



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A objetivação do controle difuso

Marcela Figueiredo Bechara Ferro

Rio de Janeiro
2010

MARCELA FIGUEIREDO BECHARA FERRO

A objetivação do controle difuso

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

MARCELA FIGUEIREDO BECHARA FERRO

Graduada pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.
Advogada.

Resumo: A histórica inclusão de dois sistemas de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro pode estar chegando ao seu fim, em virtude da nova tendência do Supremo Tribunal Federal em garantir eficácia *erga omnes* as suas decisões proferidas em controle concreto, situação que atenua consideravelmente a distinção entre as duas formas de exercício do controle da Constituição. A essência do trabalho é justamente analisar as duas espécies de controle de constitucionalidade, as modificações introduzidas pela jurisprudência em ambas, abordando, principalmente, os benefícios e malefícios que a nova tendência do Supremo em estender a eficácia *erga omnes* ao controle difuso que podem causar aos indivíduos e seus direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Controle de Constitucionalidade. Eficácia *erga omnes*. Controle difuso.

Sumário: Introdução. 1. Controle de Constitucionalidade. 1.1. Conceito e Pressupostos. 1.2. Espécies de Controle de Constitucionalidade. 1.2.1. Controle Difuso e Controle Incidental. 1.2.2 Controle Concentrado e Controle Por Via de Ação. 2. As Inovações Aplicadas ao Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 3. A Objetivação do Controle Difuso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a questão do controle de constitucionalidade a luz da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, inicialmente foi necessário discorrer sobre as principais espécies de controle de constitucionalidade existentes no ordenamento jurídico mundial, fixando suas principais características e destacando suas diferenças para se concluir que o sistema brasileiro adota um modelo de controle misto de constitucionalidade, visto que admite tanto o

controle na forma difusa, de inspiração norte-americana, como o controle na forma concentrada, criada e difundida por Kelsen na Áustria.

A partir da conceituação tradicional das espécies de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, partiu-se para a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é órgão competente para declarar ou não a constitucionalidade de atos normativos, sendo essa a sua função precípua conhecido usualmente como sendo o guardião da Constituição.

Pela análise dos novos posicionamentos do Supremo sobre o tema pode-se perceber uma mitigação na conceituação tradicional dos institutos. Daí a importância em destacar as principais inovações trazidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, o que será feito após a análise da forma tradicionalmente conhecida de controle.

Em sede de controle difuso, é necessário destacar que a Suprema Corte passou a entender, contrariamente ao que entende a maior parte da doutrina, ser possível atribuir eficácia *ex nunc* as decisões proferidas em controle incidental. Diz-se contrária a doutrina, visto que ontologicamente sempre se atribuiu a essa espécie de controle decisões com eficácia retroativa. Permite-se, assim, a partir da análise de diversos precedentes do Tribunal Superior, a modulação de efeitos também em controle difuso, situação essa até então exclusiva do controle concentrado.

Também em sede de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal passou a entender ser cabível e possível a atribuição de eficácia *ex tunc* as resoluções editadas pelo Senado Federal que objetivam a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional pela Corte. Mais uma vez demonstra-se o afastamento do conceito tradicional do controle difuso, visto que sempre se entendeu que a natureza da Resolução do Senado Federal seria *ex nunc*.

Destaca-se também a possibilidade do exercício do controle judicial preventivo, permitindo-se a atuação do Judiciário quando a lei ainda está em tramite nas Casas

Legislativas. Assim, tanto projetos de lei como projetos de emenda constitucional que violem preceitos constitucionais podem ser atacadas pelo parlamentar, por meio do mandado de segurança a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que se entender pertinente as alegações trazidas no *mandamus*, fulmina os referidos atos normativos antes mesmo de sua aprovação na forma do processo legislativo constitucional. Retrata-se, dessa forma, uma inovação diante da concepção usual que permitia apenas o controle preventivo político, afastando a possibilidade de ingerência do Judiciário antes da aprovação de qualquer ato normativo.

Também foram significativas as modificações implementadas pelo Supremo em sede de controle concentrado.

A exigência da chamada pertinência temática trouxe ao controle abstrato mais um requisito a ser observado pelos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal ao propor a ação direta de inconstitucionalidade ou declaratório de constitucionalidade. Assim, não basta que haja permissão constitucional para a atuação do legitimado, é necessário ainda demonstrar que há interesse direto no julgamento da demanda proposta.

O Supremo Tribunal Federal vem adotando em seus julgamentos a teoria da transcendência dos motivos determinantes, o que acarreta no rompimento da tradicional ideia pela qual apenas a parte dispositiva da decisão vincula as partes, visto que se passou a entender que as razões determinantes também possuem eficácia vinculante. A adoção da referida teoria amplia a eficácia das decisões sobre controle proferidas por aquela Corte.

Também se pode destacar como outra inovação trazida pelo Supremo em sede de controle concentrado a chamada inconstitucionalidade por arrastamento ou atração também chamada de inconstitucionalidade conseqüente de preceitos não impugnados. Aqui excepciona-se o princípio da correlação, permitindo-se um julgamento *extra petita*, visto que o Supremo Tribunal Federal não está adstrito aos pedidos feitos na inicial, podendo considerar

inconstitucionais outros preceitos normativos relacionados com aqueles considerados inconstitucionais pelo legitimado-autor.

Por fim, por ser a principal mudança em sede de controle de constitucionalidade, a objetivação do controle difuso, será ela tratada em destaque, visto que ela rompe de forma radical com a tradicional doutrina sobre o tema. Isso porque se permite que a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de controle difuso tenha eficácia *erga omnes*, independentemente da edição de Resolução pelo Senado Federal que a editando apenas daria publicidade a decisão da Suprema Corte.

Diante das diversas inovações no tratamento do controle de constitucionalidade, percebe-se a necessidade de examinar até que ponto elas são benéficas para o sistema de controle brasileiro. É hora de analisar se não podem trazer uma força, um poder exacerbado ao Supremo Tribunal Federal, rompendo com o princípio da separação dos poderes e até mesmo com o princípio democrático.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 CONCEITO E PRESSUPOSTOS

O controle de constitucionalidade pode ser definido como sendo aquele pelo qual um determinado poder com legitimidade para tal, analisando um ato normativo diverso da constituição, pugna pela sua compatibilidade ou não com as premissas constitucionais

MENDES (2007). Em apertada síntese, sem fazer qualquer tipo de distinção entre os modelos de controle existentes, pode-se conceituar o tema dessa forma.

Para que seja possível imaginar a aplicação de um modelo de controle de constitucionalidade, qualquer que seja a sua espécie, é necessário que sejam identificadas duas premissas: a supremacia e a rigidez constitucional e um requisito: a atribuição de competência a um órgão para o exercício do controle. Nada mais natural a existência de referidas premissas, se considerarmos que a razão de ser do controle é justamente a preservação da Constituição que, para tanto, deve estar localizada em um patamar de grande relevância no ordenamento jurídico MENDES (2007).

Assim, a supremacia da Constituição “revela a sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis” LENZA (2008, p. 117). Em virtude desse escalonamento normativo, a Constituição se situa no grau máximo da hierarquia normativa, figurando como fundamento, norma de validade para os demais atos normativos do sistema. E assim o é, justamente porque é na Constituição que se encontram a estruturação do Estado e a organização de seus órgãos, além de normas fundamentais aos indivíduos e a sociedade como um todo. Portanto, a partir desse princípio surge a necessidade de compatibilização vertical, ou seja, as normas infraconstitucionais devem guardar coerência formal e material com a norma maior que as fundamenta, a Constituição, sob pena de não poder subsistir validamente dentro do ordenamento jurídico.

Também é pressuposto lógico para a possibilidade de existência do controle de constitucionalidade a rigidez constitucional. Para que a Constituição possa figurar como parâmetro de aferição de validade das demais normas, deve ter um processo de elaboração diverso delas, mais elaborado e também a sua modificação deve obedecer a requisitos mais dificultosos do que as mudanças efetivadas nos demais atos infraconstitucionais. Se não fosse assim, nenhuma diferença haveria de ter entre a Constituição e as demais normas jurídicas.

Por fim, a existência de um órgão responsável para realizar o controle também se mostra indispensável para que se possa aferir a validade de normas. Ainda que possa haver a atribuição a mais de um órgão para o exercício de referida função, a sua inexistência inviabiliza qualquer possibilidade de implantação de um sistema de controle de constitucionalidade MENDES (2009).

A partir dessas premissas surgiram no ordenamento jurídico mundial, basicamente dois modelos de controle: o dito concentrado, tendo como precursor Hans Kelsen e o difuso, criado a partir do caso *Marbury x Madison* nos Estados Unidos.

1.2 ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste sub-tópico serão analisados apenas as formas de controle quanto ao órgão judicial que o exerce e quanto ao modo de controle: difuso ou concentrado e por via incidental ou por via principal.

Pode-se afirmar que o *leade case* em matéria de controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, em meados de 1800, no conhecido caso *Marbury x Madison*.

Nele a Suprema Corte norte-americana proferiu a primeira decisão acerca de seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis que em sua concepção feriam os postulados constitucionais.

A partir dela consolidou-se o entendimento pelo qual deveria haver um controle de constitucionalidade baseado no princípio da supremacia da constituição, na subordinação de todos os Poderes estatais a ela, bem como os indivíduos em geral e na competência do

Judiciário como seu intérprete e guardião, podendo invalidar os atos que sejam com ela incompatíveis MORAES (2010).

Surgia, assim, o controle dito difuso, ou seja, aquele que assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei ao caso concreto, o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a Constituição.

Já o controle concentrado, teve como principal mentor Hans Kelsen e foi instalado, inicialmente na Áustria, em 1920. Para Kelsen a fiscalização da validade das normas deveria ficar a cargo de uma Corte Constitucional e não de todos os integrantes do Poder Judiciário, conforme o modelo norte-americano. Ademais, a questão da constitucionalidade deveria ser analisada não diante de casos concretos levados ao Judiciário, mas sim de forma genérica, observando as leis que lesam os postulados Constitucionais sem se analisar em qual situação concreta tal fato ocorre BARROSO (2006).

A existência desses dois modelos não significa que a adoção de um exclui a possibilidade de manejo do outro. Apesar de muitos ordenamentos jurídicos optarem por somente uma das formas expostas, há países que adotam o sistema dito misto, ou seja, congregam em sua estrutura jurídica a possibilidade de controle difuso e concentrado, como ocorre no Brasil.

1.2.1 CONTROLE DIFUSO E O CONTROLE INCIDENTAL

Em regra, o controle difuso é realizado pela via incidental. A partir da regra geral é que será desenvolvido esse tópico. Ademais, o controle difuso e incidental é do tipo

repressivo porque realizado após a elaboração da norma, quando ela já está em vigor no ordenamento jurídico e judicial, visto que realizado pelo Poder Judiciário.

O controle difuso ou concreto de inconstitucionalidade surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da República, na Constituição de 1891. A partir desse momento as Constituições posteriores avançaram, retrocederam até formar a base de controle como é conhecida atualmente ALEXANDRINO (2009).

Diz-se que o controle é difuso quando se possibilita a todo e qualquer juiz ou Tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e a sua não aplicação a determinado caso concreto.

O juízo de primeiro grau possui uma maior plenitude, nas palavras de Luis Roberto Barroso, de negar a aplicação de uma norma que considera inconstitucional BARROSO (2006).

Os Tribunais, em sua maioria, dividem-se em órgãos fracionários, comumente denominados de câmaras ou turmas, com competências expressas em seus regimentos internos, normalmente em razão da matéria. Quando uma apelação ou outro recurso chega ao órgão fracionário para a sua análise, e há alguma argüição, reconhecimento de inconstitucionalidade ou se referido órgão entender que há, de fato, uma norma inconstitucional, não poderá livremente afastar a sua aplicação no caso concreto. Carece de competência para tal, em virtude do artigo 97 da Constituição Federal (CRFB) que consagra a chamada “cláusula de reserva de plenário”.

Por esse princípio, é vedado aos órgãos fracionários dos Tribunais, câmaras ou turmas, manifestarem-se pela inconstitucionalidade de uma norma jurídica. Somente é permitido que eles confirmem a validade da norma, não o contrário. A não ser que já tenha havido decisão do pleno do próprio tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em controle incidental ou principal, sobre a inconstitucionalidade, caso em que poderá

aplicar o entendimento sem a necessidade de remeter a questão ao pleno ou órgão especial por uma questão de aplicação dos princípios da economia processual e da segurança jurídica MENDES (2009). Considerando que há a mácula da incompatibilidade com a Constituição, os órgãos fracionários devem remeter a questão ao pleno ou ao órgão especial, esses sim com competência para afastar a norma ao caso concreto em virtude da inconstitucionalidade, se a maioria absoluta dos seus membros assim se posicionar. Após a decisão sobre essa questão, a análise do mérito retorna aos órgãos fracionários para que profiram o respectivo acórdão.

Daí se depreende que a reserva do plenário se limita a transferir a questão da apreciação da constitucionalidade da norma dos órgãos fracionários ao pleno ou órgão especial, permanecendo com os primeiros a competência para apreciar o mérito da demanda. Opera-se, assim, uma cisão funcional de competência MORAES (2010).

Ademais, após a manifestação do pleno ou do órgão especial, os órgãos fracionários devem seguir a sua orientação de forma integral, decidindo de acordo com o que ficou consignado. Se a decisão assentou a constitucionalidade da lei, a decisão das câmaras ou turmas deve ter como base a validade da norma concreta. Ao contrário, posicionando-se no sentido da inconstitucionalidade do ato normativo, os órgãos fracionários devem proferir decisão afastando a aplicação da norma ao caso analisado. Não há qualquer margem de discricionariedade, cumprindo aos órgãos fracionários consignarem em suas decisões o que foi resolvido pelo pleno ou órgão especial.

Em verdade, a regra do artigo 97 da CRFB destaca-se como uma condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público MENDES (2009).

A primeira Constituição a prever a reserva de plenário foi a de 1934 e a partir dela todas as subseqüentes passaram a tê-la em seu corpo normativo BARROSO (2006).

A razão de ser desse princípio reside em outro princípio, o da presunção de constitucionalidade das leis, visto que sendo a norma um produto do Poder Constituinte Derivado, votado e eleito pelo povo, e, assim, seu representante legítimo, inicialmente, ela retrata e espelha os mandamentos constitucionais. Por óbvio essa presunção é relativa, daí ser possível o exercício do controle de constitucionalidade.

Não poderia ser de outra forma. Quando a norma é elaborada pelo Legislativo no exercício de sua função típica, respeitando o processo legislativo firmado na Constituição, previsto no artigo 60 e seguintes, presume-se que há a compatibilidade material com os preceitos constitucionais. Inverter a presunção é fulminar a legitimidade do legislador, é desabonar a sua função, o que por óbvio lesaria o princípio da separação dos poderes.

Como afirmado anteriormente, o controle difuso, em regra é realizado pela via incidental.

Assim, proposta uma demanda perante o Judiciário, todos os seus órgãos tem o poder-dever de apreciar a alegação de inconstitucionalidade da norma na qual se baseia a relação jurídica controvertida e também possuem a prerrogativa de reconhecer tal vício de ofício, visto que se deve sempre resguardar os postulados constitucionais.

Portanto, o controle é exercido concretamente em um processo subjetivo, com partes, causa de pedir, pedido, respeitando o devido processo legal.

A questão constitucional é a causa de pedir no processo e não o próprio pedido, já que do contrário se estaria pretendendo pela via oblíqua o exercício de um controle concentrado, que obedece a regras próprias, o que não é admitido. Sendo assim, a decisão que se fundamenta na inconstitucionalidade de um ato normativo é atingida pela coisa julgada material, mas não a questão constitucional em si. Nem o fundamento da decisão e nem a solução de uma questão prejudicial integram os limites objetivos da coisa julgada LENZA (2008).

No momento em que se julga afirmando que a lei ou outro ato normativo que embasava determinada relação jurídica ou um estado de fato é inconstitucional, a decisão produz efeitos pretéritos, atingindo a norma desde a sua edição porque maculada de vício de nulidade. Daí se afirmar que em sede de controle incidental a eficácia da decisão é *ex tunc*.

Obviamente se considerarmos que o vício de inconstitucionalidade atinge o plano de validade da lei, a nulidade presente na norma afeta também, neste caso, o seu plano de eficácia, deixando-a desprovida de força vinculativa. Assim, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade além de ter natureza declaratória tem o condão de retroagir ao momento da vigência da norma, fulminado-a *ab initio* ALEXANDRINO (2009).

Não é possível que se permita que uma norma inconstitucional tenha o condão de gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis por completa deturpação do corolário da supremacia da Constituição.

Ademais, os efeitos da decisão, como regra, somente atingem as partes envolvidas no processo, portanto a eficácia é *inter partes*.

Mas há uma hipótese em que é possível a extensão de efeitos além das partes envolvidas na demanda, mesmo em se tratando de controle difuso.

Após a solução da demanda com a sua análise pelo Tribunal competente, é possível o manejo do recurso extraordinário, observados os requisitos necessários previstos no diploma processual, levando ao conhecimento do STF a questão da inconstitucionalidade de determinado ato normativo.

Aqui, o STF realizará também o controle difuso pela via incidental e, assim, também deve observar a já explicada reserva de plenário, expressa no artigo 97 da CRFB. Portanto, declarada a inconstitucionalidade do ato normativo pelo STF, desde que a decisão tenha sido deliberada pela maioria absoluta do pleno do Tribunal e seja definitiva, ou seja, com trânsito

em julgado, será comunicada a decisão ao Senado Federal para fins de aplicação do artigo 52, X da CRFB MENDES (2007).

O mencionado artigo afirma ser da competência privativa do Senado Federal, por meio da edição de Resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do STF. A lei a que se refere o artigo pode ser federal, estadual, municipal ou distrital. Aqui, se dará a decisão proferida em controle concreto pelo STF eficácia *erga omnes*, ampliando os efeitos até então entre as partes do processo.

Algumas observações devem ser feitas sobre o tema.

Quando o artigo 52, X da Constituição Federal afirma que pode o Senado Federal suspender no todo ou em parte a lei declarada inconstitucional pelo STF, deve-se entender que a norma não autoriza o Senado a ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF LENZA (2008). Assim, se a decisão do STF foi no sentido de considerar toda a lei inconstitucional, não cabe ao Senado suspender parcialmente a eficácia da lei. A suspensão deve corresponder ao que foi decidido pela Suprema Corte.

Ademais, o Senado Federal não está compelido a suspender a eficácia da norma considerada incompatível com a Constituição pelo STF. A sua atuação está amparada na discricionariedade, cabendo ao Senado analisar os critérios de conveniência e oportunidade na suspensão do ato normativo, visto que se trata de ato político. Justamente por se tratar de ato político, não é possível que se fixe prazo ao Senado para que efetive a suspensão.

Entendendo o Senado Federal que a decisão do STF pela inconstitucionalidade da norma está correta, devendo suspender a sua execução, como já afirmado, essa suspensão atingirá a todos, mas seus efeitos somente se produzem a partir da publicação da resolução. Assim, os efeitos da resolução suspendendo a eficácia da norma se operam *ex nunc*, não retroagindo desde a vigência da lei.

Em apertada síntese, o controle dito difuso e incidental é aquele pelo qual qualquer órgão do poder Judiciário, respeitada a cláusula de reserva de plenário, ao analisar um caso concreto, julga determinada lei inconstitucional, produzindo essa decisão efeitos restritos as partes do processo. Entretanto, chegando a matéria ao conhecimento do STF por meio do recurso extraordinário, e entendendo a Corte que a norma é inconstitucional, também se observando a reserva de plenário, deve comunicar ao Senado Federal que poderá suspender a eficácia do ato normativo proferido por qualquer dos três níveis de poder.

1.2.2 CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE POR VIA DE AÇÃO (OU PRINCIPAL)

Assim como o controle difuso e incidental, o concentrado e por via de ação é repressivo e judicial, visto que realizado após a elaboração e vigência da norma pelo Poder Judiciário.

As formas de controle concentrado são a ação direta de inconstitucionalidade genérica, prevista no artigo 102, I, “a” CRFB, arguição de descumprimento de preceito fundamental disposta no artigo 102, § 1º CRFB, ação direta de inconstitucionalidade por omissão expressa no artigo 103, §2º CRFB, ação direta interventiva com previsão no artigo 36, III CRFB e ação declaratória de constitucionalidade mencionada no artigo 102, I, “a” CRFB.

O controle de constitucionalidade pela via direta apresenta a peculiaridade de ser o exercício da jurisdição sem que haja conflito de interesses, lide, situação concreta BARROSO (2006). Não há a aplicação da lei ao caso levado ao conhecimento do Judiciário, mas sim uma

apreciação e pronunciamento acerca da própria lei. Daí também ser conhecido como controle abstrato.

Ao contrário do controle incidental, que tem a questão constitucional como matéria prejudicial a solução da lide, o controle por via de ação tem em seu pedido a própria inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei, sendo a questão principal do processo.

Caracteriza-se por ser um processo objetivo, sem partes, ausentes interesses subjetivos, no qual se busca a invalidação da lei ou do ato normativo impugnado.

O controle concentrado atribui a um único órgão ou a um número restrito de órgãos a guarda da Constituição. Assim, no plano federal, tendo como paradigma a Constituição Federal, a competência é do STF, enquanto que no plano estadual, tendo como paradigma a Constituição Estadual, o guardião da Constituição é o Tribunal de Justiça do Estado.

A análise pelo STF será sobre leis ou atos normativos federais e estaduais, de natureza primária, aptos a inovar a ordem jurídica, que ferem a Constituição Federal.

Como o controle concentrado se caracteriza por ser um processo objetivo, a legitimação ativa para a sua deflagração é restrita e contida no o artigo 103 da Constituição Federal.

Ademais, permite-se nessa espécie de controle a intervenção do *amicus curiae*, que não é considerado parte no processo, mas sim uma forma de participação da sociedade dentro do procedimento que resultará na declaração ou não da inconstitucionalidade da norma.

O processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade são regidos pela lei 9869/99.

A decisão em controle abstrato produz efeitos retroativos, *erga omnes*, repristinatórios e vinculantes ALEXANDRINO (2009).

Por ser a decisão proferida em sede de controle concentrado de natureza declaratória, nada mais natural que seus efeitos retroajam a data do surgimento da lei no ordenamento

jurídico. Admite-se, contudo, a modulação dos efeitos da decisão, atenuando a teoria das nulidades, permitindo-se que em determinados casos, em virtude de interesses públicos maiores, a decisão produza efeitos a partir de outro momento melhor considerado pelo STF.

A decisão, ainda, possui, quanto aos limites subjetivos, alcance amplo, atingindo toda a sociedade e todos os órgãos do Estado. Daí, portanto, também possuir caráter vinculante, visto que todos devem se submeter ao que foi decidido em sede de controle abstrato.

Por fim, quando se afirma que a decisão possui efeitos repristinatórios, se quer dizer que declaração de inconstitucionalidade da norma faz com que a norma revogada por ela, ressurja para amparar as relações jurídicas que dela necessitam de amparo, salvo se outra solução tiver na decisão proferida pelo STF.

Portanto, pode-se afirmar que o controle concentrado é exercido em um processo objetivo deflagrado por legitimados específicos de competência do STF, no qual, ao final, será proferida uma decisão com eficácia vinculante contra todos, ou seja, *erga omnes* e, em regra, retroativa ao surgimento da norma.

2 AS INOVAÇÕES APLICADAS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No que tange ao controle difuso, algumas modificações alteraram profundamente a dinâmica do instituto tal como existia em sua origem. A principal delas foi a possibilidade de

abstrativização do controle difuso que dada a sua relevância será analisada em capítulo separado.

Mas outras alterações também foram implementadas em sede de controle concreto, como se pode observar com a análise do Recurso Extraordinário nº 197.917.

Nesse julgado o STF entendeu que mesmo em controle difuso seria possível dar efeito *ex nunc* a decisão acerca da inconstitucionalidade da norma. Tal precedente rompe com a tradicional idéia de que em sede de controle difuso, como a decisão tem natureza declaratória, de acordo com a teoria das nulidades adotada pelo ordenamento jurídico, deve retroagir atingindo o nascedouro da norma.

Assim, permitiu a Suprema Corte a modulação de efeitos também em controle difuso, antes existente apenas em controle concentrado. O fundamento dessa decisão do STF reside em razões de interesse público, visto que permitir a eficácia *ex tunc* resultaria em prejuízos e inconvenientes desnecessários e prejudiciais, sendo autorizado, assim, atribuir eficácia *ex nunc*.

Percebe-se que a possibilidade de modulação de efeitos em controle difuso somente é permitida diante da análise do caso concreto, quando referidos inconvenientes indiquem que a melhor solução seja dar a decisão efeitos para o futuro, como também ocorreu quando da análise da Ação Cautelar nº 189 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.022.

Apesar de não ter havido pronunciamento do STF sobre o tema, mas por ser um de seus defensores o ex-Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, é preciso destacar que vem se desenvolvendo a idéia de conferir a eficácia da resolução editada pelo Senado Federal em controle difuso natureza *ex tunc*.

Tradicionalmente, e ainda é assim que ocorre, a resolução do Senado Federal que suspende a execução da lei declarada inconstitucional em recurso extraordinário pelo STF, tem eficácia *ex nunc*, justamente porque não se pode visualizar uma suspensão que atinja o passado, mas sim que se opera a partir de dado momento. Entretanto, para aqueles que pugnam pela necessidade de se conferir efeitos *ex tunc* a resolução do Senado Federal, afirmam que uma decisão do pleno do STF, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos BARROSO (2006). Prosseguem ressaltando que seria uma ofensa ao princípio da economia processual obrigar um dos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal a propor uma ação direta de inconstitucionalidade somente para estender os efeitos ao passado, visto que o conteúdo da decisão já é de conhecimento de todos.

A possibilidade de controle judicial preventivo também rompe com o modelo de controle até então conhecido. Sempre se pugnou pela impossibilidade de intervenção do Judiciário para a análise da inconstitucionalidade de norma ainda não vigente no ordenamento jurídico, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Nessa hipótese, caberia ao próprio Legislativo por meio de suas comissões de constituição e justiça e ao próprio Executivo, por meio do veto jurídico, exercer o controle preventivo de constitucionalidade. Isso porque o processo legislativo tal qual firmado pela Constituição envolve ambos os poderes, principalmente o Legislativo, que tem por legislar a sua função típica.

Entretanto, o STF firmou a possibilidade de exercício pelo Judiciário do controle preventivo, em situações especiais.

A hipótese que permite a atuação judicial é aquela na qual durante o processo de elaboração de uma emenda constitucional, um membro do Congresso Nacional percebe que o

conteúdo do projeto contém disposição lesiva a alguma cláusula pétrea protegida pelo artigo, 60, §4º CRFB. Posteriormente, ampliou-se o entendimento para projetos de lei.

Aqui, o membro do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, pode impetrar mandado de segurança perante o STF para defender o seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo que observe os postulados constitucionais. De acordo com LENZA (2008, p.135), trata-se de “um ‘direito-função’ do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido”. Afasta-se, contudo, o manejo do mandado de segurança para analisar questões *interna corporis*, como por exemplo, interpretações dos regimentos internos das Casas, justamente porque o controle preventivo exercido pelo Judiciário é excepcional.

Desta forma, o direito subjetivo de participar do processo de elaboração de uma norma que respeita o devido processo legislativo pertence a todo e qualquer membro do Congresso Nacional, afastando-se a legitimidade de terceiros, como partidos políticos, para a impetração do *mandamus*, justamente por não ostentarem a condição de parlamentares.

O controle aqui exercido é o pela via de exceção, difuso, justamente porque realizado no bojo do mandado de segurança como causa de pedir da ordem concessiva.

Com essa forma de controle de constitucionalidade é possível que se fulmine o vício da inconstitucionalidade antes da vigência da norma, impedindo que relações jurídicas nela se baseiem, que situações concretas encontrem amparo equivocados e incompatíveis com os postulados constitucionais.

Também diversas inovações foram trazidas para o controle concentrado.

A primeira delas é a chamada pertinência temática sendo mais um requisito para a propositura da demanda. Por ela, apesar de constar o legitimado no rol do artigo 103 da

CRFB, deve, sendo ele um legitimado especial e não universal, demonstrar que a norma impugnada repercute de alguma forma, direta ou indiretamente, em seus interesses, na sua atividade. Em verdade, a adoção da pertinência temática pode representar uma limitação na legitimação não expressa na Constituição. Objetiva-se com a adoção desse requisito diminuir as demandas pugnano pela inconstitucionalidade de normas que abarrotam o Judiciário. Não cabe ao Judiciário realizar essa restrição, sob pena de se tornar legislador positivo. Incumbe sim ao próprio Legislativo, estabelecer, se entender conveniente e oportuno, essa limitação na legitimação, visto que a pertinência temática se aproxima de uma condição para o exercício do direito de ação, o chamado interesse de agir.

Outra questão interessante se refere a aplicação pelo STF da teoria da transcendência dos motivos determinantes. A decisão é composta por três partes: relatório, fundamentação e dispositivo. Em regra, a parte da decisão que é atingida pela autoridade da coisa julgada é a dispositiva. Nos processos de natureza subjetiva é a parte dispositiva que vincula os litigantes. Sempre foi esse o entendimento também em sede de controle concentrado. Entretanto, o STF vem atribuindo efeito vinculante não somente a parte dispositiva, mas também aos fundamentos determinantes da decisão LENZA (2008).

Ressalta-se que na verdade o que o STF vem vinculando é a *ratio decidendi*, ou seja, a fundamentação essencial que determinou o resultado da demanda e não a *obiter dictum*, comentários laterais que não possuem o condão de influenciar a decisão MORAES (2010).

A consequência da adoção dessa teoria é que todos os órgãos do Poder Judiciário, administração direta e indireta devem observar não apenas a conclusão da decisão, mas igualmente as razões de decidir, cabendo Reclamação para o STF contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que seja contrário a interpretação constitucional dada pela Suprema

Corte que determinará a anulação do ato impugnado ALEXANDRINO (2009). Temos como exemplos de aplicação da teoria dos motivos determinantes as Reclamações nº 1987 e 2.986.

Também se pode destacar como outra inovação trazida pelo STF em sede de controle concentrado a chamada inconstitucionalidade por arrastamento ou atração também chamada de “inconstitucionalidade conseqüente de preceitos não impugnados” LENZA (2008).

Essa teoria excepciona a regra pela qual o STF somente aprecia a validade dos dispositivos legais indicados na inicial em controle direto. A referida teoria tem aplicação quando as normas legais, impugnadas ou não, possuem entre si um vínculo de dependência, de razão lógica, e, assim, a declaração de inconstitucionalidade de uma delas tornaria as demais sem qualquer sentido e aplicação. Portanto, o STF passou a reconhecer a desnecessidade de impugnação específica pelo autor dos dispositivos legais eivados de incompatibilidade com a Constituição e, reconhecido o vício em relação ao que foi indicado na peça, por arrastamento será inviável o aproveitamento daqueles com ele intimamente relacionados.

Mais uma vez percebe-se que o STF vem rompendo com a tradição existente no ordenamento jurídico, visto que nessa hipótese relatada excepciona-se o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, permitindo que se realize um julgamento *extra petita*.

3 A OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Talvez a principal inovação implementada pelo STF em sede de controle de constitucionalidade, diz respeito a objetivação do controle difuso, ou seja, a possibilidade de conferir eficácia *erga omnes* as decisões proferidas em controle concreto, sem a necessidade de suspensão da execução da norma reputada inconstitucional pelo Senado Federal. Sob esse aspecto, a edição de Resolução pelo Senado Federal apenas teria o condão de conferir publicidade a decisão acerca da inconstitucionalidade da norma pelo STF, visto que a própria decisão proferida por aquela Corte já teria o condão de a todos afetar.

A partir de dois importantes julgamentos realizados pelo STF, o Recurso Extraordinário nº 197.917, caso de Mira Estrela, e o Habeas Corpus nº 82959, progressão de regime nos delitos enquadrados como hediondos, passou-se a entender como uma verdadeira tendência a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença também em controle difuso. Como afirmado no capítulo anterior, a mencionada teoria já vinha sendo aplicada em sede de controle abstrato, campo fértil para a sua efetivação. Mas a partir desses dois principais precedentes, percebe-se a intenção de ampliar a sua aplicação para as decisões proferidas em controle concreto, o que, de fato, polemiza e divide a doutrina, diante da tradicional dicotomia entre controle concentrado e controle difuso, que tornam o sistema brasileiro de controle como sendo misto, que restaria acabada, ou ao menos diminuída, diante da adoção dessa técnica de julgamento.

MENDES (2009), ao defender uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF, justifica essa releitura na necessidade de se conferir uma nova interpretação aos postulados constitucionais. Assim, fundamentando-se na idéia de mutação constitucional, ou seja, na possibilidade de reforma da Constituição sem expressa modificação do texto, mas apenas conferindo ao já existente interpretação compatível com as necessidades atuais, entende que a norma do artigo 52, X da CRFB não pode ter o mesmo alcance que tinha quando da promulgação da Constituição.

Assim, o Ministro Gilmar Mendes ao proferir voto na Reclamação nº 4335, ainda não definitivamente julgada, afirmou expressamente que a suspensão da execução da norma pelo Senado Federal tem como único efeito conferir publicidade a decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso, aplicando, como já dito, a mutação constitucional como legitimadora dessa nova visão sobre o sistema de controle de constitucionalidade. Votou, dessa forma, pela procedência da reclamação ao afirmar que a decisão do juiz desrespeitou a decisão firmada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 82959, justamente porque mesmo que proferida em sede de controle difuso, referida decisão teria eficácia *erga omnes*.

Aqueles que se posicionam nesse sentido, apresentam como principais fundamentos a força normativa da Constituição, o princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários, a posição do STF como guardião da Constituição e seu intérprete máximo e a dimensão política das decisões proferidas pela Corte Constitucional LENZA (2008).

Entretanto, apesar de restar claro que essa possibilidade de conferir eficácia *erga omnes* as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso se coaduna com princípios fundamentais, tais como a economia processual, a efetividade do processo, a celeridade processual, resultando em uma menor sobrecarga do Judiciário ao mesmo tempo em que confere aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional mais efetiva, não há qualquer amparo legal ou constitucional para a sua aplicação.

Não se pode permitir ao argumento de efetivação de preceitos constitucionais que haja lesão a própria Constituição. É uma contradição insanável. A preservação da Constituição deve ser feita sem que haja qualquer violação a ela. Não é a hipótese de ponderação de interesses, que autoriza a prevalência de um interesse em relação a outro também resguardado pela Constituição, mas sim uma verdadeira aniquilação de uma norma

constitucional, sem qualquer justificativa para tal, visto que há instrumentos alternativos e idôneos para conferir efetividade geral as decisões proferidas pelo STF. Portanto, percebe-se com tal fato que há um verdadeiro enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Por óbvio, não é possível se apegar a formalismos exacerbados em detrimento da efetivação de direitos, ainda mais aqueles com a índole da fundamentalidade. Entretanto, não se pode permitir, com base em uma mutação inconstitucional inexistente, a criação pelo Judiciário de uma nova forma de controle de constitucionalidade no Brasil. Não há se falar em mutação constitucional porque não se trata de conferir uma nova interpretação a dispositivo constitucional, mas sim de uma verdadeira criação de procedimento por órgão absolutamente incompetente para tal.

Assim, o principal entrave que encontra essa nova perspectiva do STF sobre o controle difuso, é o princípio da separação dos poderes. Não compete ao Judiciário atuar como legislador positivo, tarefa essa reservada pela Constituição ao Poder Legislativo. Não pode, sob o argumento de efetivar e garantir uma melhor prestação jurisdicional, criar uma terceira forma de controle, ou melhor, aproximar de uma forma tal o controle difuso do concentrado, de maneira a restar uma linha bem tênue separando ambas as espécies. O objetivo do Poder Constituinte foi implementar no Brasil duas formas de controle, com o mesmo fim, qual seja, expurgar das relações jurídicas norma incompatível com a Constituição, mas com procedimentos bem diferentes.

Ao se atribuir eficácia *erga omnes* as decisões proferidas em sede de controle difuso, quase que se equipara as duas formas de controle existentes no Brasil, visto que a eficácia da decisão é a principal diferença entre as duas modalidades de controle.

Ademais, esse entendimento viola frontalmente o artigo 52, X da Constituição Federal, visto que atribuir caráter meramente publicista a resolução editada pelo Senado

Federal, é retirar dele uma de suas competências constitucionalmente previstas, havendo notória usurpação de poderes, e notória violação a democracia.

A norma que confere competência ao Senado Federal para editar resolução suspendendo a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso é instrumento da democracia. Isso porque se permite que o Poder competente para legislar retire do ordenamento jurídico norma por ele elaborada incompatível com a Constituição. Portanto, atribui aos representantes do povo, mesmo que eles representem os Estados são eleitos pelos cidadãos, a prerrogativa de afastar do ordenamento jurídico norma por eles elaborada em desacordo com os preceitos constitucionais. Retira-se, assim, a possibilidade de participação da sociedade na declaração de inconstitucionalidade de norma em controle difuso.

Ademais, ao se permitir que uma demanda entre partes definidas que chega ao conhecimento do STF por meio de recurso extraordinário, atinja toda a sociedade, está se admitindo que aqueles que não participaram da relação jurídica judicial sejam afetados por uma decisão em que não puderam exercer seus direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório. Justamente para evitar tal arbitrariedade permite-se o controle abstrato, no qual os legitimados a propo-la atuam em defesa da Constituição e não para salvaguardar interesses meramente privados.

Não há amparo constitucional para validar esse entendimento. A Constituição quando objetivou conferir eficácia *erga omnes* as decisões do STF expressamente assim dispôs, como é o caso do controle concentrado e da possibilidade de edição de súmula vinculante. Aliás, o STF possui instrumento contundente para impor a autoridade de suas decisões a todos os órgãos administrativos e jurisdicionais, bem como a todos os jurisdicionados: a edição de súmulas vinculantes. Assim, desnecessário se faz tornar o controle difuso objetivo, se há uma forma constitucionalmente prevista para vincular todas as decisões proferidas pelo STF.

Acrescenta-se que corroborar com esse entendimento pode acabar atribuindo ao STF poderes amplos por demais, concentrando em suas mãos a possibilidade de dispor de maneira absoluta sobre questões relativas ao controle de constitucionalidade.

Apesar de ser o STF guardião da Constituição, com a função precípua de preservar a sua higidez, não se pode permitir que tenha uma força capaz de romper com os postulados da separação dos poderes e até mesmo da democracia.

Historicamente percebe-se que concentrar poderes pode gerar arbitrariedades e situações ditatoriais, o que diante do contexto atual é inaceitável, ainda mais depois das conquistas trazidas pela Constituição Federal de 1988, marco escrito de ruptura com o despotismo.

CONCLUSÃO

O sistema de controle de constitucionalidade como tradicionalmente é conhecido e como por muito tempo foi aplicado no sistema jurídico brasileiro sofreu inúmeras modificações, diante das atuais jurisprudências do Supremo Tribunal Federal.

Com essa nova concepção acerca do controle de constitucionalidade, principalmente com a possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* as decisões proferidas em controle difuso, a ontológica dicotomia entre controle concentrado e controle difuso acabou diminuída, restando uma linha tênue de separação entre as duas espécies de controle.

Por óbvio, as inovações trazidas pelo STF em suas decisões em diversos aspectos foram benéficas para o estudo e a aplicação do controle. Entretanto, faz-se necessário refletir até que ponto uma ruptura drástica com o tradicional pode representar benefícios ao ordenamento jurídico.

As inúmeras modificações de entendimento sobre o tema trazidas ao longo do trabalho permite afirmar que os modelos de Kelsen e o norte-americano não são mais concebidos no Brasil em sua forma original. Mitigou-se, e muito, os postulados trazidos por ambas as doutrinas, a ponto de se poder afirmar que no ordenamento jurídico brasileiro existe não mais um controle misto, no qual se conjuga as duas doutrinas, mas sim um controle *sui generis* fruto da produção jurisprudencial do STF.

Causa estranheza um órgão do Poder Judiciário criar, modificar postulados constitucionais e legais, como se legislador positivo fosse. No mínimo pode-se perceber uma certa usurpação de função, já que ao assim atuar, o STF toma parcela dos poderes reservados ao Legislativo.

Resta saber até que ponto se poderá permitir uma concentração tão grande de poderes nas mãos de um único órgão sem que com isso haja qualquer semelhança com situações ditatoriais e arbitrárias.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Controle de Constitucionalidade*. 8. ed. São Paulo: Método, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

BRASIL. Constituição da República, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17.06.10.

BRASIL. Lei nº 9.869, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 17.06.10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL n. 1.987. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DOU de 01.10.03.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 197.917. Relator: Min. Maurício Corrêa. Publicado no DOU de 07.05.04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC n. 189. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 27.08.04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.022. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DOU de 04.03.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL n. 2.986. Relator: Min. Celso de Melo. Publicado no DOU de 11.03.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.959. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 14.09.06.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 4.335. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 27.04.07.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.