsável, em parte, pela edição da lei inconstitucional, deixando de realizar um controle efetivo de constitucionalidade quando da análise do texto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Nesses termos, os autores apontam que:

De fato, se a norma declarada inconstitucional passou despercebida pelo controle preventivo exercitável pelo próprio Senado Federal na fase de tramitação do projeto de lei, não parece razoável admitir que ele mesmo, responsável em parte pela introdução de uma lei eivada de inconstitucionalidade, aprecie a conveniência da suspensão de sua execução. Pensar dessa forma significa anular o necessário *checks and balances*, ou freios e contrapesos, inerentes à divisão de funções estatais.⁴⁷⁶

Esses engenhosos argumentos, no entanto, encontram as seguintes objeções. Primeiramente, o *venire contra factum proprium* proposto pelos autores, no sentido de que o Senado estaria adotando uma conduta contraditória em ter a opção acerca do exercício de sua competência prevista no art. 52, X, já que, anteriormente, tinha entendido pela constitucionalidade da lei, esbarra no fato de se ter em vista a atuação de um órgão colegiado, cuja composição no momento da análise da decisão do STF, muito provavelmente, não será mais a mesma quando da análise anterior do texto na Comissão. Mesmo sabendo que o mandato dos Senadores é de oito anos, há renovação de pelo menos um terço deles de quatro em quatro anos. Assim, o Senado que anteriormente entendeu por constitucional uma lei

⁴⁷⁵ O MS 16.512 reconhece tal discricionariedade, devendo-se, no entanto, a Resolução senatorial manter-se adstrita à decisão do STF, nesses termos assim ementados: **EMENTA: RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL, SUSPENSIVA DA EXECUÇÃO DE NORMA LEGAL CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA SEGUNDA RESOLUÇÃO DAQUELE ÓRGÃO LEGISLATÓRIO, PARA INTERPRETAR A DECISÃO JUDICIAL, MODIFICANDO-LHE O SENTIDO OU LHE RESTRINGINDO OS EFEITOS. PEDIDO DE SEGURANÇA CONHECIDO COMO REPRESENTAÇÃO, QUE SE JULGA PROCEDENTE. MS 16.512. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Julgamento: 25/05/1966. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.**

⁴⁷⁶ NICZ, Alvacir Alfredo; KORIKOSKI JUNIOR, Antônio Cláudio. *O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes*. In: Rio de Janeiro: Revista Forense, novembro/dezembro de 2007. Volume 394, ano 103. p, 19.

pode, muito bem, mudar sua opinião, tal qual ocorre nas viragens jurisprudenciais, de resto mais demoradas quando se trata de um órgão composto por membros vitalícios.

Ora, se tais mudanças de entendimento jurisprudenciais são admitidas até mesmo como saudáveis, constituindo forma de atualizar o texto constitucional, quando advindas do STF, composto por Ministros vitalícios, porque não se adotaria o mesmo raciocínio em relação ao Senado Federal, cuja rotatividade de seus membros colaboraria ainda mais para tais inovações? Assim, a mesma razão de ser deve ser adotada para a atuação do Senado no caso.

Além disso, deve-se reconhecer a liberdade do Senado Federal para analisar a firmeza da decisão proferida pelo STF. Quando se tem em vista uma decisão por seis a cinco, ou mesmo por um placar não tão apertado, aquele órgão legislativo pode muito bem, a fim de trazer segurança jurídica, aguardar por uma orientação mais firme da Corte Suprema, a fim de evitar a ocorrência de decisões contraditórias.⁴⁷⁷

4.3 A natureza do ato senatorial que suspende, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional

O ato senatorial em questão é uma Resolução, prevista no art. 59 da CF/88, não havendo maiores controvérsias quanto ao ponto, já que aquela é mesmo a espécie normativa emanadas das Casas Legislativas, no exercício de suas competências constitucionais exclusivas.⁴⁷⁸

Polêmica há quando se tem em mente a natureza jurídica do conteúdo dessa Resolução, ou, em outros termos, o que se deve entender por suspensão, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional?

No termo “suspensão”, no ponto, tem o mesmo sentido que revogação. Diz-se isso porque, se aquela expressão fosse admitida em seu sentido usual, ou seja, como algo que, após certo período de tempo, poderia voltar a produzir efeitos, ter-se-ia que admitir a possibilidade de o Senado Federal revogar sua Resolução, o que não se afigura possível.⁴⁷⁹ Assim, se tal suspensão levada a cabo pelo Senado não pode ser desfeita, tem-se uma suspensão definitiva. Se é definitiva, equivale à revogação.

⁴⁷⁷ FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p, 144.

⁴⁷⁸ Art. 50, CF/88.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, André Dias Fernandes aponta que: “Cuidando-se de ato revogatório do Senado, não é, ele mesmo, revogável insuladamente pelo próprio Senado. Não é, de outra parte, possível *represtinar* a lei declarada inconstitucional cuja execução foi suspensa (= que foi revogada), a não ser que houvesse o concurso da Câmara dos Deputados. Mas nessa hipótese já não seria *revigorada* pelo Senado apenas, no exercício de sua excepcional competência legislativo *negativa*, porém sim por lei *obediente ao processo legislativo normal*” (com destaques no original). Ob. cit. p, 151.

A objeção quanto à impossibilidade de um ato senatorial revogar lei que fora aprovada não só pelo Senado, mas também pela Câmara, não pode subsistir, pois tal regime diferenciado foi proposto pelo próprio Poder Constituinte Originário. Assim, normalmente tal objeção seria válida, não fosse as peculiaridades impostas nas normas originárias da Constituição.⁴⁸⁰

Tal regime constitucional diferenciado também serve para justificar a possibilidade de a resolução senatorial suspender a execução de lei estadual ou municipal, a par das federais, como decorrência lógica do papel do Senado como órgão da Federação. Além disso, a expressão “lei” não deve ser compreendida em seu sentido formal, abarcado também as demais modalidades normativas, como os decretos legislativos, medidas provisórias, tratados, etc.⁴⁸¹

4.4 A adstrição do ato em relação à decisão do STF

Mesmo reconhecendo-se o elevado papel do Senado Federal como órgão político, não se pode conceber uma atuação sem limites do mesmo, pois também há de se respeitar a função desempenhada pelo STF como guardião da Constituição. A fim de equilibrar a atuação de ambos, indaga-se em que medida a Resolução do Senado está vinculada à decisão do STF. Diga-se, desde já, que não se trata de qualquer decisão do STF em sede de controle incidental, mas sim de uma decisão definitiva, nos termos do art. 52, X, pelo que se excluem as decisões liminares eventualmente concedidas.⁴⁸²

Desse modo, estudar-se-á no ponto se a Resolução pode suspender totalmente uma decisão que declarou a inconstitucionalidade parcial de uma lei ou, ao contrário, se é lícito ao Senado suspender parcialmente uma lei declarada totalmente inconstitucional. Além disso, inquirir-se-á quais os efeitos temporais do ato, bem como a possibilidade de o mesmo desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

4.4.1 A extensão da expressão “suspensão no todo ou em parte da lei”

Nos termos do art. 52, X da CF/88 cabe ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A doutrina diverge quanto a extensão dessas expressões.

⁴⁸⁰ FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p. 138-140.

⁴⁸¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. p. 441.

⁴⁸² Além disso, deve-se entender como definitivas somente as decisões reiteradas, a demonstrar a força do precedente firmado, evitando-se a insegurança jurídica em torno de uma única decisão, que poderia, num curto espaço de tempo, ser alterada. Evidentemente que tal reiteração será avaliada pelo Senado, a fim de se perquirir, de fato, a robustez do entendimento jurisprudencial atinente à declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido: CARVALHO, Kildare Gonçalves. Ob. cit. p. 438.

Para Michel Temer, citado por Clèmerson Merlin Clève, o Senado poderia suspender em parte a execução da lei declarada totalmente inconstitucional pelo STF, mas não poderia suspender totalmente a lei declarada parcialmente inconstitucional. Michel Temer chega a essa conclusão partindo da premissa de que as expressões “no todo ou em parte” estão presentes nas disposições pertinentes ao veto presidencial, o que faz com que o Chefe do Poder Executivo tivesse a discricção sobre a dimensão do veto, devendo-se aplicar a mesma razão ao Senado Federal no art. 52, X.⁴⁸³

Por outro lado, para autores como José Afonso da Silva, a Resolução senatorial tem de guardar total adstrição com a decisão do STF. Assim, se a decisão declarou a inconstitucionalidade total, a Resolução deve suspender a lei no todo. Por outro lado, se a decisão foi pela parcial inconstitucionalidade, a resolução deve suspender parcialmente a lei.⁴⁸⁴ Assim, apesar de, pela leitura isolada do art. 52, X, poder-se pensar na liberdade do Senado para escolher, discricionariamente, sobre a suspensão total ou parcial, tem-se que as expressões, na verdade, devem ser compreendidas em consonância com o que disposto na decisão do STF.

A segunda posição é a mais acertada. A inteligente analogia proposta por Michel Temer e seguida por Clèmerson Merlin Clève, esbarra no seguinte óbice: tanto o controle de constitucionalidade exercido pelo Presidente da República no veto quanto pelo Parlamento, na eventual derrubada daquele, são controles políticos. Tendo tal característica, não há mesmo de se cogitar eventual vinculação, até mesmo por questões de harmonia e separação entre os Poderes. A saber: a elaboração da lei pelo Parlamento tem a mesma respeitabilidade que eventual veto do Presidente, no todo ou em parte, já que ambos estão desempenhando papel político.

A situação é diversa quando se tem em mente o controle de constitucionalidade levado a cabo pelo STF, que é, inegavelmente, jurídico. Assim, não há uma mesma razão de ser entre as duas situações, pois, como se sabe, é marca essencial da jurisdição é a definitividade de suas decisões e a imperatividade das mesmas, que devem ser cumpridas na sua exata medida, sob pena de, em assim não se procedendo, aquele que descumprir tal decisão acabar por se converter, de fato, no juiz último da causa. Desvirtua-se, assim, por completo o sistema de controle de constitucionalidade proposto pela Constituição, que tem o STF como seu guardião.

⁴⁸³ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 48. Apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob.cit. p, 121.

⁴⁸⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p, 522.

Assim, se o Senado suspende “no todo” quando na verdade o deveria fazer “em parte”, tem-se uma violação à decisão do STF, atacável através de Reclamação Constitucional, como forma de manter a autoridade daquela Corte Suprema.

4.4.2 Os efeitos temporais da Resolução

A doutrina majoritária aponta que a Resolução do Senado tem efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, à medida que daria eficácia geral à decisão do STF, mas não poderia retroagir para alcançar situações anteriores àquela Resolução. Assim, se a decisão do STF no controle concreto tem efeitos *inter partes* e *ex tunc*, a Resolução teria efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Tal concepção, no entanto, merece ponderações. Na verdade, a retroatividade ou não da Resolução também está atrelada à decisão do STF. Se esta deixar expressa a retroatividade, a Resolução assim também se comportará. Evidentemente, a retroatividade não pode prejudicar o direito adquirido validamente, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, bem com qualquer outro bem jurídico que, concretamente, afigure-se de maior peso numa eventual ponderação.⁴⁸⁵

O fato de a Resolução poder retroagir não infirma a natureza de ato revogatório ínsito à mesma, como anteriormente apontado. Mesmo uma lei revogadora pode, eventualmente, retroagir, como ocorre com a lei penal mais benéfica. Nesse sentido, André Dias Fernandes aponta que:

Exemplo de resolução senatorial *retroativa*: a resolução que revoga (= suspende a eficácia de) **lei penal incriminadora**. Por ser mais *benéfica* ao acusado/réu do que a norma incriminadora, já que a *revoga (abolitio criminis)*, a *Lex Fundamentalis* impõe a sua **retroação** (art. 5º, XL). Não deve causar espécie, portanto, a **potencial** retroatividade da *resolução* senatorial pelo fato de esta possuir caráter revogatório, assim como não causa estranhez alguma a retroatividade das *leis* penais abolutivas de crime (mais benéficas que as incriminadoras)

O que determinará se a resolução produzirá efeitos retroativos ou apenas *pro futuro* será o **próprio acórdão do STF**. A resolução tem de guardar **simetria** com ele. Se o acórdão do STF operar efeitos *ex tunc*, produzi-los-á por igual a resolução senatorial. Se o acórdão do STF produzir efeitos meramente *ex nunc*, gerá-los-á talqualmente a resolução senatorial. O Senado não tem competência constitucional que lhe permita *restringir* ou *dilargar* a **eficácia temporal** da decisão do STF. A tanto não vai o seu juízo de conveniência e oportunidade.”⁴⁸⁶ (destaques de acordo com o original)

Percebe-se, portanto, mais uma necessidade de compatibilização que se deve ter entre a Resolução senatorial e a decisão do STF.

⁴⁸⁵ BAROSSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131.

⁴⁸⁶ FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p. 144-145.

4.4.3 A possibilidade de a Resolução senatorial desconstituir a coisa julgada inconstitucional

Finalmente, deve-se assentar a impossibilidade de o ato em estudo desconstituir a coisa julgada inconstitucional, pela razão de que a Resolução, tal qual a decisão do STF, não possuem efeitos desconstitutivos, mas sim declaratórios. Assim, não é efeito automático da decisão da decisão do STF a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, a saber, se esta não for desfeita voluntariamente pelas partes, só será possível tal desfazimento através de ação rescisória.

Se nem a decisão do STF tem o condão de desconstituir automaticamente a coisa julgada inconstitucional, também não o pode fazer a Resolução do Senado, em face da adstrição que esta tem de ter àquela.⁴⁸⁷

5. A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO ART. 52, X

O estudo deste ponto demanda a análise da tese desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes e encampada, de modo até mais radical, pelo Ministro Eros Grau, quando do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC.

Desse modo, tem-se que o Ministro Gilmar Mendes publicou artigo sobre o tema,⁴⁸⁸ defendendo a mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, tendo em vista diversas alterações na ordem jurídica constitucional que tornariam tal dispositivo notadamente obsoleto, cabendo-lhe uma nova configuração.

Após a análise das razões históricas que justificaram a criação dessa regra na Constituição de 1934, como visto anteriormente, bem como as diversas vacilações doutrinárias em torno do real alcance da norma, Gilmar Mendes aponta os argumentos que justificariam essa viragem jurisprudencial, já que ao Senado Federal, como dito, não mais caberia o papel de suspender total ou parcialmente a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, cabendo-lhe, somente, publicar o acórdão do STF. Segundo o Ministro:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para

⁴⁸⁷ FERNANDES, André Dias. Ob. cit. p. 150.

⁴⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta - redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Mencionem-se, ainda, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.⁴⁸⁹

Assim, diante das dificuldades apontadas, concernentes nas inovações trazidas pela jurisprudência do STF no tocante à técnica de decisão de nulidade parcial sem redução de texto, na aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição, é incabível pensar na intervenção do Senado tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade, no primeiro caso, ou de constitucionalidade, no segundo, referíveis a um sentido dado à norma impugnada.

A mencionada reclamação nº 4.335/AC⁴⁹⁰ foi ajuizada tendo em vista a pretensa ofensa à autoridade da decisão do STF proferida no HC nº 82.959/SP.⁴⁹¹ Neste HC, o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime dos crimes hediondos (art. 2º, §1º da Lei 8.072/90), também aplicando a modulação temporal de efeitos da decisão prevista no citado art. 27 da Lei 9.868/98. Percebe-se, assim, como um instrumento específico do controle abstrato de constitucionalidade foi utilizado em sede de controle concreto.

Com o ajuizamento da reclamação 4.335/AC, surgiu a dúvida sobre os efeitos vinculantes e eficácia contra todos da decisão no HC 82.959/SP. Tal reclamação fora ajuizada

⁴⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

⁴⁹⁰ Rcl. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgamento suspenso em face de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

⁴⁹¹ HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01/09/2006.

pela Defensoria Pública da União, tendo em vista decisão de juiz do Estado do Acre que negara a progressão de regimes com base na decisão do referido HC, alegando que para esta apresentar efeitos *erga omnes*, o procedimento previsto no art. 52, X da Constituição teria de ser respeitado. Como o Senado Federal ainda não se manifestara, a decisão proferida naquele HC só teria efeito *inter partes*. A reclamante alegou o descumprimento da decisão do STF, pois o efeito vinculante e eficácia contra todos não foram respeitados.

Apreciando a citada Reclamação, o Ministro Joaquim Barbosa nem mesmo dela conheceu, enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence julgou-a improcedente. Os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes julgaram-na procedente, assentando o efeito *erga omnes* da decisão e sustentando a mutação constitucional do art. 52, X da CF/88. Sendo assim, o papel do Senado Federal, diante da nova interpretação dada a essa norma constitucional, seria a de mero publicador da decisão do STF, já que a eficácia contra todos e o efeito vinculante decorreriam diretamente da própria decisão proferida pelo Corte, sem a necessidade de o Senado Federal suspender total ou parcialmente a lei declarada inconstitucional.

O Ministro Eros Grau, em seu voto, aderiu a essa tese, sustentando a mutação constitucional. A seguinte passagem de seu voto ilustra o avanço jurisprudencial proposto:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto

[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]

a outro texto

[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].⁴⁹²

⁴⁹² Voto do Min. Eros Grau na Rcl. 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes.

Baseando seu entendimento no respeito que o intérprete deve ter à tradição das disposições constitucionais, analisadas em sua completude, o autor reitera o caráter obsoleto do art. 52, X, aderindo a uma mutação que também mudaria o texto da Constituição.

5.1 Análise crítica das mutações constitucionais e as inconveniências da mutação do art. 52, X

As mutações constitucionais, como visto, apresentam-se como importantes mudanças informais no sentido das disposições constitucionais, capazes de atualizar seu texto, sem, no entanto, alterá-lo, efetivando uma salutar interpretação evolutiva. Além dessa utilização, as mutações se mostram altamente elogiáveis quando se propõem a integrar o texto constitucional que, com qualquer outro, apresenta omissões.

Assim, seja através da interpretação, dos usos e costumes ou da construção judicial, a mutação é extremamente elogiável, quando se propõe a resolver questões atinentes à atualização e integração do texto constitucional. Indubitavelmente, essas são as maiores vantagens das mutações constitucionais.

A par de serem mudanças de sentido iniciadas a partir de situações de fato, as mutações podem, fácil e perigosamente, acabar descambando para o campo da inconstitucionalidade, com visto no tocante às mutações inconstitucionais. Revisitando o texto clássico de Jellinek, percebe-se que, muitas das mutações constitucionais lá descritas – e essa foi a maior preocupação daquele autor, qual seja, descrever tais mutações, sem uma preocupação mais crítica ou teorizada – são, na verdade, mutações inconstitucionais atinentes à Constituição alemã de 1871, que, dificilmente, subsistiriam diante de um controle de constitucionalidade efetivo. Veja-se, por exemplo, o seguinte exemplo apresentado pelo autor, referente a uma disposição parlamentar que violava a Constituição:

Otro ejemplo, famoso y más reciente, de una disposición regulamentaria que infringe un precepto concreto constitucional, versa sobre la licitud de las sesiones secretas en el Reichstag. Desde el punto de vista jurídico-político se afirmó la nulidad de las resoluciones adoptadas en una sesión secreta del Reichstag. Ahora bien, si tales resoluciones lograran la aprobación del Bundesrat y las promulgase el Kaiser, no habría ningún medio para convalidar aquélla nulidad.⁴⁹³

Ora, deve-se reconhecer que, de fato, na realidade constitucional na qual o texto fora escrito, talvez não houvesse mesmo como se reconhecer a nulidade apontada, referente à inconstitucionalidade formal do regulamento em questão, aprovado em sessão secreta. Nem

⁴⁹³ JELLINEK, Georg. Ob. cit. p, 18.

por isso se deve elogiar e ter como legítima tal mutação, que, na realidade, se mostra manifestação inconstitucional. Não é sem, razão, assim, quando se diz que, as mutações ocorridas na Constituição alemã de 1871, e estudadas por Laband e Jellinek poderiam muito bem ter tido um diferente tratamento se já existisse o Tribunal Constitucional.⁴⁹⁴

Não se trata de reconhecer, em qualquer processo de mutação, uma violação ao texto da Constituição, como se as mutações acarretassem, necessariamente, uma infração constitucional. Tal concepção, sustentada pelo positivismo, tenta desqualificar as mutações por elas terem descortinado uma inegável característica do positivismo: sua impossibilidade de acompanhar a riqueza em torno da realidade fática, que é viva e paralela às normas postas.⁴⁹⁵

Como evitar, então, a ocorrência de mutações inconstitucionais, nos moldes da proposta feita pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau? A questão é complexa, inserindo-se no âmbito dos limites das mutações constitucionais.

Para Uadi Lammêgo Bulos, as mutações constitucionais não possuem limites em termos jurídicos, pelo que são alterações de fato involuntárias e intencionais, podendo apresentar, unicamente, um limite subjetivo, referente à consciência do intérprete em não ir além daquilo prescrito no texto da Constituição.⁴⁹⁶ Se tal limite não é respeitado e, além disso, os mecanismos de controle de constitucionalidade não funcionam, consagrar-se-á a mutação inconstitucional, controlável não juridicamente, mas somente através da manifestação de paridos políticos, grupos de pressão, opinião pública, dentre outros, na esperança que, um dia, tal inconstitucionalidade seja corrigida.⁴⁹⁷

No final das contas, portanto, o apelo tem de ser feito ao intérprete mesmo, para que este, quando no exercício do controle judicial de constitucionalidade (no caso em estudo) respeite a literalidade e autonomia do texto constitucional sob análise. Desse modo, causa especial espanto e insatisfação quando o intérprete em questão é o próprio STF, que almeja levar a cabo uma mutação inconstitucional.

A mutação inconstitucional do art. 52, X apresenta-se sob diversos aspectos. Primeiramente, voltando ao problema proposto quando do estudo do cânone da autonomia

⁴⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. Ob. cit. p. 21, nota de rodapé número 17.

⁴⁹⁵ Nesse sentido, Martonio Mont´Alverne, Lenio Streck e Marcelo Cattoni, assentam que: “Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil”. Ob. cit. p. 20.

⁴⁹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Ob.cit. p. 91.

⁴⁹⁷ FERRAZ, Ana Candida da Cunha. Ob.cit. p. 213-214.

hermenêutica, já se pode assentar que, a partir da interpretação proposta pelos Ministros, se tem um flagrante desrespeito àquela autonomia. No ponto, a mutação proposta simplesmente desconsidera a literalidade do texto, pois “suspender” é bem diferente que “publicar”. Seria simplória tal afirmação, não fosse a necessidade que se tem de reafirmar a obrigação do intérprete com o sentido literal do texto.

A interpretação gramatical, em que pese ser a mais pobre das técnicas, mostra-se como limite do ato interpretativo. Os limites da interpretação apresentam-se como problemas muito além da seara jurídica. Umberto Eco, em seus estudos sobre semiótica, faz uma intransigente defesa do sentido literal do texto interpretado, como forma de se racionalizar a liberdade interpretativa. O autor apresenta uma anedota em torno do Presidente Reagan, que, numa entrevista coletiva, disse que logo iria autorizar um bombardeio à Rússia, tendo, em seguida, desmentido tal alegação sob a afirmação de que estaria brincando.

As diversas interpretações possíveis do ato (simples história de um homem que faz piada; história de um homem que faz piada quando não deve; história de um homem que faz uma piada mas que, na verdade, está emitindo uma ameaça; história de uma trágica situação política na qual até mesmo piadas inocentes podem ser levadas a sério; ou a história de como um enunciado jocoso pode assumir diferentes significados, dependendo de quem o enuncie) só são possíveis, evidentemente, a partir da vinculação do intérprete ao sentido literal.⁴⁹⁸

Ora, é evidente que a tese defendida pelos Ministros não guarda tal compatibilidade. Ao não se respeitar esse importante limite em torno da literalidade do texto, lembrado por praticamente todos os autores que tratam das mutações constitucionais, a autonomia hermenêutica do texto interpretado restou violada, pois o ato interpretativo introduziu um sentido de maneira sub-reptícia no art. 52, X, ao invés de ter extraído tal sentido dele.

Além disso, se é verdade que o art. 52, X encontra-se obsoleto, não menos é notório o fato de que o próprio STF vem, sistematicamente, violando o mesmo dispositivo, ao não respeitar a atuação do Senado Federal.⁴⁹⁹ Essa postura do STF decorre do caráter obsoleto da norma em questão ou o art. 52, X tornou-se obsoleto também por causa da atuação do STF? Acredita-se que a segunda provocação é a mais correta. De fato, as inovações legislativas em torno da repercussão geral no recurso extraordinário e da súmula vinculante serviram para mitigar a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Tal mitigação afigura-se legítima, à medida que efetivada pelo próprio Poder Legislativo.

⁴⁹⁸ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 9-11.

⁴⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. Ob. cit. p. 16.

No entanto, o que deveria ter sido uma mitigação passa a ser vista por aqueles Ministros como algo capaz de enterrar por completo o art. 52, X. Tal tese é incorreta, pois, mesmo diante dessas mudanças legislativas, há situações não regulamentadas, incapazes de serem alcançadas através da mera mutação proposta. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem desenvolvida Martonio Mont´Alverne, Lenio Streck e Marcelo Cattoni:

Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, *uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula* (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar *em efeito vinculante*). E súmula não é igual a controle concentrado.⁵⁰⁰ (destaques no original)

Percebe-se como o advento da súmula vinculante não tem o condão de avalizar a tese sobre a mutação proposta. Nos moldes da citação transcrita, como admitir que uma única decisão proferida no controle difuso, por 6 a 5, seja dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante se nem mesmo seria possível aprovar uma súmula vinculante a partir de tais condições? Não é possível chegar a tais conclusões a partir da interpretação constitucional, levando em conta as regras constitucionais vigentes.

Ao se admitir como correta a mutação, apresentar-se-ia uma outra espécie de decisão vinculante, criada exclusivamente pela via interpretativa. Assim, além das súmulas vinculantes, corretamente criadas pelo Poder Legislativo, contando com norma constitucional e Lei regulamentadoras específicas, o mesmo tendo ocorrido com o instituto da repercussão geral, ter-se-ia como vinculantes as decisões proferidas no controle difuso pelo STF, sem qualquer regulamentação que viesse preencher os diversos inconvenientes em torno dessa inovação.

Assim, a par das mudanças legislativas que, de fato, mitigaram a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade, tem-se a atuação do STF também nesse sentido, contribuindo para a caracterização do art. 52, X como obsoleto. Ora, se o STF também contribuiu para tal descaracterização do papel do Senado, não pode esta Corte agora, através de mutação constitucional, declarar o referido caráter obsoleto, sob pena de se estar incorrendo num comportamento contraditório.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Ob. cit. p. 10.

⁵⁰¹ Nesse sentido, partindo da busca pelo respeito à tradição, presente no voto do Ministro Eros Grau e chegando no caráter “obsoleto” do art. 52, X, tem-se que, ainda segundo Martonio Mont´Alverne, Lenio Streck e Marcelo Cattoni: “se o texto ‘mutado’ é obsoleto - como textualmente diz o Min. Eros Grau - como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega a conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado – e ratificado em 1988 – o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando,

Por todo o exposto, a mutação proposta se afigura como uma clássica mutação inconstitucional, diferentemente do que sustenta o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Eros Grau. O aprimoramento do controle de constitucionalidade, notadamente o difuso, não pode ser levada a cabo, no ponto, pelo STF. Reconhecendo-se que o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade merece ser repensado, tal análise cabe ao próprio Poder Legislativo, por expressa disposição do Constituinte Originário, que utilizou, expressamente o verbo “suspender” e não “publicar”, no texto do art. 52, X.

Feitas todas essas considerações, não há como discordar de Jellinek, quando este afirma que “la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la de las reformas constitucionales”.⁵⁰² Ante a riqueza muito mais sociológica que jurídica das mutações, abrindo o estudo jurídico para a realidade dos fatos, tem-se um desafio dos mais enriquecedores para o jurista, sendo um privilégio intelectual poder se debruçar sobre tais temas.

Por tudo que foi apresentado, percebe-se que as mutações constitucionais são importantes instrumentos em prol da atualização do texto constitucional. Seja através da interpretação, dos costumes ou de qualquer outro meio difuso, as mutações corrigem o natural e inevitável descompasso entre a realidade e a normatividade positivada, sem alterar o texto da Constituição.

Como instrumento das mutações, a interpretação joga importante papel no deslinde do sentido e alcance das expressões jurídicas, notadamente as constitucionais. No entanto, ela também pode se converter em instrumento das mutações inconstitucionais, quando o intérprete desrespeita a literalidade e autonomia da forma representativa interpretada. Desse modo, respondendo à questão posta na introdução deste texto, tem-se uma verdadeira mutação inconstitucional do art. 52, X, ante a flagrante violação da literalidade de tal dispositivo.

Em síntese, as diversas inconveniências em torno da mutação proposta, são: 1) a violação à autonomia e à literalidade do art. 52, X; 2) a falta de regulamentação sobre diversos pontos importantes (qual a maioria de votos necessária para se conceber a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante nas decisões proferidas no controle incidental; a possível participação de *amicus curiae*, como forma de dar mais legitimidade ao julgamento;

assim, trazer para o debate - acerca da (in)validade de um texto normativo – o Poder Legislativo, *único que pode tratar do âmbito da vigência*, providência necessária para dar efeito *erga omnes* à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial?” Ob. cit. p, 25. Esses brilhantes questionamentos apresentam ainda mais inconvenientes em face da mutação proposta. Esses problemas são típicos quando se tem a atuação de um Poder além dos limites constitucionalmente estabelecidos, sendo justamente isso que ocorre com o STF no ponto em estudo.

⁵⁰² JELLINEK, Georg. Ob. cit. p, 7.

consequências da falta de comunicação do STF ao Senado para que este publique a decisão; consequências da falta de publicação da decisão pelo Senado, uma vez regularmente notificado; eventual prazo para tal publicação; dentre outros); 3) o desrespeito à separação e à harmonia entre os Poderes; 4) a transformação do STF numa espécie de contínuo Poder Constituinte Originário; e 5) a crença de que o Poder Judiciário é o “principal”. Tais problemas, portanto, levam a crer que a mudança pretendida só poderia mesmo ser efetivada através de Emenda à Constituição, ou seja, formalmente.

Roga-se, assim, que os demais Ministros do STF, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335, mostrem-se sensíveis a esses vários problemas apontados neste texto e reafirmados nesta conclusão, os quais não serão satisfatoriamente respondidos somente através da atuação do Poder Judiciário. É imprescindível a participação do Poder Legislativo no ponto.

CONCLUSÃO

A abstrativização levada a cabo pelo STF, com visto, não é uma tendência de todo inconstitucional, quando analisada na vertente em que admite a modulação temporal da declaração de nulidade da lei inconstitucional no controle concreto exercido pela Corte. Como se trata de exercício de um juízo de ponderação, não há que se falar em inconstitucionalidade em tal postura, pois a Constituição não precisa dispor expressamente sobre a forma de se superar as tensões principiologicas por ela não previstas.

Por outro lado, quando a abstrativização pretende equiparar a eficácia *erga omnes* ou o efeito vinculante, tem-se uma postura flagrantemente contrária ao art. 52, X da Constituição, inferiorizando o papel do Senado Federal. Desse modo, a abstrativização levada a cabo pelo STF, nessas duas vertentes últimas, não está de acordo com a Constituição.

Reconhecendo-se esse excesso, tem-se que os direitos fundamentais os quais se busca proteção através da tendência não têm o condão de excluir a norma constante no citado art. 52, X, de modo que, no ponto, há a necessidade de intervenção do Poder Legislativo, a fim de regulamentar as diversas consequências que a abstrativização trás consigo.

De igual modo, analisando a abstrativização levada a cabo pela súmula vinculante, deve-se reconhecer os excessos do STF quando edita uma súmula com flagrante desrespeito ao art. 103-A da Constituição. Assim, mesmo reconhecendo a constitucionalidade daquele dispositivo constitucional introduzido pela EC nº 45/2004, o desrespeito ao procedimento de edição da súmula ou ao conteúdo da mesma, quando conflitante com a Constituição, gerará uma súmula vinculante inconstitucional, seja formal ou materialmente. Cabe ao Poder Legislativo, nessas hipóteses, impor-se através de decreto legislativo que suste tal súmula, nos termos do art. 49, XI da Constituição, como forma de reequilibrar os Poderes.

Também há excesso da Corte quando se pretende, a título de uma pretensa mutação constitucional, praticamente excluir o Senado Federal do controle de constitucionalidade, em flagrante ofensa à literalidade do art. 52, X da Constituição. Os limites da mutação constitucional, apesar de difíceis de serem concebidos, certamente estão adstritos ao que disposto no texto da Constituição, não sendo lícita interpretação judicial que tente alterá-lo, pois tal função deve ser exercida pelo poder constituinte derivado.

Feitas essas considerações gerais, passar-se-á a analisar as conclusões específicas de cada capítulo, nos seguintes termos.

No primeiro capítulo, concluiu-se que: 1) a expressão jurisdição constitucional comporta pelo menos quatro acepções, relacionadas somente ao controle abstrato, ao controle

abstrato e ao concreto, à jurisdição constitucional das liberdades ou a qualquer processo em que se aplique uma norma constitucional; 2) como no Brasil qualquer juiz pode exercer o controle de constitucionalidade, qualquer juiz exerce jurisdição constitucional, e não somente o STF; 3) o direito processual constitucional é o conjunto de regras e princípios voltados para os processos em que se aplica qualquer norma constitucional, numa acepção ampla, ou para os processos voltados para o controle de constitucionalidade, numa acepção restrita; 4) o direito constitucional processual, por outro lado, é o conjunto de regras e princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual civil, penal e trabalhista; 5) a justiça constitucional é o fim da jurisdição constitucional, podendo também ser concebida sob o aspecto orgânico, formada por todos os órgãos encarregados de aplicar a Constituição; 6) a jurisdição constitucional em países como Espanha, Portugal e Alemanha apresentam particularidades diferenciadoras do modelo brasileiro, como a existência de Cortes Constitucionais fora do Poder Judiciário, composta por membros eleitos e com mandato definido. O modelo português aproxima-se do brasileiro ao prever também o controle difuso, diferentemente do modelo alemão e espanhol, através dos quais há um monopólio do controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.

No segundo capítulo, concluiu-se que: 1) a ideia ínsita ao controle de constitucionalidade, que determina a observância que as normas inferiores têm de ter em relação às normas superiores, é muito mais antiga que o precedente *Marbury versus Madison*, de 1803; 2) a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil teve com a Constituição de 1934 seu maior avanço desde então, tendo em vista a criação do mandado de segurança, da competência específica do Senado Federal em suspender a eficácia da lei declara inconstitucional, da cláusula de reserva de plenário e a criação da representação interventiva; 3) no entanto, logo em seguida operou-se verdadeiro retrocesso, com a Constituição de 1937, através da qual se criou um mecanismo de anticontrole de constitucionalidade cujo objetivo era constranger o Poder Judiciário, realizando uma emenda à Constituição por via oblíqua, já que se cassava uma decisão do STF através de um procedimento mais dificultoso que a aprovação de uma Emenda Constitucional; 4) com a Constituição de 1988, a ampliação do controle abstrato foi amplamente realizada, com o aumento no número de legitimados para a propositura da ADI e a criação da ADPF e da ADI por omissão; 5) Em seguida, as Emendas Constitucionais n.ºs. 03/1993 e 45/2004 complementaram tal avanço, com a criação da ADC e do efeito vinculante pela primeira, e da repercussão geral no RE e da súmula vinculante pela segunda.

No terceiro capítulo, concluiu-se que: 1) abstrativização do controle concreto de constitucionalidade consiste na atribuição de eficácia *erga omnes*, de efeito vinculante ou da modulação temporal da declaração de nulidade da lei inconstitucional, características ínsitas do controle abstrato, ao controle concreto exercido pelo STF; 2) a teoria dos motivos determinantes, apesar de pretendida pelo legislador, não foi objetivamente prevista na lei, sendo o efeito vinculante ligado ao dispositivo da decisão do STF; 3) a modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a nulidade da lei inconstitucional respalda-se na Constituição, à medida que se trata da realização de uma ponderação, a fim de superar a tensão entre o princípio da nulidade da lei e da segurança jurídica ou qualquer outro interesse social relevante.

No quarto capítulo, concluiu-se que: 1) a abstrativização protege a isonomia, a segurança jurídica e a força normativa da Constituição, à medida que decisões divergentes em matéria constitucional, ocorrentes em sistemas de controle de constitucionalidade jurisdicional misto, enfraquecem tais princípios; 2) de igual modo, a abstrativização favorece à razoável duração do processo, principalmente tendo em vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões, cujo descumprimento autoriza a interposição de reclamação constitucional; 3) por outro lado, tal proteção demanda a intervenção do Poder Legislativo, de modo que a abstrativização levada a cabo pelo STF, à exceção da aplicação da modulação temporal, não encontra guarida no texto constitucional.

No quinto capítulo, concluiu-se que: 1) a separação de Poderes demanda uma verdadeira cooperação entre os Poderes estatais para a consecução dos fins públicos, não havendo que se conceber uma divisão estanque e rígida entre eles; 2) súmula vinculante não infringe a separação de poderes, pois não tende a abolir a função legislativa do Poder Legislativo, nem viola o princípio da independência do juiz, pois este pode deixar de aplicá-la fazendo a devida distinção entre os casos; 3) não há, necessariamente, déficit democrático na edição da súmula vinculante, cujo procedimento pode contar com a oitiva dos *amici curiae*; 4) por outro lado, uma súmula vinculante cuja edição não respeite os ditames constitucionais do art. 103-A da Constituição é inconstitucional, formal ou materialmente, cabendo ao Poder Legislativo preservar sua função normativa e restabelecer a harmonia entre os Poderes; 5) assim, é lícito ao Congresso Nacional sustar tal súmula vinculante, através de decreto legislativo, com fundamento no art. 49, XI da Constituição; 6) tal postura não viola a separação de Poderes, pois foi o STF quem se excedeu ao editar uma súmula em flagrante ofensa ao art. 103-A da Constituição, desrespeitando os estreitos limites impostos pelo constituinte derivado para a admissão da excepcional função normativa geral da Corte; 7) não

se trata da ressurreição de um mecanismo de anticonrole de constitucionalidade, pois, com a sustação da súmula vinculante, as decisões judiciais que ensejaram sua edição, se existirem, restarão incólumes.

No sexto capítulo, concluiu-se que: 1) a mutação constitucional é um poderoso instrumento de atualização do texto constitucional, quando respeita a literalidade do texto e é utilizada, principalmente, para suprir as omissões constitucionais; 2) a interpretação pode ser utilizada como instrumento da mutação inconstitucional, entendendo-se esta como uma mutação que vai além da literalidade prevista no texto; 3) a mutação do art. 52, X da Constituição, como proposta por parte dos Ministros do STF viola a literalidade de tal dispositivo, bem como a autonomia hermenêutica do texto interpretado, cabendo ao Poder Legislativo deliberar sobre um possível novo papel do Senado no controle concreto exercido pelo STF; 4) quando o STF diz que tal dispositivo é obsoleto e sofreu mutação por conta disso, tem-se um verdadeiro *venire contra factum proprium* da Corte, pois esta contribui para o envelhecimento precoce de tal dispositivo ao propor tal mutação, ao invés de respeitar o comando inserto no art. 52, X; 5) a proposta de mutação constitucional pretendida pelo STF, se efetivada após o julgamento da Rcl 4335/AC, acarretará diversos inconvenientes relacionados à falta de regulamentação legislativa de várias especificidades que surgirão.

Assim, a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* ou a previsão de publicação do dispositivo da decisão no Diário Oficial da União, para fins de conhecimento geral, nos casos de decisões proferidas no controle concreto dotadas das qualidades do controle abstrato, ficariam ao livre arbítrio da Corte, já que não há previsão legislativa a respeito. Ocorre que o foro específico para tais deliberações é o Parlamento, pois, não fosse assim, não haveria razão para a edição da Lei 9.868/99, que prevê os mencionados expedientes somente para as decisões proferidas no controle abstrato.

Se o Parlamento dispôs sobre esses caracteres do controle abstrato exercido pelo STF, com muito mais razão deve deliberar sobre a possível extensão dessas características ao controle concreto exercido pela Corte.

Conclui-se, portanto, assentando o manifesto excesso do STF na edição de súmulas vinculantes inconstitucionais e na proposta de mutação constitucional do art. 52, X, pretendida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005.

_____. *A nova separação dos poderes*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Paz e Terra, São Paulo: 1991.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BAROSSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo nº 240 (Abril/Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BASTOS, BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BINENBJOM, Gustavo. *A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da Lei nº 9.868/99*. In.: *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *O controle da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Ciência política*. 10ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity – from civic friendship to a global legal community*. Tradução para o inglês de Jeffrey Flynn. Massachusetts: MIT Press, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 1999.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora SAFE, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista diálogo jurídico*. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 5, agosto de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de setembro de 2009.

COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 24. Jan./Dez./2005. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2005.

CÔRTEZ, Oscar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Arquição de descumprimento de preceito fundamental*. In.: *Ações constitucionais*. Org.: DIDIER JR., Fredie. 3ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. *Controle de constitucionalidade. Teoria e prática*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil vol. I – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil vol. III – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN e da ADC*. In.: *Ações constitucionais*. 3ª Ed. DIDIER JR., Fredie (Org.). Salvador: Jus Podivm, 2008.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

FERNANDES, André Dias. *A eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. Série Jurídica Max Limonad nº 1. 1ª Ed, 1986.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. São Paulo: RT, n. 141, nov. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda, 2007.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Editora RCS, 2005.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Safe, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación dela constitución*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. 1ª Ed., São Paulo: Martin Claret.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 3ª ed. Tradução de Leandro Farina. Sorocaba/SP: Editora Minelli, 2006.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Segurança jurídica e a questão da hierarquia da lei complementar*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 25. Jan./Dez./2006. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo LXXVIII*. In: *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

_____. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luis Guilherme. *Relativizar a coisa julgada material?* Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(4)%20-formatado.pdf). Acessado em: 08 de outubro de 2009.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos Constitucionais do Processo – sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle de convencionalidade das leis*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 04/12/2009.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. *Direito processual constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo, Malheiros: 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Carla Marchese Moreira de. *O controle de constitucionalidade na Itália – breves considerações*. p, 4. Disponível em http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/CD_Nepjur/pdf/controle.pdf. Acessado em 08/11/2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 - Tomo IV*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1967.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

NICZ, Alvair Alfredo; KORIKOSKI JUNIOR, Antônio Cláudio. *O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes*. In: Rio de Janeiro: Revista Forense, novembro/dezembro de 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: SAFE Editor, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

_____. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Versão para eBook: eBooksBrasil.com. Fonte Digital: www.jahr.org. Copyright: Domínio Público.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no Controle de Constitucionalidade*. IN.: *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

_____. *A igualdade ético-racial no Direito Constitucional brasileiro: discriminação “de fato”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In: *Livres e iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La jurisdicción constitucional en España*. Madri: Editora Dykinson, 1984.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. in *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril de 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.) *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acessado em: 21 de março de 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Nova Lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Vol. I. 3ª ed. New York: Fundation Press, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Uma Nova “Uniformização de Jurisprudência”: Comentários ao §1o. do Art. 555, CPC*. Disponível em: <http://www.cursojorgehelio.com.br>. Acessado em 24/10/2009.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Ação rescisória em matéria constitucional*. In: *Interesse público*, v. 3, n. 12, p. 46-65, out./dez. 2001. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/15335/public/15335-15336-1-PB.pdf>. Acessado em 8 de outubro de 2009.