



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade

Elaine Domingues Tavares

Rio de Janeiro

2010

ELAINE DOMINGUES TAVARES

Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade

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

Orientadores: Profa. Neli Fetzner.

Prof. Nelson Tavares.

Rio de Janeiro

2010

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Elaine Domingues Tavares

Graduada pela Faculdade da Cidade-Lagoa. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: O trabalho enfoca a análise sobre a nova tendência jurisprudencial acerca da admissibilidade da concessão de efeitos abstratos às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. A nova visão do STF sobre a expansão dos efeitos da coisa julgada em sede de controle incidental sem a atuação direta do Senado Federal fez ensejar dúvidas sobre a ocorrência ou não de mutação constitucional.

Palavras-chaves: Controle, Abstrativização, Via Difusa, Supremacia Constitucional.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da Constituição. 3. Do Controle de Constitucionalidade. 3.1. Evolução Histórica. 3.2. Modalidades de Controle de Constitucionalidade. 4. Do Controle Difuso. 5. Da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a questão da possibilidade de concessão de efeitos abstratos às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Busca-se a análise crítica sobre essa tendência jurisprudencial.

A objetivação do processo subjetivo, também chamada de abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, é um tema que tem despertado muita discussão no meio jurídico e acadêmico.

A questão tornou-se polêmica a partir de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em que, apesar de serem decorrentes de análise realizada em controle difuso de constitucionalidade, receberam efeito *erga omnes* e vinculante, contrariando a regra prevista na Constituição Brasileira.

Dessa forma, o presente trabalho buscará traçar todos os detalhes sobre essa recente visão adotada pela Corte. A relevância do tema está em proporcionar uma reflexão acerca do papel normativo da Constituição Federal, bem como o estudo das questões que envolvem tais alterações e a verificação de vantagens ou desvantagens relacionadas à segurança jurídica e ao bem-estar social.

Serão analisados, portanto, alguns pontos relevantes, dentre os quais: a evolução histórica até se chegar à Tripartição de Poderes, a Supremacia Constitucional, bem como a guarda da Constituição da República e a normatividade desta Carta Constitucional. Para esta pesquisa, adotou-se o critério qualitativo, descritivo e parcialmente explicativo.

2. DA CONSTITUIÇÃO.

Constituição da República é a lei fundamental de um Estado, o meio através do qual uma sociedade se organiza e restringe atos ou exige prestações estatais, seja prescrevendo direitos, deveres e garantias, seja funcionando como fundamento de validade de todas as leis e atos normativos.

A Carta Magna apresenta-se como a mais alta expressão jurídica da soberania popular e nacional, consubstanciada num instrumento seguro para a manutenção do Estado de Direito. Este redundando na submissão de todos os indivíduos e dos próprios Poderes Públicos à lei, remontando, em última instância, à submissão à Constituição.

As normas inseridas na Carta situam-se no topo da pirâmide jurídica estabelecida por

Hans Kelsen, sendo dotadas de primazia em relação às normas integrante do ordenamento jurídico estatal. Não se trata de uma lei como as outras, mas sim, de uma lei fundamental, a mais importante do país, porque estabelece os princípios básicos do ordenamento jurídico.

Normalmente as Constituições costumam dificultar a alteração ou até mesmo impedir a supressão de determinados pontos, como ocorre na Constituição do Brasil com as chamadas cláusulas pétreas.

Nesse ponto, é imperioso salientar a diferença existente entre as Constituições rígidas e as flexíveis. Rígida não é a Constituição imutável, incapaz de ser modificada. Em verdade, visa à manutenção e a estabilidade das normas constitucionais, razão por que a Carta Magna somente pode ser alterada mediante procedimento revestido de solenidade, mais dificultoso que a elaboração de leis ordinárias, o que demonstra uma imanente hierarquia normativa. Como exemplo de países que adotaram este formato de Constituição, pode-se citar a Alemanha e o Brasil.

Por outro lado, a Constituição flexível é reformável a qualquer tempo, pelo mesmo procedimento legislativo conferido à elaboração de leis ordinárias, donde se conclui que não há hierarquização entre normas constitucionais e infraconstitucionais. Esse é o formato de Constituição característico das Constituições não-escritas e, como exemplo de país que segue este modelo, temos a Inglaterra.

A Carta de 1988 adotou o modelo de constituição analítica, com maior detalhamento do texto e menor espaço para processos informais de mudança, o que dificulta a alteração das normas constitucionais, gerando maior rigidez. A nossa Constituição é exemplo típico de Constituição Social, trazendo uma gama de direitos constitucionais e de garantias de várias espécies, o que permite a construção de um Estado efetivamente democrático.

3. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

A Constituição deve ser encarada como parâmetro em relação às normas infraconstitucionais, sendo relevante que o sistema jurídico como um todo preserve coerência e racionalidade. Por conseguinte, há que se instrumentalizar formas capazes de afastar qualquer antinomia que agrida a primazia da Carta Constitucional, eliminando, assim, os fatores de desagregação e ruptura da harmonia do ordenamento.

Leis ou atos normativos que de alguma forma apresentem qualquer conflito em face da Constituição devem ser afastados, pois a *contrário sensu*, estar-se-ia permitindo que normas infraconstitucionais fossem capazes de revogá-la.

O sistema de controle de constitucionalidade apresenta-se como grande mecanismo de manutenção da harmonia do sistema jurídico, notadamente nos países que adotaram o sistema da rigidez constitucional, garantindo-se proteção aos postulados constitucionais. Visa expurgar toda e qualquer normatização contrária aos ditames constitucionais, além de funcionar como verdadeiro empecilho aos excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e as garantias fundamentais.

A Constituição, enquanto lei fundamental de uma ordem jurídica, enseja a necessidade de se reconhecer o prestígio assegurado a determinadas normas em face de outras, as quais, ao menos em tese, devem decorrer daquelas, coadunando-se também, no que tange à sua consubstanciação. Assim, as normas que não se apresentarem de tal forma, devem se avaliadas sob o crivo do controle de constitucionalidade.

Segundo Luís Roberto Barroso, há três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a Supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e o Poder Judiciário como intérprete final da Constituição (BARROSO, 2002).

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

A primeira Constituição Brasileira, de 1824, não possuía o instituto da fiscalização jurisdicional. A função de velar pela guarda da Constituição era atribuída ao Poder Legislativo. A elaboração da Carta sofreu profunda influência da doutrina européia, principalmente da Inglaterra e da França, países que adotavam o princípio da Supremacia do Parlamento (Inglaterra) e a concepção da lei enquanto ‘expressão da vontade geral’ catalisada pelo Legislativo (França).

Essa inspiração dificultava a fortificação de uma Corte Suprema no Brasil, vinculada ao Poder Judiciário, capaz de exercer a fiscalização de constitucionalidade, conforme adotavam os EUA. Em seqüência, surgiu a Constituição de 1891, de cunho republicano, que foi profundamente influenciada pela doutrina americana por meio da inspiração de Rui Barbosa.

Nesse momento, com a adoção da República, do presidencialismo e do bicameralismo legislativo, houve uma significativa reformulação política no país. Além disso, houve também a criação da Justiça Federal e a Suprema Corte.

Com o surgimento de uma Corte Constitucional, o sistema passou a adotar, ainda que de forma tímida, um esboço do que seria o controle de constitucionalidade. Isto por que a Suprema Corte passou a ter a atribuição de fiscalizar a legitimidade das leis. A partir da edição da Emenda Constitucional de 1926, houve uma extensão da legitimidade do controle de constitucionalidade das leis a todos os Tribunais, estaduais ou federais, começando a delinear o controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição Brasileira de 1934 foi promulgada em 16 de julho de 1934, no bojo da imensa crise de reformulação da sociedade e do Estado causada pelos novos processos

econômicos e sociais que por si só sepultaram os postulados liberais do século anterior, a conduzir a estulto absentéismo do Poder Público.

Essa Carta, no entanto, manteve a estrutura do controle difuso de constitucionalidade, inserindo, entretanto, algumas inovações de profundo relevo. Nesse mesmo período foi introduzida a representação para intervenção da União nos Estados-membros como instrumento jurídico capaz de assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis. Surge, assim, a chamada representação interventiva.

Criou-se, ainda, uma regra similar a que hoje está esculpido no art. 52, X, da Constituição de 1988: o poder do Senado Federal de suspender a execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

O princípio da reserva de plenário, ou quorum mínimo para julgamento de inconstitucionalidade de regra jurídica, foi criado também pela Constituição de 1934, estabelecendo que somente por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder. Assim, verifica-se a relevância da Constituição de 1934 na história de evolução do controle direto de constitucionalidade pela Côrte Constitucional.

A Carta de 1937, outorgada, envolvida pelo véu do autoritarismo, não trouxe margem para o desenvolvimento do instituto do controle de constitucionalidade. Manteve-se, portanto, apenas o controle nos moldes da Carta de 1891, bem como o princípio da reserva de plenário.

A partir da Constituição de 1946, o Brasil sofreu um processo de redemocratização que proporcionou uma guinada da corrente político-liberal, descentralizadora, que defendia o federalismo, além de assegurar os direitos individuais, repristinando, portanto, as inovações trazidas pela Constituição de 1934.

Nesse contexto, a EC/65 introduziu no Brasil o controle abstrato de

constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, o qual visava preservar a ordem constitucional. Dessa forma, buscou-se privilegiar a supremacia da Magna Carta, admitindo-se, assim, além do controle de constitucionalidade difuso, oriundo da experiência América, o controle concentrado, nos moldes do modelo austríaco.

Por fim, surgiu a representação genérica de inconstitucionalidade, consistente numa forma de fiscalização apta a fiscalizar a observância de todas as normas de *status* constitucional. Destarte, as normas infraconstitucionais deveriam compatibilizar-se com as normas constitucionais, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Ademais, reflexamente, passou-se também a admitir que os Tribunais de Justiça dos Estados-membros declarassem a incompatibilidade de lei ou ato normativo municipal em desacordo com normas da Constituição Estadual.

Com a Carta de 1967/69 não houve avanços relativos ao sistema de controle de constitucionalidade. O controle difuso manteve-se inalterado e o concentrado subsistiu conforme estabelecida na Constituição de 1946, com a Emenda nº 16/65, resguardando-se poucas alterações. As modificações trazidas limitam-se a exclusão da representação de inconstitucionalidade genérica em patamar estadual; e, no que concerne à representação interventiva, alterou a competência para suspensão do ato estadual, conferindo tal atributo ao Presidente da República, o que outrora competia ao Legislativo.

No entanto, a Emenda no. 01, de 1969 previu expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de representação interventiva em favor dos Estados-membros, isto é, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 sedimentou do controle de constitucionalidade, conferindo, ademais, significativo prestígio ao controle abstrato, na medida em que se estabeleceu uma ampliação considerável dos legitimados para a sua

propositura.

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

Instituiu, ainda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão; conferiu ao Advogado-Geral da União a função de curador da norma impugnada em sede controle direto de constitucionalidade (103, 2º); reclamou a necessidade de manifestação do Procurador-Geral da República em todos os processos de competência do Supremo, inclusive nas ações diretas (103, 1º); criou o mandado de injunção (102, I, “q”); suprimiu a representação para fins de interpretação; criou o mecanismo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental inserido na Constituição (102, p. único); e transmudou a sistemática do recurso extraordinário, delineando-o com feição de cunho constitucional, exclusivamente (102, II). A emenda 03/93 trouxe a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que nada mais é do que uma ADIN de sinal trocado.

Observe-se que a Constituição 1988 inseriu no ordenamento a idéia de Tripartição de Poderes, buscando-se garantir um controle democrático do exercício do poder. Nesse contexto, entendeu-se necessário atingir a idéia de três poderes autônomos contendo mais funções do que as três originais. A inspiração decorreu de órgãos de fiscalização essenciais à democracia já existentes à época, como o Ministério Público, os Tribunais de Contas e o Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, assim, que houve um grande avanço na ordem constitucional em vigor, uma vez que se iniciava a conjugação das noções de controle de constitucionalidade e

separação dos poderes. Alterações subseqüentes da Carta Constitucional também apontaram para essa evolução de pensamento. Como exemplo disso, temos a Emenda Constitucional nº 45, iniciando a idéia de que Supremo poderia funcionar como um efetivo legislador negativo, chegando a legiferar positivamente, exercendo uma função clássica do Poder Legislativo.

3.2 DAS MODALIDADES DE CONTROLE.

O Controle de Constitucionalidade pode ser apreciado sob três aspectos diverso: quanto à natureza do órgão de controle; quanto ao momento de exercício do controle e quanto ao órgão judicial que exerce o controle.

No que toca à natureza do órgão de controle, este poderá ser político ou judicial. O Controle Político sugere que a fiscalização seja realizada por órgão dessa natureza. Possui caráter prévio e é inspirado no modelo constitucional francês. Na Constituição Brasileira, onde predomina o controle judicial, há previsão de controle político tanto no âmbito do Poder Legislativo, quanto no Poder Judiciário.

O Controle Judicial, de outro giro, é inspirado no modelo norte-americano e no europeu continental, conferindo ao Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade das normas.

Quanto ao momento do exercício do controle, temos que este pode ser preventivo ou repressivo. O Controle Preventivo é realizado antes da conversão do projeto em lei, obstando que um ato inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. Pode ser desempenhado tanto pelo Legislativo, quanto pelo Executivo.

O Controle Repressivo, por outro lado, destina-se a paralisar a eficácia da lei que já está em vigor. Trata-se de espécie de controle geralmente exercido pelo Judiciário. No entanto, há previsão de atuação dos outros Poderes também, como por exemplo, o Executivo

recusando a aplicação de norma inconstitucional e o Legislativo, sustentando atos exorbitantes editados pelo Executivo.

No que tange ao órgão judicial que exerce o controle, temos outra classificação, senão a mais importante para a análise do tema ora enfrentado. Sob este aspecto, o controle pode ser difuso ou concentrado. Através do Controle Difuso, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida por todo e qualquer juiz ou Tribunal. A sua não aplicação ao caso concreto pode, inclusive, ser levado à Corte. A idéia é que, sendo a Constituição dotada de supremacia, todo e qualquer órgão do Judiciário tem o poder de não aplicar uma norma que considerar inconstitucional ao caso concreto. Sob o controle concentrado teceremos maiores considerações no decorrer deste trabalho.

O Sistema de Controle Concentrado, que surgiu com Constituição da Áustria, é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para tal fim. Nesta espécie de controle, a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os órgãos judiciários inferiores no âmbito da mesma jurisdição.

Quanto ao modo de controle judicial, existem duas vias, a incidental e a principal. O controle pela via incidental, ou *incidenter tantum*, consiste no controle exercido pelos órgãos do Poder Judiciário, juízes e tribunais, na apreciação de casos concretos. Este tipo de controle também é denominado de controle por via de exceção ou de defesa e está inserido na sistemática constitucional pátria desde a Carta Constitucional de 1891.

Trata-se de situações em que a análise da constitucionalidade da norma corresponde à questão prejudicial do mérito do pedido principal da ação. A inconstitucionalidade, nestas ações, é invocada pela parte tanto como tese de defesa do réu, quanto como fundamento da pretensão do autor. Pode também o Ministério Público suscitar questão constitucional, seja funcionando como parte ou como *custos legis*, ou terceiros que tenham intervindo legitimamente no processo.

É assente, por fim, que pode o juiz ou tribunal, de ofício, manifestar-se neste sentido, se, porventura, as partes silenciarem-se, tendo em consideração, inclusive, o princípio do *jura novit curia*.

Saliente-se que, conceitualmente, não se confundem as espécies de controle incidental e de controle difuso. Logicamente, tais conceitos esbarram-se, pois o controle incidental, no Brasil, é exercido por qualquer juiz ou tribunal, mas deve-se ater para o fato de que o controle incidental trata de apreciação da inconstitucionalidade no caso concreto, enquanto que o controle difuso é aquele desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição.

4. DO CONTROLE DIFUSO.

O controle judicial difuso de constitucionalidade, como já explicitado anteriormente, possibilita a qualquer órgão do Poder Judiciário declarar nulo qualquer ato ou lei contrária à Constituição. Dentro dessa perspectiva, pode-se dizer que essa análise da constitucionalidade, no mais das vezes, deflagra-se no curso de uma demanda, sendo declarada incidentalmente e destituída dos efeitos da coisa julgada.

Em análise ao modelo americano de controle de constitucionalidade, Clèmerson Merlin Clève concluiu que a fiscalização da constitucionalidade está no fato de que qualquer juiz, ao decidir um caso onde uma norma legislativa ordinária contrária uma norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar a segunda. (CLÈVE, 2000).

Assim, segundo Luis Roberto Barroso, é necessário que haja um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa (BARROSO, 2002).

Dessa forma, ao apreciar a inconstitucionalidade da norma de forma incidental, o

magistrado deve manifestar-se pela sua inaplicabilidade e afastá-la no caso concreto.

Verifica-se que, no Controle Difuso, a parte que suscita a inconstitucionalidade da norma não busca, *a priori*, prestigiar a supremacia constitucional, mas sim prevenir ou reparar uma lesão ao seu direito em concreto. Por tal razão, diz-se ser a questão constitucional apenas um pressuposto para a obtenção do pedido mediato formulado na demanda.

Cabe esclarecer que, no que tange a legitimidade ativa, cabe a qualquer das partes alegar, num caso concreto, a inconstitucionalidade como prejudicial em âmbito processual, seja o autor em fundamentação do seu pedido, seja o réu em sua defesa.

Ressalte-se que, segundo Barbosa Moreira, havendo litisconsórcio, legitima-se qualquer dos autores ou dos réus, dos recorrentes ou dos recorridos. Não fica excluído o assistente, simples ou litisconsorcial (MOREIRA, 2005).

Cabe, ainda, ao Ministério Público suscitar questão constitucional através do Controle Difuso, seja funcionando como parte ou como *custos legis*. Admite-se também a legitimidade de terceiros que tenham intervindo legitimamente no processo.

Por fim, cumpre destacar a possibilidade de manifestação incidental de ofício por qualquer juiz ou Tribunal acerca da constitucionalidade ou não da norma em discussão no processo. Esta possibilidade decorre diretamente do princípio denominado *jura novit curia*.

Não existe processo, por mais célere que seja que não se possa apresentar inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, ainda que se trate de processo limitado à cognição incompleta, ou de processo preparatório. A argüição da inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo pode ocorrer em qualquer tipo de ação, ou seja, em ações de rito ordinário, sumário e ações constitucionais, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança.

Segundo Barbosa Moreira, lei significa, antes de tudo, um ato formalmente legislativo, correspondente ou não ao conceito de lei do ponto de vista material. A análise da

inconstitucionalidade no âmbito difuso e concreto pode visar, indiferentemente, uma lei complementar ou uma lei ordinária (MOREIRA, 2005).

Pode abranger, ainda, o art. 480 do Código de Processual Civil, incluindo a possibilidade de análise de emenda à Constituição, de lei delegada, de medida provisória, de decreto legislativo, de resolução, de decreto regulamentar ou de outro ato normativo emanado de qualquer órgão do poder público, inclusive normas dos próprios regimentos internos dos tribunais.

No aspecto processual, a argüição de inconstitucionalidade incidental baseada em lei não possui distinção em relação à baseada em ato emanado de órgão da União, de Estado-membro, ou de Município. Não se vislumbra, também, qualquer distinção entre o controle exercido com parâmetro constitucional e a argüição baseada em dispositivo de Constituição Estadual, sendo irrelevante, que se trate de inconstitucionalidade formal ou substancial. Ressalte-se, porém, que não basta a argüição de ilegalidade para fazer incidir o art. 480 do Código, pois tampouco incide o art. 97 da Constituição da República.

Por fim, cumpre ressaltar a observação trazida por Lênio Streck a cerca da importância do controle difuso, destacando que tal controle permite a realização de uma “filtragem constitucional, que vai desde a simples expulsão de um texto inconstitucional até a correção de textos através dos institutos da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”(STRECK, 2004).

De outro giro, há posições críticas na doutrina acerca do controle difuso. Mauro Cappelletti, por exemplo, ressalta os inconvenientes do método difuso de controle constitucional, que pode gerar verdadeiros contrastes de tendências entre órgãos judiciais de graus diversos na medida em que possibilita a não aplicação de uma mesma lei ou disposição de lei, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, e a sua aplicação, por não julgada em contraste com a Constituição, por outros.

Assevera o autor, ainda, que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei pode propor um novo caso em juízo, desencadeando em graves inconvenientes práticos, com sérias conseqüências de conflito e de incerteza, as quais poderiam ser evitados, conforme feito na Suíça, atribuindo-se ao órgão supremo da justiça ordinária, entenda-se o Supremo Tribunal Federal, um poder de decisão que é suscetível de estender, também, além do caso concreto e de anular, com eficácia *erga omnes*, a lei considerada inconstitucional (CAPPELLETTI, 1992).

5. DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Para a análise deste capítulo, faz-se necessário não apenas o estudo da eficácia da decisão no controle difuso de constitucionalidade, como também do papel do Senado Federal neste contexto.

Analisando essa nova visão, deve-se asseverar que se trata de discussão relativamente nova, não havendo, portanto, vasta doutrina que adentre ao tema. A origem do debate acerca da possibilidade de atribuir efeitos *erga omnes* às decisões do STF proferidas em sede de controle difuso ocorreu com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959 (2/02/2006).

Tal decisão declarou inconstitucional o artigo 2º, § 1º da lei 8072/9, trazendo a proibição da vedação à progressão de regimes. O Supremo entendeu que o dispositivo que vedava a progressão de regimes na hipótese de crimes hediondos afrontava o princípio da individualização da pena, estampado no artigo 5º, XLVI da Carta Constitucional e, em última instância, o próprio princípio da dignidade humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

No caso, o Supremo proferiu julgamento da lei em tese, proclamando sua inconstitucionalidade *urbi et orbi*, posto que, apesar de se tratar de Hábeas Corpus, o STF não concedeu a ordem no caso concreto, limitando-se apenas a declarar a inconstitucionalidade da norma que impedia a progressão de regimes nos casos de crimes hediondos.

Dessa forma, verifica-se que, a princípio, os efeitos desta decisão limitar-se-iam apenas entre as partes do processo. Entretanto, o Supremo entendeu, a partir deste julgamento, que seria possível conferir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade.

Nesse julgamento, acham-se presentes diversos requisitos do controle abstrato de inconstitucionalidade, visto que a decisão foi do Pleno do referido Tribunal e a matéria discutida envolve a análise de validade de uma lei em tese. Ademais, verificou-se a preocupação de se definir a extensão dos efeitos da decisão, para disciplinar relações jurídicas pertinentes "a todos" (não exclusivamente ao caso concreto).

O voto que causou grande discussão acerca deste tema foi o proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que reconheceu a inconstitucionalidade da lei e atribuiu eficácia *ex nunc*, invocando a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1997, regra específica utilizada em sede de controle concentrado.

Gilmar Ferreira Mendes diferencia “eficácia erga omnes” e “efeito vinculante”, esclarecendo que o primeiro se refere à parte dispositiva da decisão, ao passo que o segundo, cujo objetivo é conferir maior eficácia às decisões do STF, assegura “força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes*” (MENDES, 2006).

Nesse diapasão, a relevância do papel do Senado no controle de constitucionalidade difuso passou a ser questionado.

O assunto passou a ser ainda mais debatido após a Reclamação nº 4335/AC, proposta

no Supremo Tribunal Federal, cujo Relator é o Ministro Gilmar Mendes, na qual se sustentou a ocorrência de ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, vedando a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

Percebe-se, portanto, que a tendência demonstrada pelo voto do Ministro é a de conferir caráter objetivo às decisões do Plenário do STF, atribuindo eficácia vinculante *erga omnes*, independentemente de se tratar de hipótese de controle abstrato de constitucionalidade.

Continuou o Ministro Relator a esclarecer que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada.

O Ministro Gilmar Mendes afirma a possibilidade de se falar em autêntica mutação constitucional, tendo ocorrido completa reformulação do sentido jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão dada à regra do artigo 52, X, da Constituição da República. Dessa forma, cogita uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Competiria ao Senado, portanto, a mera função de dar publicidade à suspensão da execução da lei inconstitucionalmente declarada pelo Pleno da Suprema Corte.

Vale ressaltar, ainda, que os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa já se manifestaram acerca da questão.

O Ministro Eros Grau, em manifestação específica sobre o tema, entendeu ter ocorrido verdadeira alteração do próprio texto constitucional afirmando que passamos, em verdade, de um texto pelo qual 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, que determina a competência privativamente do Senado Federal apenas para 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.

Em sentido oposto, os outros dois Ministros refutaram a idéia de ocorrência de mutação constitucional, afirmando que o STF possui meio adequado para estender os efeitos de suas decisões, qual seja, a Súmula Vinculante.

Diante deste quadro jurisprudencial, destaca-se, inicialmente, que a “abstrativização” do controle difuso, como sugerem certos julgados do Supremo Tribunal Federal, pode apresentar alguns aspectos positivos, na medida em prestigiaria os princípios celeridade e da economia processual.

Certo é que a concessão de efeitos *erga omnes* e vinculante atribuído às decisões proferidas pela Côrte afastaria a necessidade de outras ações tendentes a discutir a validade da mesma norma declarada inconstitucional em sede de Recurso Extraordinário. Pode-se dizer que asseguraria, de forma mais abrangente, a supremacia e a rigidez constitucional, uma vez que o controle de constitucionalidade, em tese, estaria mais acessível aos cidadãos comuns, tendo em vista que não se exigiria legitimação específica para a ação.

De outro giro, cumpre analisar um vasto rol de aspectos negativos que poderão decorrer dessa nova tendência trazida pelo Supremo.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que a análise da inconstitucionalidade de uma lei dentro do sistema de controle difuso é levada à Corte Constitucional, via de regra, por meio do Recurso Extraordinário. Tal mecanismo implica em verificar, a partir de um caso concreto, a validade da lei que fundamenta o direito de uma das partes.

Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade é realizada de forma incidental, constando somente na fundamentação da decisão proferida. Assim, não possui o condão de

atingir a coisa julgada e produz efeitos somente entre as partes da relação processual.

Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade, como o *quorum* constitucional de maioria absoluta, far-se-á a comunicação, após o trânsito em julgado, ao Senado Federal para que este proceda, caso entenda necessário, à suspensão da lei nos moldes do art. 52, X da Constituição Federal. Trata-se de uma atribuição discricionária e de natureza política conferida ao Senado pelo próprio Constituinte Originário na busca da manutenção do equilíbrio entre os Poderes.

Verifica-se, portanto, que a proposta trazida pelo STF quanto à “abstrativização” do controle difuso esbarra no sistema de freios e contrapesos, burlando a regra constitucional de Separação de Poderes. A sustentação da ocorrência de mutação constitucional mostra-se inadequada, visto que não se pode pregar a alteração do significado e do sentido interpretativo de um texto da Carta quando esta interpretação vai de encontro a princípio constitucional relativo à própria estrutura do Estado Democrático de Direito, afetando o equilíbrio estatal e a manutenção do controle necessário à existência da Federação.

Ademais, dizer que o Senado possui apenas o papel de conferir publicidade às decisões proferidas pela Côrte seria o mesmo que atribuir total independência ao Judiciário acerca da análise de questões constitucionais. Seguindo esse raciocínio, devemos lembrar que, para uma lei ser declarada inválida perante o ordenamento constitucional, necessário é que se adote um procedimento rigoroso de análise, contendo regras que permitam a realização de debates amplos acerca da real incompatibilidade da norma e dos reflexos que a decisão pode causar.

Certo é, no entanto, que o sistema de controle difuso, por analisar a constitucionalidade incidentalmente, como questão prejudicial do mérito de um processo que deflagra um caso concreto, deve estar revestido da celeridade exigida pela própria Carta Constitucional, observando a razoável duração do processo. Dessa forma, verifica-se que tal

sistema não é capaz de proporcionar a amplitude de análise que se espera de um controle de normas apto a expurgá-las definitivamente do ordenamento jurídico.

O sistema de controle brasileiro prestigia a análise ampla da questão constitucional no controle concentrado, prevendo, inclusive, a presença da figura do *amicus curie*, corroborando para a discussão do tema que envolve a lei a ser analisada. Por outro lado, no controle difuso, ainda que se admita a presença do *amicus curie*, não há espaço para realização de debates aprimorados, eis que se limita à análise de questão constitucional incidental.

Destaca-se que a atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões em controle difuso iria importar numa ofensa ao contraditório e ao devido processo legal, visto que, malgrado haja a previsão de abertura da interpretação constitucional no incidente de arguição de inconstitucionalidade, inclusive com a admissão do *amicus curie*, tal possibilidade é insuficiente para legitimar processualmente a decisão. Logo, não haveria sequer processo, diante da absoluta ausência de participação daqueles que estariam submetidos à decisão, ceifando uma esfera dialógica inerente e imprescindível à devida prestação jurisdicional, quanto mais em se tratando de jurisdição Constitucional.

O processo é um procedimento do qual são habilitados a participar aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos. A atuação do Senado Federal, por outro lado, consiste numa tentativa de resolução dos problemas relativos à segurança jurídica e à isonomia que adviriam pela adoção do modelo difuso num sistema de direito escrito e não de direito jurisprudencial, que não adota o caráter vinculante do precedente, rejeitando a regra do *stare decisis*.

Feitas de tais considerações, cabe mencionar ainda que o STF pode se valer da edição de Súmulas Vinculantes, mecanismo adequado trazido pela Emenda Constitucional no. 45, para atribuir efeitos gerais e vinculação às suas decisões, tornando o entendimento

sumulado obrigatório a todos os tribunais e juízes, bem como à Administração Pública, direta e indireta, excluindo-se somente o Legislativo, para preservação do equilíbrio entre os Poderes. Ressalte-se que o quorum de aprovação da Súmula Vinculante é de dois terços dos membros, o que confere maior rigidez e segurança à decisão da Côrte.

Tendo este instrumento nas mãos, o STF pode atingir a vinculação de forma muito mais segura que a aplicação de efeitos abstratos ao controle difuso, o que revela verdadeira desnecessidade de expor a risco todo o sistema constitucional de controle das normas.

Nesse sentido, Streck destaca que dar efeitos vinculantes em controle difuso implica em retirar a razão de ser das súmulas, pois estas valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco (STRECK, 2005).

Afirma o doutrinador que uma decisão de inconstitucionalidade em sede de controle dito objetivo funciona como uma derrogação da lei feita pelo Poder Legislativo, assim, o STF, ao declarar uma inconstitucionalidade no controle concentrado, supostamente funciona como legislador negativo. Conclui que uma súmula, elaborada com o quorum mínimo de oito votos, pode alterar a Constituição e, para alterar essa súmula, se o STF não o fizer, serão necessários três quintos dos votos do Congresso Nacional, em votação bicameral, em dois turnos. De outro lado, uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso, proferida por seis votos, pode proceder a alterações na estrutura jurídica do país, ultrapassando a questão a cerca da tensão vigência e eficácia de uma lei (STRECK, 2005).

Sob esta visão, pode-se afirmar que a abstrativização corresponderia a uma burla ao procedimento legal, na medida em que não teria o condão de fornecer os mecanismos essenciais previstos constitucionalmente para a verificação da inconstitucionalidade.

Ademais, tal mecanismo corresponderia à extinção da distinção dos efeitos das decisões proferidas em sede de controles difuso e concentrado e afrontaria diretamente alguns princípios basilares do Estado Democrático de Direito, pois atacaria a garantia constitucional

do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, além de ferir a separação dos poderes.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado buscou analisar as questões que envolvem a nova tendência jurisprudencial no sentido de atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes as decisões proferidas em sede de controle difuso pela Suprema Corte.

Conforme se observou, a nova concepção jurisprudencial de abstrativização dos julgados do Supremo Tribunal Federal diz respeito não somente a uma reestruturação do controle de constitucionalidade no Brasil, mas também do Poder Constituinte, do equilíbrio entre os Poderes da República e do Sistema Federativo.

Assim, constata-se que a Reclamação 4335/AC proporcionou a abertura de um debate não apenas interessante e, ao mesmo tempo, arriscado, pois os impactos da decisão ali deflagrada podem repercutir inexoravelmente em toda a sociedade brasileira.

Evidentemente, cada alteração realizada no ordenamento jurídico influencia outros vértices, aflorando a capacidade intelectual de vozes abalizadas em procurar entender os efeitos de tais mudanças. As análises, no entanto, devem sempre perquirir o caminho que melhor conduza à segurança jurídica e ao bem-estar social, observando, inclusive, o equilíbrio entre os Poderes e as garantias constitucionais.

Portanto, a partir do quadro apresentado, devemos questionar até que ponto a idéia de abstrativizar o controle difuso se apresenta benéfica e satisfatória diante de um Estado Democrático de Direito que, por sua natureza, deve estar baseado na preservação de princípios protetores dos cidadãos, como o devido processo legal e o acesso à justiça.

Dessa forma, ainda que se verifique indiscutível celeridade emanada da produção de

julgados a partir da análise hipoteticamente considerada pelo Supremo, com efeitos gerais, não se pode deixar de constatar que a excessiva concentração dos casos que envolvem matéria constitucional na Suprema Corte pode resultar decisões que reflitam baixa qualidade e ineficiência, haja vista a restrição de debates de suma relevância.

Admitir a atribuição de efeitos gerais no âmbito do controle difuso de constitucionalidade implica em aceitar a ocorrência de uma transformação paradigmática em relação ao sistema de controle de constitucionalidade instituído pela própria Carta Constitucional, descaracterizando o modelo histórico constitucional brasileiro.

A perigosa visão apontada pela jurisprudência indica uma parcial amputação do próprio controle difuso do ordenamento jurídico. Reduzir tal instituto não se apresenta como a melhor solução, haja vista que a manutenção da dicotomia hoje existente na forma de controle de constitucionalidade permanecerá atendendo satisfatoriamente os reclames sociais, sem que haja necessidade de violar princípios e valores básicos constitucionais.

Dúvidas não há quanto ao fato de que, atualmente, diante do descrédito e da crise institucional que o Legislativo e o Executivo enfrentam, a expectativa social recai sobre o Judiciário, especialmente, no que toca ao Supremo Tribunal e suas decisões. A consequência disto é uma inegável tendência ao fortalecimento da Corte.

No entanto, os anseios da sociedade e a busca por soluções utópicas não podem ultrapassar toda sistemática constitucional construída ao longo dos anos, podendo, inclusive, atingir soluções perigosas, capazes de provocar um desequilíbrio arriscado da separação dos poderes e de seu sistema de freios e contrapesos, fundamental para a manutenção da própria Federação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais – O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *Conceitos Fundamentais Sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, atualizada até a Emenda Constitucional nº 52/2006. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 09/03/2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão: José Carlos Barbosa Moreira. 2 ed. Rio de Janeiro: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. *STF admite progressão de regime nos crimes hediondos*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>>. Acesso em: 06 mar. 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A teoria da separação de poderes*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 489, 8 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5896>>. Acesso em: 12 set. 2007

MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*.

São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Caderno de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade*. Módulo V: TRF da 4ª Região, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário*. Revista Forense - edição comemorativa dos 100 anos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martorio 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: <<http://www.leniostreck.com.br/index.php>>. Acessado em: 22 out. 2007.

