

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

**A TENDÊNCIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

LEANDRO ANTONIO ALVES

PUC/SÃO PAULO – 2013

LEANDROANTONIO ALVES

**A TENDÊNCIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada ao
Curso de Pós-Graduação em
Processo Civil da Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo, como requisito à obtenção
do título de Especialista.**

**Orientador: Professor
Fernando Sacco Neto**

PUC/SÃO PAULO - 2013

LEANDRO ANTONIO ALVES

**A TENDÊNCIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada ao
Curso de Pós-Graduação em
Processo Civil da Pontifícia
Universidade de São Paulo, como
requisito à obtenção do título de
Especialista.**

Professor Fernando Sacco Neto

Orientador

São Paulo, janeiro de 2013

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo perquirir os estudos que permeiam a objetivação ou abstrativização do controle difuso de constitucionalidade dentro do sistema jurídico brasileiro. Em nosso ordenamento constitucional, os institutos de controle representam instrumentos imprescindíveis a manter a ordem jurídica e legal disposta pela Carta Magna.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, verificou-se uma forte tendência de prestígio ao controle concentrado de constitucionalidade, diferentemente do que dispunham as Constituições anteriores, sempre tendentes, na sua maioria, ao controle difuso.

No entanto, é de se ressaltar que a tentativa do Poder Legislativo de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade houve por bem aproximar os dois sistemas de controle constitucional existentes em nosso ordenamento jurídico.

Verifica-se, portanto, que vários aspectos do controle concentrado foram alocados para o controle difuso de constitucionalidade, transformando este último, também, em veículo do controle abstrato de normas.

Assim sendo, o objetivo desta obra é demonstrar a concessão de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade de leis, explorando um pouco mais as questões jurídicas inerentes ao recurso extraordinário, sobretudo no que tange a dispensa do requisito político de suspensão da eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal concedida, discricionariamente, pelo Senado Federal.

Destarte, almeja-se diminuir o liame criado pela Constituição Federal de 1988 entre a arguição incidental de inconstitucionalidade das normas e o controle abstrato de normas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, elevando à Corte Maior, o status de intérprete máxima da Constituição.

Neste sentido, então, envereda-se o presente estudo, a esmiuçar a hermenêutica jurídica que ensejou a tendência de utilização desta teoria em nosso ordenamento jurídico.

Palavras Chave: Resumo. Controle de Constitucionalidade. Controle Difuso. Recurso Extraordinário. Abstrativização. Efeito Vinculante.

ABSTRACT

This monograph is scope in asking about studies that permeate the objectification or “abstrativização” the diffuse control of constitutionality within the Brazilian legal system. In our constitutional system, the control institutes represent essential tools to maintain law and legal prepared by the Constitution.

With the promulgation of the Constitution of 1988, there was a strong tendency for the prestigious concentrated control of constitutionality, unlike what the previous constitutions had always aimed mostly at controlling diffuse.

However, it should be emphasized that the attempt by the Legislature to strengthen the concentrated control of constitutionality, was pleased to bring the two control systems existing in our constitutional law.

It appears, therefore, that control various aspects of the concentrate were allocated to the fuzzy control of constitutionality, transforming the latter also in the abstract control of vehicle standards.

Therefore, the aim of this work is to demonstrate the effectiveness *erga omnes* allocation of the decisions taken based on fuzzy control of constitutionality of laws, exploring a little more legal issues inherent in the extraordinary appeal, especially regarding the waiver of the requirement of political suspending the effectiveness of a law declared unconstitutional by the Supreme Court granted on a discretionary basis by the Senate.

Thus, the target is to decrease the bond created by the 1988 Federal Constitution between incidental complaint of unconstitutionality of rules and an abstract of standards under the Federal Supreme Court, raising the Higher Court, the status of maximum interpreter of the Constitution.

In this sense, then, is appealing to the present study, to scrutinize the legal interpretation which led to a tendency to use this theory in our legal system.

Keywords: Summary. Judicial Review. Diffused Control. Extraordinary. Appeal. “Abstrativização”. Binding Effect.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	13
2. DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, PRESSUPOSTOS E CONCEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	17
3. ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE	20
4. MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	22
4.1 Controles de Constitucionalidade.....	24
4.1.1 Controle difuso de constitucionalidade.....	24
4.1.2 Controle concentrado de constitucionalidade.....	26
4.2. O Sistema de Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	26
4.3 O Controle Judicial de Constitucionalidade no Brasil.....	29
4.4 Controle de Constitucionalidade Difuso por Via Incidental.....	30
5. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF	33
5.1 Da Figura do “Amicus Curiae”.....	34
5.2 Da Modulação dos Efeitos no Controle Difuso.....	36
5.3 Da Dispensa de Prequestionamento em Recurso Extraordinário.....	39
5.4 Da Repercussão Geral por Amostragem.....	41
5.5 Das Atribuições do Senado Federal.....	43
6. PROCESSAMENTO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL	47
7. DA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	50
7.1 Dos Efeitos da Decisão.....	53
8. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO INCIDENTE EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO	56
9. CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Primeiramente, importante ressaltar que a *quaestio juris* explorada no presente trabalho monográfico, somente se formalizou e vem se consolidando, notadamente, pela mutação obtida com os avanços sociais contemporâneos.

Desta maneira, apenas como premissa, é necessário dizer, então, que o Direito deve ser sempre visto como uma ciência em constante evolução, a qual mesmo possuindo sólidas bases teóricas para sua composição tem de se adaptar inteiramente aos avanços e alterações surgidas e impostas pela sociedade ao longo dos anos, acompanhando a real necessidade de compor normas necessárias a proteger os bens jurídicos surgidos com tais avanços.

A tendência surgida com a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade segue exatamente a ideia traçada de adequação do Direito normatizado ao Direito consuetudinário, ou seja, surgido com as mudanças sociais, e havendo, assim, a necessidade de uma urgente e benfeitora adaptação ao sistema já consolidado.

Em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988, verificou-se uma ampla expansão do controle concentrado de constitucionalidade face o controle difuso, não só pela conservação de instrumentos de controle já consolidados, mas também com a produção de outros (ADC e ADPF), a regulação infraconstitucional e o aumento do rol de legitimados para a propositura dessas ações.

Não obstante este prestígio ao controle concentrado, o ordenamento jurídico brasileiro, se compõe de um sistema misto e bastante peculiar, sendo, tradicionalmente segregado, levando em consideração o interesse, a competência, a apreciação, os efeitos, etc.

Malgrado esta divisão, através de seus julgados o Supremo Tribunal Federal vem coordenando mudanças significativas no que tange à aproximação de ambos os sistemas, ensejando, assim, uma objetivação ou abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A tendência a esta nova realidade foi trazida principalmente com a Reforma do Judiciário, na Emenda Constitucional nº 45 de 2004, onde se denota de maneira ampla, além das inovações ao controle concentrado constitucional, também características distintas, sobretudo ao recurso extraordinário, que de certa maneira, passou também a exercer o controle abstrato de constitucionalidade.

Imperioso ressaltar que essa é uma tendência que vem sendo construída há algum tempo e também expressamente adotada pelos ministros em seus votos nos julgamentos de recursos extraordinários. O objetivo é atribuir efeitos *erga omnes* e vinculante às teses de inconstitucionalidade criadas pelo STF na fundamentação dos recursos extraordinários.

Outrossim, apenas exemplificando as argumentações introdutórias, salienta-se que a Ministra Ellen Gracie ratificou referida tendência, ao proferir seu voto no AI-AgR 375.011/RS (STF, 2004) e ao declarar que o STF " *vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões.*"

Ressalte-se, portanto, que as novas metodologias jurídicas utilizadas pela jurisdição constitucional, frente a uma nova realidade social, estão influenciando a compreensão da causa de pedir no recurso extraordinário em virtude da criatividade judicial exigida pela adequação do texto legislativo à contínua evolução social.

Assim, decorrente de tal expectativa de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, se faz necessária uma releitura do nosso sistema constitucional, utilizando-se de minuciosa avaliação das intersecções havidas entre os dois modelos de controle constitucional das normas.

E, por fim, e também por óbvio, analisar a regra disposta no inciso X, do artigo 52 da CF/88, no que diz respeito ao papel do Senado Federal quanto à suspensão da execução da norma declarada inconstitucional por maioria absoluta dos membros do STF.

No que tange a metodologia adotada nesta monografia, ressaltar-se que, em algumas ocasiões foi utilizado o método dedutivo, sobretudo por se tratar de instituto ainda não totalmente consolidado em nosso ordenamento. Assim, o presente estudo parte, algumas vezes, de assertivas hipotéticas. A técnica utilizada será a documentação direta e indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, documental e decisões proferidas pela nossa Corte Maior.

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Brasil, a partir da República Velha - período da história que se estendeu da proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, até a Revolução de 1930 - o histórico de nossas Constituições sempre demonstrou tendência de privilégio ao modelo também utilizado nos Estados Unidos¹ que deu origem ao que hoje se conhece como *judicial review*, ou controle difuso de constitucionalidade, no qual, em suma, os tribunais somente se manifestariam sobre a inconstitucionalidade das leis quando provocados pelos litigantes.

Voltando um pouco, apenas por menção histórica, já se verificou na Constituição de 1891 tal inovação em nosso ordenamento jurídico, mas sua função resumia-se a mera hermenêutica e não substituição da figura do legislador, reconhecendo ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever as sentenças proferidas pelas Justiças dos Estados, tangentes a tratados e leis federais (MENDES; MARTINS, 2005, p. p. 35-37).

Entretanto, na Constituição de 1934 houve algumas mudanças consideráveis no que concerne ao controle de constitucionalidade, a confirmação do voto deveria ser proferida pela maioria da totalidade da composição do respectivo tribunal (MENDES; MARTINS, 2005, p. p. 38-41), e ainda, a instituição da nova competência do Senado Federal que suspendia “*a execução de lei considerada inconstitucional pela Suprema Corte*” (KELSEN, 2003, p. XVI).

Além disso houve a criação da representação interventiva destinada ao Procurador Geral da República quando ocorresse qualquer ofensa a “*princípios consagrados no artigo 7º, inciso I, ‘a’ a ‘h’ da Constituição*” (MENDES; MARTINS, 2005, p. 39).

A Constituição Federal de 1937 em nada acresceu à evolução do modelo de constitucionalidade desenvolvido até então, pelo contrário, apresentou um ligeiro retrocesso,

¹ No ano de 1803, em decorrência de situação politicamente hostil, a Suprema Corte dos EUA se reuniu para decidir o caso *Marbury v. Madison*. Perfazendo a primeira decisão na qual a Suprema Corte confirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando interpretação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais, ou seja, tratava-se do *judicial review*. No desenvolvimento de seu voto, o juiz Marshall, presidente da Corte, em um primeiro momento, demonstrou o direito de Marbury à investidura como juiz de paz para exercê-lo durante 5 anos. Em um segundo momento, verificou que deveria haver remédio jurídico para assegurá-lo o direito constatado, que seria o *writ of mandamus*. Conforme explicita Barroso (2009, p. 8), Marshall concluiu que diante do conflito entre lei e Constituição, pode a Corte deixar de aplicar uma lei inconstitucional, baseando-se em três grandes fundamentos. Invariavelmente, a “supremacia da Constituição”; como consequência da primeira premissa, “nulidade da lei que contrarie a Constituição”; e finalmente, fixando o incumbido de solucionar essa questão, fixando a controversa premissa à época que é o “Poder Judiciário o intérprete final da Constituição”. Pôde-se concluir que foi a decisão do caso *Marbury v. Madison* que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, que surgiu como difuso e por via incidental. Mais do que isso, “*deixou assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final*” (BARROSO, 2009, p. 10). Prevaleceram, pois, os valores perenes da Constituição frente à vontade circunstancial das maiorias.

onde outorgava ao chefe do Poder Executivo, no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, a possibilidade de sua entrega para reexame ao Parlamento, que poderia confirmá-la no ordenamento, tornando inócua a decisão proferida pelo Tribunal.

A representação interventiva citada anteriormente, inicialmente criada na Constituição de 1934 como uma forma de ação direta de inconstitucionalidade, tomou corpo na Constituição de 1946, onde o Procurador Geral da República não submetia mais à Corte Suprema a lei federal que decretasse a intervenção nos Estados, declarava diretamente o ato em si inconstitucional (PALU, 1999, p. 120).

Outra mudança ocorrida na vigência desta Carta ocorreu quanto à aplicação da arguição de inconstitucionalidade no processo do Mandado de Segurança (Lei nº 2.271 de 1954), no qual o Procurador Geral continuou a ter o monopólio da ação, entretanto, na alteração legislativa de 1964 perdeu este posto, dando espaço para a execução procedimental ao tribunal julgador do mandado (MENDES; MARTINS, 2005, p. 50).

Neste período, a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro as primeiras impressões para um controle de constitucionalidade abstrato, sob a forma de representação, proposta pelo Procurador Geral da República, que objetivava, principalmente, preservar a ordem Jurídica nacional de leis contrárias, através do reconhecimento do efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (MENDES; MARTINS, 2005, p. 53).

Em contrapartida, no âmbito dos Estados, criou-se a possibilidade de “*declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado*” (PALU, 1999, p. 121) pelos Tribunais de Justiça, mantendo e reforçando a perspectiva da importância do controle difuso de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição de 1967 não trouxe muitas inovações, mantendo-se incólume quanto ao controle difuso e a representação de inconstitucionalidade prevista na CF de 1946 com a emenda 16/65.

Entretanto, quanto à representação interventiva, teve seu objeto ampliado para garantir a observância da execução da lei federal, além de já existente observância dos princípios sensíveis.

Malgrado a Constituição de 1967 não tenha incorporado o processo de competência originária dos Tribunais de Justiça sobre o juízo de constitucionalidade dos atos normativos municipais e estaduais, cujos parâmetros eram as respectivas Constituições Estaduais, a emenda 1/69 o fez expressamente.

Nesse período, houve intensas discussões acerca da discricionariedade do Procurador Geral da República para oferecer a representação de inconstitucionalidade ao STF, mas naquela época, a doutrina majoritária, em função da ambivalência da questão sobre haver ou não plena liberdade de representação do Procurador Geral da República, não tornou patente a real natureza do instituto da representação interventiva.

In casu, ao que parece não se pretendia que o propósito exclusivo da representação pelo Procurador Geral da República fosse apenas a declaração de inconstitucionalidade da norma. Pelo contrário, pois conforme indicava o artigo 169² do Regimento Interno do STF, o PGR poderia efetivar a representação de inconstitucionalidade mesmo que com parecer contrário.

Em verdade, “*era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de controvérsia constitucional relevante.*” (MENDES. 2009, p. 76). Por consequência, havendo esta, nas palavras do ministro Gilmar Mendes (2008, p. 1050), chancelava o “poder” do Procurador Geral da República em propor a representação em “poder-dever” de submeter a questão constitucional relevante ao STF sob a forma de representação de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, no caso de estar convencido da improcedência da arguição de inconstitucionalidade.

Destarte, foi durante esse período histórico do controle de constitucionalidade que o Poder Constituinte originário promulgou a Constituição Federal de 1988, trazendo importantes e necessárias mudanças ao sistema de controle de constitucionalidade pátrio.

Assim, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a ampliação da legitimação da propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que antes tinham apenas como titular o Procurador Geral da República, e que a partir de então, incluiu-se no rol taxativo do artigo 103, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe no âmbito nacional.

Desta feita, o controle difuso de constitucionalidade que antes imperava em nosso ordenamento passou a ser exercido em conjunto ao controle abstrato, atenuando a sua utilização, tendo em vista que as questões de grande vulto jurídico, agora, poderiam e

² Art. 169 - O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade. § 1º Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.

deveriam ser suscitadas perante o Supremo Tribunal Federal, mediante a utilização do processo de controle concentrado de normas, pois com o aumento do rol de legitimados para a propositura dos remédios de arguição de inconstitucionalidade das leis, diminuiu a necessidade dos cidadãos de oporem incidentalmente tais questões prejudiciais, sobretudo pelo interesse das entidades de classe, partidos políticos, que muitas vezes o representariam em decorrência de um bem jurídico coletivo a ser protegido, surgindo, então, especificamente, um sistema misto de controle de constitucionalidade em nosso ordenamento.

2. DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, PRESSUPOSTOS E CONCEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente, antes de adentrarmos ao estudo em ênfase, premente se faz conceituar e diferenciar jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade. Segundo Luís Roberto Barroso (2009.a, p. 3), jurisdição constitucional denomina-se à aplicação da Constituição por Juízes e Tribunais, ou melhor, é *“a atuação do Poder do Estado na aplicação e interpretação da Constituição”* (ZAVASCKI. 2001, p. 11).

Nos casos em que a exata norma discipline a hipótese a ser dirimida, sua aplicação poderá ser direta, casos em que há violação frontal da Constituição, através de normas que advém do processo legislativo e estão elencadas, na sua maioria, no art. 59 da CF, e indireta na situação em que a Constituição sirva de parâmetro para atribuir sentido a uma norma infraconstitucional ou de referência para sua validade. Apenas na segunda situação é que se enquadra o controle de constitucionalidade.

Destarte, esta forma de exercício de jurisdição constitucional é um instrumento para a tutela mediata da ordem jurídica, objetivamente considerada, consubstanciado nos vários mecanismos de constitucionalidade.

Perante tal necessidade de tutela abstrata da ordem jurídica, o legislador constituinte originário criou mecanismos de controle dos atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Constituição.

Indubitável, porém, como indica Pedro Lenza (2011, p. 219), que perante a atividade relacional do controle constitucional existem pelo menos três presunções essenciais à sua existência, constando a Constituição como referência, são eles: a rigidez constitucional, a supremacia e a atribuição de competência a determinado órgão para realizar tal juízo.

“A ideia de controle, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo” (LENZA. 2011, p. 219), empregando à Constituição posição hierárquica superior, caracterizando-se como norma de validade aos demais atos normativos. Cuida-se, aqui, do Princípio da Supremacia da Constituição, alçando à Lei Maior fundamento de validade de todas as normas, consoante característica definição jurídica de Constituição de Kelsen, segundo o qual *“uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição”* (KELSEN. 2003, p. 300).

Nesta expectativa, a norma constitucional deve ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aqueles aptos a gerarem normas infraconstitucionais.

Assim, nesta seara:

“as Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois, a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõem-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamento, etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos“ (BONAVIDES.2007, p. 296)

Ressalvada esta análise preliminar, vem à margem a necessidade de conceituar o objeto desses mecanismos: a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas, ou seja, a verificação de sua compatibilidade perante a Carta Magna.

Trata-se da relação de índole normativa e valorativa que qualifica sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Somente dessa maneira verifica-se a obrigatoriedade da norma constitucional e inutilidade de todo e qualquer conteúdo normativo contrário a ela.

Com efeito, a perspectiva relacional dos interesses normativos escalonados, resultante da supremacia da constituição, indubitavelmente, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional, com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas (critério de hierarquia dinâmico derivado do conceito jurídico de Constituição de Kelsen), mas igualmente a observância de sua dimensão material.

Então, pode-se afirmar que:

“a Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma ‘ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade’. É ordem fundamental, eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regularização infraconstitucional (CLEVE. 2000, p.25-26).

A supremacia da Constituição consiste na sua posição hierárquica preponderante dentro do sistema normativo, que se estrutura de forma escalonada, sendo ela, fundamento de validade para as demais normas.

Diante dessa situação de supremacia de validação da Constituição, nenhuma lei ou ato jurídico, poderá subsistir validamente se desconforme ao seu ordenamento.

Ressalte-se que a supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas públicas ou privadas, no entanto, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta os atos emanados dos órgãos de poder, portanto, públicos de natureza. Condutas

privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, mas por instrumentos diversos³ (MIRANDA. 2001. p. 10 apud BARROSO. 2009, p. 11)

Por razão histórica, Pedro Lenza (2011. p. 220) destaca a relevante influência do direito estadunidense sobre grande parcela da doutrina brasileira, que culminou na adesão da teoria da nulidade.

Portanto, conforme essa teoria, a decisão de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, que afeta o plano da validade da norma, declara situação pretérita, ou seja, trata-se de vício congênito. Deste modo, a ideia é a lei ser considerada “natimorta”, conquanto existente, logo, não produziria efeitos desde o primeiro momento de sua vigência (eficácia).

³ Nesse cerne, Miranda (2001, p. 10 apud BARROSO. 2009, p. 11) salienta que não é inconstitucionalidade o ferimento a direitos, liberdades e garantias por entidades privadas. Tais violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, diverso dos regimes especiais a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado.

3. ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Evidenciado o fenômeno da inconstitucionalidade, se denota que há tantos tipos e manifestações diferentes desse juízo comparativo quanto diverso os critérios de aferição.

Destarte, o critério distintivo mais utilizado é o relativo à origem do defeito que atinge o ato questionado, culminante na classificação em inconstitucionalidade formal e material. Pedro Lenza (2011, p. 231) conceitua inconstitucionalidade formal *lato sensu*, ou “nomodinâmica”, como sendo aquela relativa a algum vício formal, em sentido amplo. Se o ato normativo tiver sido produzido em desconformidade com as normas de competência, é denominada inconstitucionalidade formal orgânica, ou se o desvirtuamento for a mácula do procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico, é hipótese de ocorrência da espécie inconstitucionalidade formal *stricto sensu*.

Pedro Lenza (2011, p. 233) ainda discorre a respeito de uma terceira espécie de vício formal, que seria aquele atinente à violação de pressupostos objetivos do ato normativo, que se trata, simplesmente, de inobservância de alguns pressupostos estabelecido na Constituição que não foi observado na edição do ato normativo, não obstante não tenha havido irregularidades no procedimento legislativo⁴.

Outrossim, a inconstitucionalidade material, denominada “nomoestática” por Lenza (2011, p. 234), diz respeito ao próprio conteúdo do ato com regra ou princípios constitucionais, verificando-se igualmente em eventual desvio de poder⁵ ou em excesso do poder legislativo⁶.

Ainda, visualizado os diversos momentos da edição das normas constitucionais, a inconstitucionalidade será demarcada em originária ou superveniente. Se a norma legal é posterior à norma constitucional em análise, trata-se de típico caso de inconstitucionalidade originária. Contrariamente, caso a norma constitucional seja superveniente à norma originária

⁴ Clève (2000, p. 41) aponta como exemplo a edição de medidas provisórias sem a observância dos requisitos de relevância e urgência (CF, art. 62, *caput*) ou a criação de municípios por lei estadual sem a observância dos requisitos do art. 18, §4º da CF.

⁵ Mendes (2008, p. 1013) afirma ser tema bastante tormentoso, pois se cuida de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionais previstos ou a constatar a observância do princípio da proporcionalidade, ou seja, proceder à censura acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, ou ponderação.

⁶ Como manifestação de inconstitucionalidade, o excesso de poder implica censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa, ou seja, na esfera de liberdade de conformação legislativa. Reconhece-se o poder de conformação do legislador apenas dentro dos limites estabelecidos pela Constituição.

pré-constitucional, constatada a incompatibilidade, cuida-se de revogação⁷ no direito brasileiro, não inconstitucionalidade originária.

Ademais, outra espécie de inconstitucionalidade é aquela resultante do tipo de conduta do legislador: inconstitucionalidade por ação e por omissão. Caso haja conduta positiva, ou seja, normas jurídicas já estatuídas, a inconstitucionalidade por ação configura-se pela incompatibilidade dos atos legislativos com norma constitucional.

Em contrapartida, consoante o ministro Gilmar Mendes (2008, p. 1025) havendo conduta omissiva⁸, será inconstitucional se culminar em inobservância de dever constitucional de legislar, observado tanto de comando explícito como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.

Dessa forma Canotilho (1993, p. 982 *apud* LENZA. 2011, p. 230) distingue que enquanto a ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão).

Por fim, deve-se ressaltar a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais no direito brasileiro, derivada das próprias limitações impostas pelo poder constituinte originário, a qual possibilita a reforma da Constituição pelo poder constituinte derivado, para assegurar a integridade da essencialidade da ordem jurídica fundamental. Destarte, desrespeitadas as limitações circunstanciais, formais, ou materiais (cláusulas pétreas) pelas emendas à Constituição ou Revisão Constitucional, legítima é a declaração de inconstitucionalidade da norma constitucional.

⁷ A matéria não é afeta ao juízo de constitucionalidade, mas possui implicações no âmbito do direito intertemporal, ou seja, a colisão dessas normas não se encontra no âmbito da supremacia da constituição, sim em vista da força da *lex posterior*. A adoção dessa posição pelo STF indica um argumento prático, que desincumbe os tribunais de submeter a matéria ao plenário para declarar a inconstitucionalidade, porquanto trata-se de mera revogação; e um argumento lógico, já que o legislador pré-constitucional não poderia ter sua norma padecida de nulidade pela mudança futura do parâmetro constitucional, já que não é ainda possível adivinhar o futuro.

⁸ Ressalta-se que o mero não fazer do legislador não implica omissão inconstitucional, já que legislar, como regra, é uma faculdade inserta na liberdade de conformação. Todavia, atenta Barroso (2009, p. 34) que se a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima. Tais imposições constitucionais apresentam-se como normas constitucionais de organização e normas definidoras de direitos.

4. MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Demonstrada a supremacia da Constituição e sua força vinculante em relação aos poderes público e privado, invariavelmente, vêm à tona as formas e modos de controle da Constituição.

A doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: americano, francês e austríaco⁹.

Destas simples matrizes, teoricamente com características bastante isoladas¹⁰, derivam as variações de sistema de controle de constitucionalidade de outros países. Para melhor compreensão didática dos sistemas constitucionais derivados desses modelos, sistematizaram-se as características de cada um deles levando em conta variados critérios¹¹.

O critério básico é inerente à natureza do órgão incumbido do controle constitucional. Nessa perspectiva, é possível diferenciar o controle político¹² do controle judicial, sendo naquele o exercício de fiscalização da constitucionalidade por órgão, geralmente ligado de modo direto ao parlamento, muito associado ao modelo francês.

⁹ Para fins de esclarecimento preliminar, o modelo americano, cujo marco é o *leading case Marbury v. Madison*, caracteriza-se essencialmente por ser exercido difusamente por todos os juízes e tribunais, no desempenho ordinário de suas funções jurisdicionais, cuja decisão da inconstitucionalidade terá caráter declaratório (*ex tunc*), pois vício da inconstitucionalidade é congênito. O modelo austríaco, tendo Kelsen (2003) como seu mentor, valendo-se do prestígio do Tribunal Constitucional alemão, disseminou-se na Europa depois da Segunda Guerra Mundial. Como previu Kelsen (2003, p. 303), caracteriza-se basicamente pela criação de um órgão próprio – Corte Constitucional – ao qual atribui competência para concentradamente exercer juízo acerca da constitucionalidade (monopólio da jurisdição constitucional). Dessa forma, no controle do caso concreto, os juízes e tribunais suspenderão o processo em que há arguição plausível de inconstitucionalidade, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional (cisão funcional vertical). Após o pronunciamento desse órgão, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo competente. Quanto ao modelo francês, caracteriza-se por ser não judicial e prévio.

¹⁰ Parece certa a observação de Mendes (2008, p. 1007) no sentido de a pretensa divisão estanque nos três referidos modelos básicos mostra-se útil apenas para fins didáticos. O desenvolvimento desses modelos claramente inclina a uma situação de convergência e aproximação a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos. O modelo austríaco ou europeu rompeu com o monopólio de controle das cortes constitucionais, passando outros órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria, por conseguinte, os juízes e tribunais passaram a ser ativos participantes do controle de constitucionalidade, ao menos na condição de órgão incumbido de provocação. Da mesma forma que se mostra mitigada o pretenso hiato com o modelo americano, este, por sua vez, vem perdendo sua característica de defesa de posições unicamente subjetivas. A modelagem processual do modelo americano acusa essa tendência de objetivação com a utilização de mecanismos como *amicus curiae*, que amplia o âmbito das discussões da questão constitucional. Além disso, o *writ of certiorari* possibilita filtragem das questões relevantes para serem decididas pela Suprema Corte e, finalmente, o *stare decisis* implica no reconhecimento do efeito vinculante às decisões. Por fim, até mesmo o modelo francês vem adotando gradualmente postura que se aproxima de um órgão de jurisdição constitucional.

¹¹ Por óbvio, todos os critérios a seguir expostos são meros pontos de referência para fins de melhor visualização do tema, ou seja, nada impede, ao contrario, ocorre na maioria das vezes, que haja modelos reais que diante de um mesmo critério classificatório ideal situe em algum ponto dos dois extremos paradigmas.

¹² Há autores, como Meirelles (2009, p. 78) que consideram ser agente político o órgão estatal dotado de autonomia de decisão outorgada diretamente pela constituição, devendo perceber subsídio. Nesse sentido, também os juízes e tribunais, por sua atuação independente e não hierarquizada, são considerados órgãos políticos. Nessa perspectiva, mais apropriado seria denominar o “controle político” de controle não judicial.

O Conselho Constitucional francês, composto por nove membros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, manifesta-se previamente à promulgação de determinada lei, não tendo o poder de declarar inconstitucionais quaisquer diplomas legais já vigentes.

No entanto, o controle judicial, originado no direito norte-americano, parte da ideia de que se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Poder Legislativo, e não ao Poder Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria absoluto.

Assim, enquanto no modelo americano qualquer juízo afasta a norma inconstitucional no exercício da jurisdição ordinária, no modelo austríaco, há órgão específico para essa incumbência – tribunais constitucionais – cuja atuação tem natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Judiciário.

Enfatizado o momento de exercício do controle de constitucionalidade, se verificam dois extremos emblemáticos ideais: controle repressivo, sucessivo ou *a posteriori*, e o prévio, ou preventivo. Este se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei, visando impedir a entrada em vigor de um ato normativo em desconformidade com Constituição vigente. Destarte, o órgão de controle, geralmente, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação das inconstitucionalidades.

O controle repressivo, destinado a estancar a eficácia da lei, adversamente, como ressaltado por Gilmar Mendes (2008, p. 1007), somente pode ser realizado a partir da promulgação da lei¹³, no caso de controle concentrado principal, e de sua entrada em vigor para a modalidade difusa.

No campo do controle judicial, há o critério bastante utilizado relativo ao órgão judicial que exerce o controle, culminante na divisão entre controle difuso e concentrado de

¹³ Vale ressaltar que “em regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, a anuência do Poder Executivo ao projeto aprovado pelo legislativo” (BARROSO. 2009, p. 46), logo, sanção e veto somente recaem sobre projetos de lei. Diferentemente, a promulgação, rigorosamente não integra o processo legislativo, ou seja, “promulga-se [...] lei, que já existe desde a sanção ou veto rejeitado. É errado falar em promulgação de projeto de lei” (SILVA. 2009, p. 528). Reforça José Afonso da Silva (2009, p. 529) que promulgação é apenas meio de constatar a existência da lei, sendo esta perfeita antes de ser promulgada. Por isso, pode-se afirmar tranquilamente que a promulgação não faz a lei, mas seus efeitos somente se produzem depois daquela. “O ato de promulgação tem, assim, como conteúdo a presunção de que a lei promulgada é válida, executória, e potencialmente obrigatória” (SILVA. 2009, p. 529), sendo esta condição obrigatória para a produção de efeitos.

Pelo exposto, justifica-se a posição da possibilidade de controle abstrato a partir da promulgação, não obstante o momento em que há transformação do projeto de lei em lei seja a sanção ou rejeição do veto (CF, art. 66, § 4º). Segundo o art. 66, § 7º, da CF, há a incumbência de promulgação sucessivamente pelo Presidente da República, Presidente do Senado e Vice Presidente do Senado, entretanto, não é possível obrigá-los. Com isso, mesmo existindo a lei, sem a promulgação nunca se tornará eficaz, por conseguinte, o controle de constitucionalidade antes da promulgação poderia se tornar, de certa forma, preventivo, visto que ainda não integrou a norma ao ordenamento. Quanto ao controle difuso incidental, parece que mesmo com a promulgação, faltaria a publicação como condição para a lei entrar em vigor e tornar-se eficaz, segundo Silva (2009, p. 529). Parece certo que se a lei ainda não tem eficácia, não poderá incidir sobre uma situação fática, logo, a manifestação pela sua inconstitucionalidade como questão constitucional prejudicial ao julgamento do mérito é inviável. A hipotética declaração de constitucionalidade da lei que ainda não vigora em nada influenciará a relação jurídica litigiosa. Se houvesse a fiscalização da constitucionalidade, indubitável seria o caráter preventivo do controle, quando não deveria ser.

constitucionalidade, que serão mais detidamente explicados adiante, mas desde já se pode afirmar, grosso modo, que enquanto o modelo difuso permite a qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento e a não aplicação da norma considerada inconstitucional; o concentrado é exercido por um único órgão ou número limitado deles criados especificamente para este fim ou tendo ela como a principal.

Em relação à forma procedimental do tratamento da questão constitucional, nas lições de José Carlos Barbosa Moreira (2008, p. 29), denomina-se, no caso de modelo difuso, controle por via incidental¹⁴, ou *incidenter tantum*, onde a fiscalização constitucional de juízes e tribunais incide sobre o caso concreto, sendo a questão constitucional apreciada no curso do processo relativo ao caso concreto como verdadeira questão prejudicial, que decidida, assenta premissa lógica necessária para a resolução do litígio.

Adversamente, se o controle for exercido fora do caso concreto, independentemente de disputa entre as partes, tendo por objeto a discussão da própria lei, trata-se do controle de constitucionalidade concentrado por via principal, ou *principaliter*. Nesse caso, não se tutela diretamente direitos subjetivos, mas sim a preservação da harmonia do sistema jurídico.

4.1 Controles de Constitucionalidade

Primeiramente, antes de adentrar a análise da matéria abordada, importante explicitar, de maneira um pouco mais específica, os modelos de controle de constitucionalidade previstos em nosso ordenamento jurídico.

Desta feita, conforme disposto anteriormente, o ordenamento constitucional pátrio prevê dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso (ou controle pela via de exceção ou concreto) e o concentrado (ou controle por via de ação ou controle *in abstracto*), com competências e efeitos distintos.

Expor tal classificação é de extrema importância ao presente trabalho, enfatizando aspectos importantes à compreensão do tema proposto, e também, aos seus efeitos.

4.1.1 Controle difuso de constitucionalidade

¹⁴ Apesar de estarem frequentemente relacionados, não se confundem conceitualmente controle por via incidental – realizado na apreciação do caso concreto – e controle difuso – desempenhado por qualquer juiz no exercício regular da jurisdição. Exemplo disso no Brasil é a ADPF incidental, caso de controle concentrado e incidental. Tampouco se confundem o controle principal e o concentrado, que além do exemplo supra, pode-se citar a ação direta interventiva, caso de controle concentrado e concreto.

O controle difuso é exercido quando a competência para a declaração de inconstitucionalidade destina-se de todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, no andamento de uma situação concreta a ele submetida, sendo feito de forma incidental, prejudicialmente ao exame de mérito.

Destarte, o controle difuso verifica-se quando o Poder Judiciário, em um caso concreto, aprecia uma controvérsia constitucional de lei ou ato normativo relacionado com a lide, como antecedente necessário ao julgamento do mérito.

O controle difuso de constitucionalidade, também denominado de controle por via de exceção ou defesa, aberto, *incidenter tantum*, concreto ou indireto, poderá ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário.

Saliente-se que, seus efeitos são, em regra, retroativos, alcançando a lei desde a sua publicação e *inter partes*, atingindo somente as partes do processo.

Porém, em relação aos tribunais, a Constituição Federal prevê em seu art. 97 a regra da “reserva de plenário” para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A reserva de plenário implica dizer que a inconstitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou pela maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial que decidirá o feito.

Nesta regra existe, ainda, a exceção de dispensa de reserva de plenário “*quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*”, consoante disposição legal do parágrafo 1º do artigo 481 do Código de Processo Civil.

Sendo assim, a questão suscitada nos juízos inferiores poderá ser levada ao conhecimento do STF, onde também será realizado o controle difuso de constitucionalidade, através do recurso extraordinário, nas situações previstas no artigo 102, inciso II da Carta Magna.

Por fim, cumpre acrescentar que se houver decisão proferida por Órgão fracionário onde não reste configurada a possibilidade de utilização da exceção disposta no parágrafo 1º do artigo 481 do CPC, esta não se revestirá de segurança jurídica necessária a configurar a coisa julgada, pois se tratará de coisa julgada inconstitucional, eis que ausente o seu pressuposto de existência, pois proferido por órgão jurisdicional absolutamente incompetente.

4.1.2 Controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado incorre quando a competência para a realização do controle de constitucionalidade é atribuída a um único tribunal, no caso o Supremo Tribunal Federal, sem atrelamento a um caso concreto.

Vejamos as explanações de Alexandre de Moraes:

“Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas constitucionais.” (MORAES, 2004a, p. 627).

Nossa Carta Magna prevê cinco espécies de controle concentrado de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (AIO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

O julgado no controle concentrado, em regra, produzirá efeitos *erga omnes, ex nunc* e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital.

Visualiza-se nas lições de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, sintética explanação sobre tais efeitos:

“Afirmar que a decisão é dotada de eficácia erga omnes significa dizer que a decisão tem força geral, contra todos, alcançando todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado... As decisões de mérito em ação direta de inconstitucionalidade fulminam a lei ou ato normativo desde a sua origem [...] todos os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo, ficam vinculados à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo desrespeitá-la...” (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 792)

Assim, conforme exposto, importante salientar que através desse modelo de controle, será realizada de maneira direta a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, objetivando alcançar sua invalidação para firmar a segurança das relações jurídicas existentes, questões características do privilégio que lhe foi destinado juntamente com a promulgação da CF de 88.

4.2. O Sistema de Controle de Constitucionalidade no Brasil

Conforme exposto alhures, verifica-se, portanto, que o modelo brasileiro de fiscalização de inconstitucionalidade é misto, e adota predominantemente, como cediço, o controle judicial, atribuindo aos órgãos do poder judiciário a última e definitiva decisão acerca da interpretação constitucional.

Contudo, como assegura Luís Roberto Barroso (2009.a, p. 67), o texto constitucional, objetivamente, ou através de interpretação sistemática, elencam situações em que o Executivo e o Legislativo (controle político de constitucionalidade) desempenham papel relevante na sistemática do controle de constitucionalidade, tanto repressivo, como preventivo, no plano concreto e no abstrato.

O Presidente da República¹⁵, no procedimento legislativo comum, consoante o artigo 66, §1º, da CF, receberá o projeto de lei para sanção ou veto depois de discutido e aprovado nas duas casas legislativas. Se considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional deverá vetá-lo¹⁶, total ou parcialmente, impedindo seu ingresso no mundo jurídico, porquanto incompatível com a Constituição. Este juízo é considerado fiscalização da inconstitucionalidade política e prévia.

No entanto, alinhado com o artigo 66, §4º, da CF, na hipótese de veto, cabe ao Congresso nacional, em sessão conjunta, apreciar o ato, rejeitando o veto pela maioria absoluta, em escrutínio secreto. Assim ocorrendo, o juízo acerca da constitucionalidade da norma prevalecerá sobre o veto de inconstitucionalidade do Executivo, convertendo-se o projeto em lei (CF, art. 66, §§ 5º e 7º). Por óbvio, igualmente, trata-se de controle político e prévio, porém, exercido pelo Legislativo.

Malgrado sua atuação excelentemente repressiva, afirma Pedro Lenza (2011, p. 237) que o Judiciário também pode exercer controle preventivo de constitucionalidade difuso por via incidental.

Tal situação ocorre com a análise da questão constitucional em sede de mandado de segurança, impetrado exclusivamente por parlamentar¹⁷ contra Mesa da Câmara ou do Senado, com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo

¹⁵ Pelo princípio da simetria, segue o mesmo procedimento de aprovação no âmbito estadual e municipal, logo, também os Governadores e Prefeitos também farão juízo de aquiescência, sancionando o projeto de lei do respectivo Legislativo, ou não, vetando-o.

¹⁶ Modalidade de veto é aquele cujo fundamento restringe-se à contrariedade ao interesse público, fundado em juízo político de conveniência e oportunidade. Nesse caso, obviamente, não será hipótese de controle de constitucionalidade.

¹⁷ A legitimidade é exclusiva dos parlamentares, porque são os únicos que têm o direito subjetivo público de não participar de votação inconstitucional.

legislativo. Sobre os projetos de Emendas à Constituição, cabível a medida também no caso de afronta às cláusulas pétreas.

Com efeito, todos os Poderes da República interpretam a Constituição e tem o dever de assegurar seu cumprimento, malgrado esta seja primazia do judiciário – não exclusividade.

Anteriormente à Constituição de 1988, consoante explicitado alhures, em virtude de monopólio de propositura da representação de inconstitucionalidade, considerava-se legítimo o Chefe do Executivo não aplicar lei que considerasse inconstitucional, bem como expedir determinações nesse sentido aos seus subordinados hierárquicos, assumindo os riscos decorrentes.

Todavia, com a promulgação da Constituição de 1988 e a extinção da referida exclusividade de legitimidade do acesso ao controle concentrado, somada a possibilidade de concessão de medida cautelar, o controle político repressivo não subsiste para o Presidente e Governadores, porquanto são legitimados.

Porém, afirma Luís Carlos Barroso (2009.a, p. 70) que esta possibilidade de controle mantém-se para os Prefeitos, visto que, não figuram no rol do art. 103 da CF, desta forma, aplicar a lei inconstitucional seria negar a aplicação da Constituição.

No tocante ao Poder Legislativo, a Constituição reserva mais três possibilidades de fiscalização da inconstitucionalidade.

Com efeito, nos termos do art. 58 da CF o Congresso e cada uma de suas casas¹⁸ possuem comissões permanentes, cujas atribuições são previstas no regimento interno. Deste modo, como regra, as casas legislativas contemplam em seus regimentos internos existência de uma Comissão de Constituição e Justiça, dentre cujas atribuições salientam o juízo de constitucionalidade acerca das propostas de emenda constitucional e projetos de lei.

Por óbvio, se percebe tratar de controle de constitucionalidade preventivo político, cuja decisão é sujeita à revisão pelo plenário da respectiva casa.

O artigo 49, V, da CF, atribui ao Congresso a possibilidade de sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Nesse caso, o controle de constitucionalidade exercido objetiva assegurar a observância do princípio da legalidade.

Finalmente, o artigo 62, §5º, da CF, também evidencia o controle de constitucionalidade, o juízo prévio do Congresso acerca-se do atendimento ou não dos

¹⁸ Pelo princípio da simetria, igualmente se estende esse modelo no plano estadual e municipal.

pressupostos constitucionais da medida provisória (relevância e urgência), sendo possível sua rejeição liminar.

4.3 O Controle Judicial de Constitucionalidade no Brasil

No Brasil perfaz o entendimento indubitável de que o Judiciário detém posição de intérprete definitivo da Constituição. Não por outro motivo, afirma-se ser nosso sistema de controle de constitucionalidade predominantemente judicial, já que as fiscalizações de inconstitucionalidade exercidas pelos demais Poderes podem ser submetidos à apreciação derradeira do Judiciário.

Logo, a Constituição Federal de 1988, quanto aos órgãos judiciais incumbidos do controle de constitucionalidade, manteve o sistema misto de controle constitucional, harmonizando o controle por via incidental e difuso. Houve igualmente, manutenção da representação interventiva nos moldes estudados anteriormente e do recurso extraordinário, porém, este circunscrito às questões constitucionais.

Além disso, preservou os remédios constitucionais incidentais e difusos do *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança. Tangente a este, inovou ao possibilitar expressamente sua modalidade coletiva no artigo 5º, LXX, da CF, inserindo-se a inovação do mandado de segurança coletivo¹⁹, nas hipóteses de mecanismos processuais utilizados para tutelar individuais homogêneos.

No campo das inovações, foi introduzido o controle de constitucionalidade por omissão, formalizado, incidentalmente, pelo mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI, c/c art. 102, I, “q”) e, por via principal e abstrata, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º).

Acrescenta-se, notadamente, o surgimento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade²⁰ (CF, art. 102, I, “a”, c/c o art. 103), com larga ampliação do rol de legitimados para propositura. Isso demonstra indubitavelmente que a *“pretensão do constituinte foi reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento*

¹⁹ Bem afirma Zavascki (2009, p. 194) que o perfil originário do mandado de segurança individual já comportava a tutela de direitos coletivos, bastando que o impetrante estivesse legitimado para substituição processual. Assim não há como negar que a grande inovação do inciso LXX do artigo 5º da Constituição foi de transformar o mandado de segurança em instrumento não propriamente para tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, mas sim para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais.

²⁰ Vale rememorar que somente houve a criação da ação declaratória de constitucionalidade com a Emenda Constitucional 3/1993, com equiparação dos legitimados com a ação direta de inconstitucionalidade com a Emenda Constitucional 45/2004. Ainda subsiste o déficit do objeto da ação declaratória, já que comporta aferição somente do direito federal, enquanto a ação direta engloba direito federal e estadual.

jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1055).

Em seguida, foi regulamentada a previsão constitucional (CF, art. 102, §1º) da ADPF (ação de arguição descumprimento de preceito fundamental) pela Lei 9882/99, surgida objetivamente com intuito de emprestar eficácia ao sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

4.4 Controle de Constitucionalidade Difuso por Via Incidental

Conforme inicialmente mencionado, a ideia de controle difuso de constitucionalidade, historicamente, deve-se ao paradigmático julgado do Juiz John Marshal da Suprema Corte americana no caso *Malbury vs. Madson*, Ele assentou que havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior.

Por isso, é nula qualquer lei incompatível com a Constituição, pois esta é fundamento de validade das normas infraconstitucionais, segundo esse critério hierárquico dinâmico.

Destarte, imperioso ressaltar que, o controle difuso incidental, ainda denominado controle por via de exceção ou de defesa, *“é o de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder”* (BONAVIDES. 2007, p. 325), sendo a única via acessível ao cidadão comum para tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

Referido controle de constitucionalidade caracteriza-se difuso, fundamentalmente, pelo poder exercido por qualquer juiz ou tribunal, inclusive os superiores. Nas atribuições normais da jurisdição ordinária, quaisquer dos referidos órgãos jurisdicionais, *“no ato de realização do direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem verdadeiramente o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição”* (BARROSO. 2009.a, p. 94).

No que tange à qualificação de “incidental” do controle difuso de constitucionalidade, procede da sua origem em uma relação processual concreta, da qual surge questão constitucional que configura antecedente lógico e necessário à decisão judicial concreta, que indelevelmente há de versar sobre a existência ou não da relação jurídica.

Consequentemente, não figura o deslinde constitucional no pedido do autor, mas meramente na *causae petendi* da demanda. A declaração da inconstitucionalidade não passa,

pois, de um incidente no bojo do processo, sendo vedada desvinculação desta com o mérito do processo principal, pois é mero incidente prejudicial.

Todavia, o questionamento acerca da constitucionalidade por incidente processual mostra-se de ampla figura de legitimação. A conservação da supremacia constitucional justifica esta ampla gama de legitimados, com fins a impedir que a lei inconstitucional desvirtue o ordenamento jurídico.

Assim sendo, podem suscitar o incidente, as partes, o Ministério Público, tanto, por óbvio, como parte ou quando officie como *custus legis*, os terceiros legitimamente intervenientes (litisconsorte, opoente, assistente), e finalmente, *ex officio*, os juízes e tribunais incumbidos do julgamento da causa.

Em instância ordinária, tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição, o órgão judicial, *ex officio* ou provocado, pode suscitar a questão constitucional da norma aplicável à hipótese, não se operando a preclusão, porquanto não há preclusão em se tratando de *quaestio iuris*.

Saliente-se, portanto, que não há forma rígida ou prazo para se suscitar o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no curso do processo, até porque esse controle buscará apreciação de “matéria de ordem pública” e, por isso, não gera, pelo menos em tese, preclusão.

Em contrapartida, na instância extraordinária (STF), malgrado tratar-se de uma *quaestio iuris*, a admissibilidade da arguição da questão constitucional independente de preclusão deve ser vista *cum grano salis*. Se a matéria não for pré-questionada na instância ordinária, em tese, não poderá ser enfrentada em recurso extraordinário.

No entanto, conforme será abordado adiante é possível verificar no emblemático julgado da ministra Ellen Gracie no RE 375.011, a real possibilidade, em virtude de se tratar de matéria de relevância constitucional, da dispensa do requisito do prequestionamento.

Outrossim, cumpre salientar que infelizmente o entendimento majoritário do STF é o oposto, pois se não houver o prequestionamento explícito da matéria constitucional violada não há como, sequer, admitir a apreciação do recurso interposto.

Imperioso salientar que é legítima a arguição em processos de qualquer natureza e nos diversos procedimentos, não só no de conhecimento. Isso abarca tanto os procedimentos comuns, como qualquer procedimento especial. “*Imprescindível é que haja um conflito de interesse, uma pretensão resistida, um ato concreto da autoridade ou ameaça de que venha a ser praticado*” (BARROSO. 2009.a, p. 91), ou melhor, somente se opera na tutela de uma pretensão subjetiva.

Outrossim, ao contrário do controle concentrado principal, a mobilidade de parâmetro constitucional possível no controle difuso e incidente é bastante flexível no que se refere ao critério temporal, a fiscalização difusa incidental “*se realiza em face da Constituição sob cujo império foi editada a lei ou ato normativo*” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1075); já o parâmetro do controle abstrato, ressalvada a ADPF, é exclusivamente a Constituição vigente (CF, art. 102, I), de modo que inadmissível aferição de legitimidade da lei em abstrato face norma constitucional revogada. Somente é possível essa análise por meio de controle difuso ou ADPF, sendo, nesse último, o parâmetro somente os preceitos fundamentais da Constituição.

Ademais, outra discrepância com as ações diretas consiste na possibilidade de o controle concreto haver por parâmetro tanto à Constituição Federal, como à Constituição Estadual atinente a norma a ser questionada. No caso das ações diretas, no STF, o parâmetro deve ser a Constituição Federal, enquanto no âmbito dos Tribunais de Justiça, em regra, a respectiva Constituição Estadual.

No tocante às normas objeto da fiscalização da inconstitucionalidade, o campo é o mais amplo possível, assim, o controle incidental poderá ser exercido em relação a normas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição.

Portanto, o juízo de constitucionalidade pode ser “*exercido quer por órgão federal quer estadual em relação a quaisquer atos normativos, seja federal, estadual ou municipal, ainda que secundários*” (BARROSO. 2009.a, p. 92).

5. O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

Conforme discorrido anteriormente, podemos afirmar que o Direito é uma ciência em constante evolução, sempre seguindo e mudando suas diretrizes costumeiras e positivas através dos avanços da sociedade, e neste sentido, que a nossa Constituição também deve se adequar e tornar-se cotidiana na realidade social.

Neste cerne, portanto, que elevamos o STF a guardião da Constituição, com o pretenso dever mencionado, assim, em decorrência desse dever, fácil visualizar, contemporaneamente, grandes avanços no exercício da jurisdição constitucional. E uma das mais importantes mudanças trata-se da abstrativização do recurso extraordinário, ressaltada pelo visível prestígio às decisões plenárias proferidas em controle difuso.

“Quando a causa chega ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário, o controle de constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. Porém, a idéia de que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário atinge apenas as partes tem sido mitigada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorreu, inicialmente, após a fixação do entendimento de que, após o Supremo ter declarado, na via incidental, a inconstitucionalidade de uma lei, os demais tribunais estão dispensados de observar o art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), podendo a inconstitucionalidade da lei, nesse caso, ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal. E, recentemente, surgiu no Supremo Tribunal Federal orientação que nega expressamente a equivalência entre controle incidental e eficácia da decisão restrita às partes do processo. Essa tese sustenta que mesmo nas decisões tomadas em sede de recurso extraordinário – ou seja, em controle incidental –, quando objeto de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, gozam de efeito vinculante em relação aos demais órgãos da Administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário.” (MARINONI, 2006, p. 56. v.1)

Destarte, importante frisar que o STF vem seguidamente adotando esta nova orientação. Dentre as várias questões enfrentadas pelo Supremo, anota-se o recurso extraordinário n. 388.830-7/RJ.

Na apreciação do citado recurso, o ministro Gilmar Mendes, apesar de referida questão ser fundamentada em determinados dispositivos da Constituição, decidiu conhecer e dar provimento ao expediente com fulcro em diferentes dispositivos constitucionais e, em um julgado do Pleno, levando em consideração que o acórdão recorrido divergia do posicionamento deste.

“No alegado recurso extraordinário, foi alegada violação aos arts. 59 e 239 da Constituição Federal...Ocorre, porém, que não se verificou a violação ao art. 239

da Carta Magna, tendo em vista que o STF, em diversas oportunidades, declarou a constitucionalidade de alterações do PIS por legislação infraconstitucional, após a promulgação da Constituição Federal de 1988...Entretanto, o acórdão recorrido divergiu da orientação firmada no julgamento do RE 357.950, Pleno, sessão de 09 de novembro de 2005, em que ficou assentada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, 1988. Assim, apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado. A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva²¹.”

Antes de iniciarmos efetivamente a análise acerca da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, com ênfase no recurso extraordinário, importante uma breve explanação de alguns tópicos inerentes ao entendimento desta recente tendência, tais como: a figura do *amicus curiae*, modulação dos efeitos nos controle difuso, prequestionamento, repercussão geral e as atribuições do Senado Federal.

5.1 Da Figura do “Amicus Curiae”

Segundo a doutrina majoritária, a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte) significou uma providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle de constitucionalidade, consistente na aceitação de participação de órgãos ou entidades no processo objetivo, tendo por finalidade esclarecer matéria relevante ou controversa em pauta no Pretório Excelso.

Deste modo, nos moldes do arts. 7º e 18, da Lei 9.868/99, se tornou possível, por meio de despacho irrecorrível do relator, a admissão destes terceiros como auxiliares da Corte, o que fatalmente resultaria a esta uma melhor aferição da matéria a ser julgada.

Apesar de não ser o cerne do presente estudo, importante ressaltar, que a questão da irrecorribilidade do despacho que não admite o *amicus curiae* ainda é matéria que desencadeia divergências em nossa mais alta Corte, e ainda não há unanimidade sobre o assunto.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 2. PIS – Programa de Integração Social. Alteração da base de cálculo. Conceito de faturamento. Lei 9.718 e Lei Complementar nº 07/70. 3. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso extraordinário n. 388.830-7. Decorações Karícia LTDA e União. Relator Min. Gilmar Mendes. 10 de mar. de 2006. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 55.

Uma nova corrente doutrinária segue o entendimento que tende a admitir a recorribilidade de decisão que não admite o *amicus curiae* residindo, sobretudo, “na lógica de que a norma restringe a recorribilidade apenas quanto à admissão de *amicus curiae*, não mencionando a restrição face ao despacho que não o admite. Assim, considerando que é uma limitação ao direito de recorrer, sua interpretação não deveria ser dilatada para abranger uma proibição sobre a qual a Lei silenciou²².”

No entanto, o entendimento diverso se baseia originalmente no disposto expressamente no art.7º, §2º da Lei 9869/99, que também cuidou de incluir dispositivos no CPC que conferem a participação de terceiro em questões incidentais de controle de constitucionalidade nos Tribunais.

Conforme entendimento de Walter C. Rothenburg mencionado por Dirley da Cunha Júnior “não há negar que, com a previsão contida nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 482 do CPC, pretendeu-se emprestar um caráter de concentração e objetivação ao controle difuso-incidental exercido no âmbito dos Tribunais²³.” (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 192)

O STF há algum tempo, vem considerando conveniente a participação do *amicus curiae* (inclusive em sustentação oral) em sede de controle difuso, admitindo a nova tendência de objetivação deste processo constitucional.

O RE nº 416827/SC realça essa orientação:

“Por maioria, o Tribunal, considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/01, resolveu questão de ordem no sentido de admitir a sustentação oral da Confederação Brasileira dos Aposentados e Pensionistas e da União dos Ferroviários do Brasil²⁴.”

No RE nº 565.089 o Relator ministro Marco Aurélio em decisão monocrática também confirma referida tendência:

“Ficaria comprometido o próprio julgamento, mas este foi iniciado, já foram feitas as sustentações da tribuna, seguindo-se ao voto que proferi, no sentido do provimento do recurso, o pedido de vista da ministra Cármen Lúcia. O terceiro, assistente de uma das partes, recebe o processo no estágio em que se encontra. 3. Defiro o pedido formulado²⁵.”

²² TAVARES, André Ramos. O “amicus” sem recurso. *Jornal Carta Forense*. Publicação de artigos científicos. Jun.2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-amicus-sem-recurso/8725>> Acesso em: 18 de janeiro de 2013;

²³ Com o *amicus curiae* se abre um canal de diálogo entre a Corte e a sociedade, circunstância que facilita e legitima a resolução dos graves conflitos constitucionais.

²⁴ Informativo nº. 402 do STF.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. VENCIMENTO – REPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO – INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ATO OMISSIVO – INDENIZAÇÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – JULGAMENTO INICIADO – CONFEDERAÇÃO – ADMISSÃO COMO TERCEIRO. 2. O tema em debate possui repercussão ímpar ante a inércia do Poder Público considerado o ditame constitucional. Haveria risco na admissão indeterminada de terceiros, das inúmeras entidades sindicais e associativas de servidores. Ficaria comprometido o próprio julgamento, mas este foi iniciado, já foram feitas as sustentações da tribuna, seguindo-se ao voto que proferi, no sentido do provimento do recurso, o pedido de vista da ministra Cármen Lúcia.

Este sentimento de abstrativização foi ainda mais acentuado pela possibilidade da participação de terceiros, quando da análise da repercussão geral, em sede de recurso extraordinário. Situação acrescentada pela Lei 11.418/06, inserindo nova disposição ao Código de Processo Civil (art. 543-A, § 6º)²⁶.

Desta feita, no ímpeto de atestar a relevância da matéria a ser apreciada pelo STF, em decorrência da comprovação dos requisitos estabelecidos na lei da repercussão geral, a participação do *amicus curiae* realça o caráter abstrato de uma discussão inicialmente subjetiva, enfatizando, assim, objetivamente, a questão constitucional observada, semelhante a outros casos concretos.

5.2 Da Modulação dos Efeitos no Controle Difuso

Conforme já aludido, a expectativa de aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade na realidade brasileira é algo possível, principalmente quando se trata do que se convencionou chamar de “modulação dos efeitos”.

O mecanismo, previsto no art. 27 da Lei 9.868/99, ocasionou ao Supremo Tribunal Federal indicar o limite temporal da eficácia de suas decisões em controle concentrado, caso seja comprovada situação de defesa da segurança jurídica ou relevante interesse social²⁷.

E esta tem sido a tendência do STF, utilizando, quando necessário para a adequação e melhor solução da controvérsia perquirida, a modulação dos efeitos da decisão, consoante se vislumbra pelo entendimento esposado na ADI 4125 pela ministra Cármen Lúcia, declarando inconstitucional a contratação dos servidores, porém, concedeu efeito modulador à decisão, concedendo prazo de doze meses para o Governador regularizar a situação no Estado:

“Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça

O terceiro, assistente de uma das partes, recebe o processo no estágio em que se encontra. 3. Defiro o pedido formulado. 4. Publiquem. Decisão Monocrática em Recurso extraordinário. Deferida. Recurso extraordinário n. 565.089. RUBENS ORSI DE CAMPOS FILHO e ESTADO DE SÃO PAULO. Relator Min. Marco Aurélio. 24 de out. de 2012. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DJe -209.

²⁶ “Art. 543-A, § 6º: O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

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

a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocaninense n. 1.950²⁸.”

Na ADI 4029:

“Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, **postergados os efeitos da decisão**, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei **até a presente data**, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo²⁹.” (grifos nossos)

Assim, tais efeitos poderão ter caráter: retroativo (*ex tunc*), prospectivo (*ex nunc*) ou pró-futuro (designação de um momento *a posteriori* para a ocorrência dos efeitos). Nesta seara, a título de breve observação, pode-se afirmar que esta “modulação” impede em imputar quais os efeitos, por exemplo, de uma decisão em ADI ou ADC, pois apenas a matéria e suas implicações, objeto de julgamento pelo STF, indicarão o melhor juízo.

Neste sentido, o ministro Gilmar Mendes resguarda que, malgrado vigorar, em geral, o princípio da nulidade da norma, este poderá ser afastado quando confrontado, por exemplo, com o princípio da segurança jurídica ou outro de relevante interesse social, tendo como mediador desta ponderação o princípio da proporcionalidade (BARROSO, 2006, p. 108).

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES “ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. Ação julgada procedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4125/ TO. PARTIDO SOCIAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA e GOVERNADOR DO ESTADO DO TOCANTINS e ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO TOCANTINS. Relator Min. Carmen Lúcia. 15 de fev. 2011. **Diário de Justiça da União**, Brasília, EMENT VOL-02464-01 PP-00068.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE). Ação julgada parcialmente procedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029 / AM. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA - ASIBAMA NACIONAL e PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO NACIONAL. Relator Min. Luiz Fux. 27 de jun. 2012. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DJe-125.

Inobstante esta cláusula esteja inserida no aspecto do controle abstrato, o STF a tem utilizado em sede de fiscalização difusa de constitucionalidade, entendendo ser lícita a admissibilidade do uso de referida técnica.

Dessa forma, tem-se, uma equilibrada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.

Referida abordagem suscitada responde a outra questão estreitamente vinculada a esta, conveniente em vislumbrar se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

In casu, parece não haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

Na jurisprudência do STF pode-se identificar uma tímida tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina Kelseniana e em teorias desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto (BARROSO, 2006, p. 289).

Ressalte-se, portanto, que tal circunstância adotada pelo Supremo insurge outro indício de aproximação dos modelos vigentes no Brasil.

Assim, em alguns julgados do STF há algum tempo se visualiza a necessidade de se aplicar a modulação dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade, como no emblemático caso do julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, onde se constatou uma ofensa ao disposto no art. 29, inciso IV, CF.

Situação em que a cidade de Mira Estrela/SP possuía um artigo em sua Lei Orgânica, estatuinto uma proporcionalidade de vereadores por habitantes acima do permitido pela Constituição Federal.

O ministro Gilmar Mendes, ao pronunciar seu voto, compreendeu e entendeu a imprescindibilidade de modular os efeitos, conforme se vislumbra no teor de sua decisão:

“Não há dúvida, portanto, de que no presente caso e diante das considerações antes esposadas, acompanho o voto do relator, para conhecer o recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica 222, de 31 de março de 1990, do Município de Mira Estrela-SP. Faço-o, todavia, explicitando que a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual

legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade pro futuro)³⁰

Adiante, em explanação, Gilmar Mendes apontou a necessidade de que o caso decidido pelo Pleno deva ser regulamentado pelo Tribunal Superior Eleitoral, demonstrando a superação da intervenção pelo Senado. Em complemento, o ministro Marco Aurélio entendeu que a utilização da resolução pelo Senado seria inapropriada para o caso em questão.

Neste cerne, o TSE, por meio da Resolução n. 21.702/04, acolheu a decisão do STF, em todo o seu teor, asseverando a necessidade de que os demais municípios do país teriam de “obedecer” a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da cláusula de proporcionalidade (art. 29, IV, CF), adequando o número de vereadores ao quociente eleitoral correspondente, tendo como fundamento principal a força normativa da Constituição³¹ (DIDIER JR., 2007, p. 108.).

Outro caso emblemático se verificou no julgamento do habeas corpus nº 82.959/SP, naquela oportunidade igualmente foi considerada apropriada a aplicação do referido dispositivo (art. 27, Lei 9.868/99), tendo em vista a salvaguarda da segurança jurídica e do excepcional interesse social. O STF declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que vedava a progressão de regime³².

5.3 Da Dispensa de Prequestionamento em Recurso Extraordinário

Consoante súmula 356 do STF, o prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, onde se impõe que a matéria constitucional, objeto deste recurso, tenha sido suscitada em instância inferior – prequestionamento explícito. Este é

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. Cf, artigo 29, iv. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. Recurso extraordinário n. 197.917/SP. Ministério Público Estadual e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Maurício Corrêa. 07 de maio 2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 08.

³¹ Essa resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3.345 e 3.365, rel. Min. Celso de Mello), que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE, ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, ‘guardião da Constituição’, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição. Aqui, mais uma vez, aparece o fenômeno ora comentado: uma decisão proferida pelo STF em controle difuso passa a ter eficácia *erga omnes*, tendo sido a causa da edição de uma Resolução do TSE (norma geral) sobre a matéria.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Pena - Crimes Hediondos – Regime de Cumprimento – Progressão – Óbice – Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Evolução Jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da CF [...] Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. *Habeas Corpus* nº. 82959/SP. Oseas de Campos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. 01 de set. 2006. **Diário de justiça da União**, Brasília, p. 18.

o subterfúgio frequentemente utilizado pelos tribunais para não apreciar as questões meritórias, pois por tal entendimento a sua falta constitui um obstáculo intransponível.

Pelo entendimento de Rodrigo da Cunha Lima Freire ocorrerá *"prequestionamento implícito quando o tribunal de origem, apesar de se pronunciar explicitamente sobre a questão federal controvertida, não menciona explicitamente o texto ou o número do dispositivo legal tido como afrontado."* (FREIRE, 2001, p. 980/981)

No STJ a admissão do prequestionamento implícito é enfrentada com mais liberalidade, consoante se denota do que decidiu o ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

“Quanto à alegada ausência de prequestionamento, tem-se que a questão relativa à existência ou não de litisconsórcio passivo necessário entre exequente e executado nos Embargos de Terceiro restou devidamente debatida no acórdão recorrido, embora este não tenha analisado a disciplina contida no art. 47 do CPC, pelo que, assim, tem-se por admitido o recurso quanto à suposta violação de lei federal, **porquanto configurado o prequestionamento implícito**³³.” (grifo nosso)

Conforma salientado alhures, atualmente são abundantes os julgados do STJ que admitem o prequestionamento implícito.

No entanto, o STF mantém posicionamento diverso sobre a questão, com incontáveis decisões contrárias à tese de admissão do prequestionamento implícito ^[06].

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. “Ementa: RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, ALÍNEAS A E C DA CRFB). DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. NÃO CONHECIMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CREDOR. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE ESTE E O DEVEDOR. PRECEDENTE: 3a. TURMA, RESP. 282.674/SP, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, DJU 07.05.2001. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, PROVIDO PARA AFASTAR A NULIDADE RECONHECIDA NO ACÓRDÃO E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM, PARA QUE PROSSIGA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. 2. Quanto à alegada ausência de prequestionamento, tem-se que a questão relativa à existência ou não de litisconsórcio passivo necessário entre exequente e executado nos Embargos de Terceiro restou devidamente debatida no acórdão recorrido, embora este não tenha analisado a disciplina contida no art. 47 do CPC, pelo que, assim, tem-se por admitido o recurso quanto à suposta violação de lei federal, porquanto configurado o prequestionamento implícito (3a. Turma, AgRg no REsp. 1.039.457/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 23.09.2008). 6. Recurso Especial de ÂNGELA BEATRIZ CEZIMBRA conhecido em parte e, nessa parte, provido para afastar a nulidade reconhecida no acórdão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que prossiga no julgamento da Apelação da União Federal. Recurso especial conhecido em parte. Recurso especial n.1.033.611 / DF. Relator Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. 05 de mar. 2012. **Diário de Justiça da União**, Brasília.

Malgrado ao acima exposto, a ministra Ellen Gracie Northfleet, em decisão emblemática, dispensou o requisito do prequestionamento em sede de recurso extraordinário para apreciar matéria de relevância constitucional. Em seu julgado, a ministra assinalou o espírito de transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, reforçando o papel da jurisdição constitucional em acentuar a força normativa da Constituição, pois, muitas vezes, o dito requisito torna-se um óbice ao cumprimento dessa missão.

“Já manifestei em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas [...] Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional³⁴.”

Não obstante este não ser ter sido o entendimento adotado pelo STF ao longo dos anos, é possível constatar a possibilidade de admissão de recurso extraordinário mesmo que não haja o prequestionamento explícito da matéria, desde que também tal matéria a ser questionada seja de relevância constitucional, conforme exemplo exposto no acórdão supracitado, na esperança de que, mesmo lentamente, haja a flexibilização do prequestionamento em nosso ordenamento jurídico para que uma finalidade maior seja alcançada.

5.4 Da Repercussão Geral por Amostragem

Ainda referente aos tópicos inerentes à tendência de objetivação dos sistemas de controle constitucional, vislumbramos a questão da repercussão geral por amostragem, trazida pela Lei 11.418/06 (Repercussão Geral), outra novidade em termos de controle de constitucionalidade pela via do recurso extraordinário.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento. Agravo regimental em agravo de instrumento. Servidores do município de Porto Alegre. Reajuste de vencimentos concedido pela lei municipal 7.428/94, art. 7º, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo pleno do STF no RE 251.238. Aplicação deste precedente aos casos análogos submetidos à turma ou ao plenário (art. 101 do RISTF). Agravo de instrumento n. 375.011. Município de Porto Alegre e Tito dos Santos. Relatora: Min. Ellen Gracie. 22 de out. 2004. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 43.

A repercussão geral por amostragem é um elemento que engrandece o processo de abstração deste recurso e, por consequência, o prestígio às decisões em sede de fiscalização difusa pelo STF.

Quando houver multiplicidade de recursos a tratar de matéria de idêntica, o Tribunal provocado remeterá ao STF um ou mais recursos, determinando o sobrestamento dos demais, nos termos do art. 543-B, § 1º. Se no caso o STF, conforme as regras do seu Regimento Interno, entender pela inexistência da repercussão geral, todos os outros recursos sobrestados considerar-se-ão não admitidos (art. 543-B, § 2º, CPC) (DIDIER JR.; CUNHA, 2007, p. 272.)³⁵.

“É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de ‘objetivação’ do controle difuso de constitucionalidade das leis...” (DIDIER JR.; CUNHA, 2007, p. 273)

Entretanto, existe ainda outra consequência que merece ser salientada. No caso de reconhecimento da repercussão geral e julgamento do mérito do recurso extraordinário, os Tribunais poderão considerar os recursos sobrestados prejudicados ou poderão exercer o juízo de retratação (efeito regressivo). “A *permissão de retratação justifica-se, pois a decisão do STF, em sentido diverso daquela proposta pelo tribunal recorrido, foi tomada em abstrato, de modo a resolver o problema em tese, conforme visto*” (DIDIER JR.; CUNHA, 2007, p. 273).

Outrossim, oportuno evidenciar que, em não havendo o juízo de retratação, o STF poderá, de acordo com o seu Regimento Interno, cassar ou reformar o acórdão contrário à sua orientação (art. 543-B, § 4º, CPC). Verifica-se, portanto, que a repercussão por amostragem fortalece, claramente, as decisões tomadas pelo STF.

Assim sendo, com fulcro nas explicações aqui expostas e sugeridas acerca da objetivação do controle difuso (especialmente do recurso extraordinário), imperioso relevar tais considerações para demonstrar como as modificações da legislação e a evolução interpretativa do STF contribuíram e ainda contribuem para o fortalecimento de suas decisões

³⁵ O STF julgará *um*, ou *alguns*, recurso(s) extraordinário(s), que envolva(m) a *mesma questão de direito* – a(s) decisão(ões) recorrida(s) tem(êm) a *ratio decidendi*. Se negar a existência de repercussão geral, todos os demais, *que não subiram ao STF*, reputam-se não conhecidos. Eis o *julgamento por amostragem*.

em controle concreto. Em decorrência do largo alcance de seus julgados, perfaz o questionamento da funcionalidade do art. 52, X da CF.

5.5 Das Atribuições do Senado Federal

Por último tópico será analisada, em virtude do disposto no inciso X do artigo 52 da CF, a competência do Senado para suspender a lei (*lato sensu*) considerada inconstitucional pelo STF.

Tal atribuição legal foi um artifício criado pela Constituição de 1934, levando em consideração de que, no Brasil à época, predominava o sistema do *judicial review*, muito embora as decisões da Corte serem desprovidas do princípio do *stare decisis*. No entanto, esta cláusula ainda permanece na Constituição atual (art. 52, X) com a seguinte redação: “*Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

Verifica-se que, o texto do dispositivo supramencionado confere ao Senado Federal a atribuição de suspender, através de Resolução, a lei considerada inconstitucional pelo STF, acrescentando eficácia *erga omnes* e *ex nunc* às suas decisões em controle difuso.

Entretanto, em virtude da promulgação da CF/88, questiona-se a sua funcionalidade, porquanto a nova seara normativa é ambiente inóspito à sua aplicação literal. “*Limito-me a dizer que o certo, a meu ver, seria a própria sentença definitiva do STF ser dotada de eficácia erga omnes*” (VELOSO, 2007, p. 137).

“A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. **Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos.** Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando da sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção (BARROSO, 2006, p. 111.). (grifo nosso).”

A inteligência da mudança pode ser examinada na ampliação das ações diretas (ADI, ADC, APDF e as respectivas leis infraconstitucionais), súmula vinculante, etc. Diante dessa circunstância, é necessária a releitura dos institutos atrelados ao controle incidental de inconstitucionalidade.

O ministro Gilmar Mendes indica a imprescindibilidade de uma releitura:

“Como se vê, as decisões proferidas pelo STF, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da CF.” (MENDES, apud CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 153-154)

Em conjunto a essas mudanças, o Supremo Tribunal Federal, quando indispensável, tem aperfeiçoado as suas decisões em controle difuso, enfrentando as questões de maneira objetiva, muito embora o seu caráter concreto.

É possível visualizar tal perspectiva em algumas decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, sobretudo pela não admissão de recursos interpostos com base em leis inconstitucionais.

Constatando-se então, que na prática processual não há a necessidade da Resolução do Senado para suspensão de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, pois de qualquer maneira, em virtude da transcendência do subjetivismo da matéria a ser enfrentada e que já foi decidida, o Supremo lhe negará o provimento, consoante se verifica no seguinte julgado:

“É **inconstitucional** a taxa que tenha por fato gerador a prestação de serviço de segurança pública, ainda que requisitada por particular. Serviço Público indivisível e não específico. Agravo regimental improvido. **Precedentes**. Dado seu caráter *uti universi*, o serviço de segurança pública não é passível de ser remunerado mediante taxa, atividade que só pode ser sustentada pelos impostos. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. **Jurisprudência assentada**. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, **decisão fundada em jurisprudência assente na Corte**³⁶.” (grifos nossos)

Conforme exposto no tópico anterior, não seria precoce dizer que a repercussão geral enfatizou essa tendência, pois este quesito impõe ao recorrente a obrigação de comprovar que

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário. “EMENTAS: 1. TRIBUTOS. Taxa de Segurança Pública. É inconstitucional a taxa que tenha por fato gerador a prestação de serviço de segurança pública, ainda que requisitada por particular. Serviço Público indivisível e não específico. Agravo regimental improvido. Precedentes. Dado seu caráter *uti universi*, o serviço de segurança pública não é passível de ser remunerado mediante taxa, atividade que só pode ser sustentada pelos impostos. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. Improvido. Agravo regimental no recurso extraordinário n.536.639 / RN. Relator Min. Cezar Peluso. 28 de ago. 2012. **Diário de Justiça da União**, Brasília. DJe-170.

o problema discutido em sua lide também diz respeito a outras lides independentes, ou seja, a “questão de fundo” a ser avaliada pelo Supremo seria, indubitavelmente, a mesma.

Deste modo, surgiram algumas questões a serem respondidas, sendo uma delas de grande vulto para a ratificação da tendência de abstrativização do recurso extraordinário, pois, porque, nestes casos, então, a decisão tomada pelo Pleno do STF teria de ser *inter partes*, já que o alvo é uma discussão da norma em tese?

Tal restrição aos efeitos seria relevante ofensa ao princípio da economia processual. E também não se poderia falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois se está diante de uma apreciação da lei em tese.

Nos moldes do Tribunal Constitucional Alemão, entende-se que o Supremo, em termos de controle difuso, não tem que resolver questão subjetiva, discutindo e decidindo o mérito de uma querela de irrelevante teor constitucional, mas, categoricamente, proceder à análise objetiva da ofensa ao texto constitucional. A sua função se identifica com a concretização dos fatores axiológico-fundamentais, ou seja, a realização dos programas e dos princípios estabelecidos na Constituição.

O ministro Marco Aurélio, relator do já mencionado HC n.º. 82.959/SP, observou que, independentemente do caso concreto, o § 1º do art. 2º da Lei n.º. 8.072/90 constitui, de *per si*, uma violação ao princípio da individualização da pena.

Consoante se verifica do teor da sua decisão:

“Segundo salientei na decisão que deferiu a liminar, o modelo adotado na Lei n. 8.072/1990 faz tabula rasa do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos. Em outras palavras, o dispositivo declarado inconstitucional pelo Plenário no julgamento definitivo do HC 82.959/SP não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vista à ressocialização. Em síntese, o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 retira qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena³⁷.”

In casu, não seria inverdade dizer que o caráter subjetivo de um litígio, ao menos no recurso extraordinário, passou a ser, tão só, um instrumento de provocação da jurisdição constitucional.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Pena - Crimes Hediondos – Regime de Cumprimento – Progressão – Óbice – Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Evolução Jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da CF [...] Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. *Habeas Corpus* n.º. 82959/SP. Oseas de Campos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. 01 de set. 2006. *Diário de justiça da União*, Brasília, p. 18.

Gilmar Mendes dispõe que: “*o processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.*” (MENDES, apud DIDIER JR. In: CAMARGO, 2007, p. 106)

Portanto, este leve subterfúgio foi necessário para definir que o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal, de norma considerada inconstitucional pelo STF, tornou-se sem razão diante das alterações normativas e do posicionamento da Corte Maior.

Entretanto, o ministro Gilmar Mendes, numa perspectiva de contextualizar a norma, propõe uma transformação constitucional (informal), resgatando uma atribuição há muito proposta por uma doutrina em ascensão, tendo como paradigma a Rcl n.º. 4.335/07, onde se discutiu a pertinência dessa mutação constitucional.

6. PROCESSAMENTO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

No que tange ao processamento, a questão constitucional adquire recepção diversa, conforme inserido na competência do juízo singular ou na competência funcional do tribunal respectivo. Singularmente, ao juízo monocrático de primeiro grau faculta-se negar aplicação à norma que repute inconstitucional com plenitude e singeleza.

Indubitavelmente, a forma imediata da resolução do incidente explica-se pelo próprio ajustamento unitário do órgão, contudo, no processamento do incidente de inconstitucionalidade, os órgãos jurisdicionais colegiados submetem-se, conforme ligeiramente aludido anteriormente, por força da reserva de plenário, à cisão cognitiva.

Destarte, por força da cláusula da reserva de plenário, constante do art. 97 da CF, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou membro do respectivo órgão especial³⁸ poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Tal exigência, substancialmente, não teria outra função, senão garantir o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Conforme ressalta Pedro Lenza (2011, p. 249), o Supremo Tribunal Federal não está isento a essa regra constitucional, que por meio do recurso extraordinário poderá apreciar a questão constitucional, igualmente aos tribunais de segunda instância, que no julgamento do recurso extraordinário, de forma incidente, exerce controle difuso ancorado em um caso concreto como pano de fundo, o que indubitavelmente o insere na hipótese de incidência da norma constitucional em tela.

Em razão da exigência da cláusula de reserva de plenário, o CPC em seus artigos 480 a 482 dispõem brevemente acerca da disciplina do processamento da questão constitucional no controle *incidenter tantum* perante os tribunais. Deste modo, arguida a questão, a qualquer tempo, o relator submeterá ao órgão fracionário competente para julgar o processo, após audiência do Ministério Público (CPC, art. 480). Em decisão não recorrível, obstará a questão e terá prosseguimento o procedimento; ou a acolherá, situação em que será exarado acórdão a ser submetido ao Tribunal pleno ou órgão especial (CPC, art. 481).

³⁸ Segundo o art. 93, XI, da CF, redação dada pela EC n. 45/2004, nos tribunais com número superior a 25 julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com no mínimo 11 e no máximo 25 membros para exercício de atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno.

O ministro Gilmar Mendes (2008, p. 1069) denota três pressupostos de admissibilidade e procedência da questão constitucional. Há dois requisitos basilares que se aplicam indistintamente ao processamento desta pelos órgãos jurisdicionais monocráticos e colegiados perante esse juízo inicial do fracionário.

O primeiro requisito de admissibilidade comum é (I) a necessária natureza normativa do ato em questão; o segundo requisito básico impõe que (II) a questão de inconstitucionalidade seja relevante para o julgamento da causa, afinal, é caso de controle concreto. Estas são exigências fundamentais para atestar a idoneidade da questão constitucional em qualquer procedimento.

Entretanto, no âmbito dos órgãos colegiados há requisito exclusivo para admissibilidade ao se processar a questão constitucional pelo pleno ou órgão especial: (III) imperioso não haver pronuncia da maioria simples do fracionário no sentido de rejeitar a alegação de desconformidade do ato normativo com a Constituição.

Necessário ressaltar que tal “*pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, é irrecorrível*” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1070).

Logo, rejeitada, segue o julgamento, com possibilidade de aplicação da lei ou ato normativo contestado ao caso; acolhida a arguição, mesmo que por maioria simples, será lavrado acórdão, submetendo a questão ao pleno ou órgão especial.

Sendo assim, grosso modo, parecem ser essas as condições da ocorrência do recorte da questão constitucional para a análise pelo tribunal pleno ou órgão especial, o que se denomina cisão funcional horizontal.

Desta feita, ensejará ao Plenário ou ao órgão especial emitir unicamente o juízo *in abstracto* sobre a constitucionalidade da norma impugnada. Após o pronunciamento prejudicial do Pleno cuidará ao fracionário decidir o caso concreto, ou seja, empunhará como premissa inarredavelmente o decidido.

Consoante exposto, bastante evidente que a razão de ser deste procedimento partitivo de conhecimento é a clausula de reserva de plenário do art. 97 da CF, que impõe a manifestação da maioria absoluta do pleno ou órgão especial.

Ressalte-se que, a reserva de plenário, reproduzida igualmente pelo artigo 480 do CPC, incide unicamente na arguição da inconstitucionalidade da norma, porquanto, além da literalidade dos dispositivos que a contém, somente nessa situação mostra-se vulnerada a presunção de constitucionalidade da norma ordinária, que lhe é ínsita.

Conseqüentemente, se o fracionário perceber por constitucional a arguição incidente, o ato normativo deverá ser aplicado no julgamento da causa, visto que a competência para decidir pela constitucionalidade da lei é da turma.

Logo, se acolhida pelo fracionário a arguição, será lavrado acórdão para submissão da questão ao Plenário, o qual se dará somente pela maioria absoluta de seus membros, em conformidade com a cláusula de plenário. Esse juízo abstrato acerca da questão constitucional, consubstanciado em acórdão, é irrecorrível. Finalmente, publicado o acórdão Plenário, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o fracionário, que estará vinculado àquele na elaboração do acórdão que julgara a situação concreta³⁹.

Outrossim, imperioso ressaltar, ainda, a hipótese de exceção de reserva de plenário contida no parágrafo único do artigo 481 do CPC:

“Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

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

Deste modo, poderá haver a dispensa de submissão da matéria à reserva de plenário, quando anteriormente havido pronunciamento do órgão fracionário do tribunal no mesmo sentido.

³⁹ Deste acórdão final do fracionário que é cabível Recurso Extraordinário para o STF, porém, sob pena de inadmissão do feito por falta de peça essencial, imprescindível a juntada do acórdão plenário sobre a inconstitucionalidade, já que é no acórdão do plenário que se encontra a motivação da decisão recorrida acerca da arguição da inconstitucionalidade. Excepciona-se esta exigência no caso do Plenário do STF já ter se pronunciado pela constitucionalidade do dispositivo. Cumpre ressaltar, há consagrados casos de dispensabilidade da submissão da questão constitucional ao tribunal pleno ou órgão especial. Em aplicação do artigo 557 do CPC, atribuindo efeito vinculante às decisões do STF, o fracionário é dispensado de seguir o procedimento da cisão funcional horizontal quando o Plenário do STF já houver se pronunciado sobre a inconstitucionalidade da norma. Igualmente, se o respectivo Plenário do Tribunal de instância ordinária já houver se pronunciado, igualmente há a dispensa do procedimento. Fica bastante evidente, consoante afirma Mendes (2008, p. 1084) uma aproximação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de controle concreto e abstrato, o que demonstra o processo de objetivação do controle difuso e incidental.

7. DA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

No que tange ao controle de constitucionalidade, como sabido, a Constituição de 1988 sofreu grande influência da doutrina constitucional europeia, mais especificamente a alemã, que sem sombra de dúvidas é a que possui maior nível de elaboração.

Por referido entendimento, para melhor visualização do modo de funcionamento do STF é preciso traçar um paralelo com o complexo de misteres mais relevantes da Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*). Esta, ao contrário do STF, “*não atua como uma instância de revisão ou como um Tribunal ou um Supertribunal de revisão, destinada a examinar a legitimidade de julgados de Tribunais inferiores*” (MENDES. 2009, p. 15).

O *Bundesverfassungsgericht* tem com uma de suas mais significativas competências a decisão sobre o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).

Assim, diferente da função jurisdicional do recurso extraordinário, o *Verfassungsbeschwerde* não significa recurso adicional para os processos sujeitos à jurisdição comum, mas “*instrumento constitucional extraordinário...que permite afastar ofensas aos direitos fundamentais perpetradas pelo Poder público*” (MENDES. 2009, p. 15)

Logo, a Corte Constitucional, via recurso constitucional, exerce o controle da constitucionalidade de normas por meio dos chamados controle abstrato e concreto. Segundo os ensinamentos do ministro Gilmar Mendes (2009, p. 114), o controle abstrato constitucional de normas alemão poderá ser ordenado por intermédio de requerimento do Governo Federal, Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal, presente como requisito de admissibilidade o interesse público de esclarecimento ou uma necessidade pública de controle.

Deste modo, indispensável é a configuração de dúvida ou controvérsia, para obstar questões meramente teóricas, sem maior significado prático. Sendo assim, somente leis em sentido formal pós-constitucional submetem-se ao controle abstrato: tanto a lei federal em face da Lei fundamental; ou da lei estadual em relação à Lei Fundamental ou lei federal. Necessário salientar, então, que, igualmente ao controle brasileiro por via de ação, o controle abstrato alemão não precisa atrelar-se a uma situação de fato, exceto no que empunha como parâmetro direito federal.

Pertinente, ainda, ao controle concreto alemão, que se mostra concentrado, sua admissibilidade depende que os Tribunais (ou autoridades administrativas e órgãos da União e

Estados) entendam por inconstitucional a lei, deixando de aplicá-la. Devendo, pois, tornar suspenso os processos com pendências submetendo a questão constitucional à Corte, se considerarem inconstitucional lei relevante para a decisão do caso concreto.

Com efeito, o controle concreto alemão se denota muito semelhante à ADPF, no entanto, divergem-se pelo fato de não haver a exclusividade do exame da questão constitucional pelo Supremo, privacidade esta observada na sistemática alemã.

Obviamente, também diverso é o rol de legitimados de um e de outro, mostrando-se bem mais amplo o rol da ADPF. Ressalte-se que, com a objetivação observada no recurso extraordinário, como se demonstrará a seguir, inicia-se aproximação, em termos de efeitos, igualmente da ADPF e do controle concreto alemão.

De qualquer forma, restou evidente que o recurso extraordinário faz do Supremo um “Supertribunal” revisional em matéria constitucional pela via difusa incidente.

Na verdade, *“o STF é órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Tribunal da Constituição, com atribuições para resolver, originariamente ou em instância recursal extraordinária, as demandas que se alegue ofensa a dispositivo constitucional”* (ZAVASCKI. 2001, p. 13)

O recurso extraordinário, nada obstante realize a fiscalização de constitucionalidade nos mesmos moldes da apelação na instância ordinária, possui particularidades bastante relevantes, que conforme Didier Júnior (2010, p. 254), não se trata de uma terceira instância recursal, na qual possa haver rediscussão dos fatos e reexame de prova, há apenas a reapreciação de questões de direito⁴⁰ que hajam sido discutidas na instância ordinária, como ocorre com o recurso especial perante o STJ.

Outro ponto de singularidade dos recursos excepcionais (recurso extraordinário e recurso especial) é o juízo de admissibilidade destes.

Ressalte-se, porém, que o estudo deteve-se ao recurso extraordinário, apesar das grandes semelhanças com o recurso especial, haja vista a origem comum destes.

⁴⁰ No caso do STF, em princípio, há apenas discussão acerca de direito constitucional, enquanto no âmbito do STJ o parâmetro é a legislação federal. Essa repartição ocorre porquanto esses dois recursos compunham unicamente o antigo recurso extraordinário de antes da CF/1988. “O recurso especial, na verdade é fruto da divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário para o STF antes da nova ordem jurídica constitucional de 1988” (DIDIER JÚNIOR. 2010, p. 253), sendo que este recurso era meio de impugnação de decisão judicial tanto por violação à Constituição como à legislação federal. Dentro dessa sistemática de repartição de competências, a EC 45/2004 transferiu a redação anterior do art. 105, III, “b” da CF para o atual artigo 102, III, “d”. Destarte, o STF ficou incumbido de processar a hipótese de decisões que hajam julgado válida lei local em face da lei federal, o que aparentemente apenas deveria ser de incumbência do STJ. Todavia, bem percebe Didier Júnior (2010, p. 328) que a alteração é correta, pois não há hierarquia entre a norma local e a federal. Surgido conflito entre elas, dirá respeito unicamente a uma questão de competência legislativa, que tem cunho eminentemente constitucional, ou seja, sempre haverá uma questão constitucional subjacente.

Por ser bipartido, em um primeiro momento do juízo de admissibilidade, em análise provisória, o Presidente ou Vice Presidente do Tribunal de origem verificará, *in statu assertionis*, a demonstração pelo recorrente de alguma das hipóteses de admissibilidade específicas (CF, art. 102, III, “a” a “d”).

Além disso, igualmente poderá verificar os requisitos comuns de admissibilidade e o prequestionamento⁴¹, conforme aludido alhures. Este implica a exigência da questão constitucional estar presente no acórdão elaborado pelo fracionário do tribunal, que deverá incorrer no procedimento do incidente de inconstitucionalidade para o pleno ou órgão especial, se for o caso de declaração de inconstitucionalidade (ameaça à presunção da constitucionalidade da lei).

Consoante ampla jurisprudência do STF, não basta que a questão constitucional figure na decisão *a quo*, pois exige a Corte menção expressa aos dispositivos constitucionais pertinentes (prequestionamento expreso)⁴².

No entanto, em determinados casos o prequestionamento poderá ser ficto, porquanto o STF conhece o recurso extraordinário se, não obstante opostos embargos declaratórios, o juízo *a quo* haja se recusado a suprir a omissão.

Logo, mesmo não havendo sido cumprido os necessários requisitos para a apreciação do recurso extraordinário, existem algumas exceções para sua apreciação quando a questão jurídica se tratar de matéria de ordem pública, conforme já aludido inicialmente, mas não iremos nos ater a tal questão, pois não se trata do objeto do presente estudo.

O juízo definitivo de admissibilidade ocorre perante o STF, que poderá reapreciar todos esses requisitos e ainda deverá exercer o juízo de admissibilidade exclusivo acerca da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º c/c CPC, art. 543-A, caput). Esta se insere na categoria de conceitos indeterminados⁴³, pois sua existência atrela-se a questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, 543-A, § 1º).

⁴¹ Não há previsão expressa deste requisito de admissibilidade na CF. Foi a jurisprudência do Pretório excelso que o criou, conquanto coubesse unicamente à CF o fazer, com fins a diminuir o fluxo de demandas perante os tribunais superiores. Afirma corretamente Didier Júnior que é verdadeira etapa do exame do cabimento dos recursos extraordinários.

⁴² ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. 1. Os dispositivos constitucionais tidos como violados não foram prequestionados pelo acórdão recorrido, ao qual não foram opostos embargos de declaração. Incidência das Súmulas STF 282 e 356. 2. O Supremo Tribunal não admite, em princípio, o prequestionamento implícito da questão constitucional. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. STF, AI 732104 AgR/ BA, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento: 03/05/2011, publicado no DJe em 17/05/2011).

⁴³ Vale ressaltar que há modalidade objetiva de aferição da repercussão geral no art. 543-A, §3º do CPC: “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”

Tal abertura possibilita valoração de seu conteúdo pelo STF com finalidade de barrar matérias de baixa relevância. Todavia, pode o STF recusá-la somente por decisão fundamentada de ao menos dois terços de seus membros.

Estes são os aspectos distintivos do controle difuso de constitucionalidade perante o STF em relação ao exercido pelos demais órgãos jurisdicionais.

7.1 Dos Efeitos da Decisão

Consoante exhaustivamente salientado quando do procedimento de julgamento da questão de inconstitucionalidade, esta é natural a um processo concreto com partes, cujo ensejo é a entrega de tutela jurisdicional aos litigantes.

Deste modo, majoritariamente, ocorrerá a controvérsia constitucional no bojo de um processo de conhecimento, podendo resultar em decisão de mérito, conquanto, realmente ocorrendo, porém, poderá ser rejeitado ou acolhido, integral ou parcialmente o pretense pedido (BARROSO, 2009.a, p. 124).

Sendo assim, com o trânsito em julgado da decisão, como explicitado alhures, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada. Sua eficácia subjetiva, grosso modo, limita-se às partes do processo, sem afetar terceiros (CPC, art. 472).

No caso de recurso extraordinário, será possível ceder efeitos subjetivos *erga omnes* à decisão da questão constitucional do STF, deixando esta de ser meramente *inter alios*. Todavia, conforme explicado em item exclusivo, ainda existe a ultrapassada tese da cláusula do Senado (CF, art. 52, X) para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Nos limites objetivos, no âmbito da jurisdição ordinária, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Por conseguinte, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, ou seja, à parte dispositiva da sentença.

Nesse sentido, Barbosa Moreira (2008 p. 46) assente que os limites objetivos da coisa julgada são restritos aos limites da lide (CPC, art. 468) e, em conformidade com o art. 469 do CPC, assim, os motivos da decisão não fazem coisa julgada (inciso I), tampouco a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente (inciso III).

Obviamente, como os fundamentos da decisão e a questão prejudicial não se juntam aos limites objetivos da coisa julgada, finaliza o mestre que não há do que se cogitar *autorictas rei iudicatae* quanto à questão constitucional prejudicial.

Logo, a decisão acerca da constitucionalidade ou não de uma norma, como parte da motivação da sentença que é, vale, destarte, somente no âmbito da relação processual específica ao qual foi determinante.

De maneira diversa não poderia ocorrer, vez que, conforme os preciosos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (2009.c, p. 319), o objetivo da jurisdição ordinária é impreterivelmente evitar conflitos práticos do julgado.

Conseqüentemente, inoportuno seria a fixação de teses jurídicas ou a pretensão da descoberta da verdade dos fatos como um objetivo em si próprio. Ressalte-se que, o essencial é pacificar pessoas e eliminar seus conflitos, a descoberta da verdade mediante a instrução e cognição realizadas no processo não passa de mero instrumento para a busca de justiça nas decisões.

A limitação objetiva das decisões no âmbito do STF já não é mais um tema tão tranquilo como outrora. Parece que não mais está restrita ao dispositivo do acórdão que analisa a questão constitucional no sentido de declarar a inconstitucionalidade unicamente do dispositivo em análise. Há forte tendência de considerar a decisão sobre a constitucionalidade transcendente aos interesses subjetivos, tornando-se um meio de tutela da ordem constitucional objetiva.

No que atine à extensão temporal dos efeitos da decisão sobre inconstitucionalidade ou não do ato normativo, cediço é o amplo predomínio da teoria da nulidade.

Implicação não relutante dela é a necessária natureza declaratória desta decisão, uma vez que se confina a reconhecer vício preexistente, assim, diante desse quadro, parece elementar que o juiz, ao decidir a lide, após o reconhecimento da inconstitucionalidade, deve dar a essa conclusão eficácia *ex tunc*.

Entretanto, os efeitos *ex tunc* somente atingem as partes do recurso extraordinário. Quanto a terceiros não atingidos pelo dispositivo do acórdão, certo que:

“se houver suspensão da execução da lei levada a controle de constitucionalidade de maneira incidental, e não principal, a referida suspensão atingirá a todos, porém valerá a partir do momento que a resolução do Senado for publicada na Imprensa Oficial” (LENZA. 2011, p. 254).

Desta forma, *in casu*, os efeitos serão *erga omnes*, todavia *ex nunc* para grande maioria da doutrina, conforme o entendimento de Cléve (2000, p. 122-125), não obstante este defenda os efeitos *ex tunc*, semelhantemente como o ministro Gilmar Mendes tem se pronunciado (2008, p. 1085).

A despeito de tal regra, já antes do advento da Lei nº 9868/99, como relembra Luís Roberto Barroso (2009.a, p. 127), o Supremo possui antigas precedências, nas quais deixou de retroagir efeitos à decisão de inconstitucionalidade, como consequência da ponderação com outros bens jurídicos constitucionais conflitantes.

Atualmente, referidos casos multiplicaram com a invocação analógica do art. 27 da Lei 9868/99, cujo *leading case* foi o julgamento do recurso extraordinário nº 197.917/SP, hipótese, como visto, que o Supremo cedeu eficácia temporal pró-futuro à redução do número de vereadores do Município de Mira Estrela.

Por tal ensejo que, muitos ressaltam que *”o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação”* (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1097). Ainda que não considerada aplicável ao modelo difuso, entendimento ausente de fundamento, tecnicamente, remanesceria a possibilidade do STF em controle difuso ponderar valores e bens jurídicos constitucionais, atividade inerente à jurisdição constitucional.

Todavia, concernente ao controle concentrado, a própria limitação de efeitos das decisões afetaria de maneira idêntica os processos incidentais e difusos, do contrário, restaria obsoleta a própria declaração de inconstitucionalidade limitada.

Deste modo, parece não haver dúvidas que a limitação de efeitos é decorrente do controle judicial de constitucionalidade, aplicável tanto no modelo difuso (MENDES, 2008, p. 1097)⁴⁴ quanto no concentrado.

⁴⁴ Esclarece Gilmar Mendes (2008, p. 1097) que própria jurisprudência norte-americana evoluiu ao admitir, paralelamente aos efeitos retroativos amplos ou limitados – *limited retrospectivity*, a superação prospectiva – *prospective overruling*, que tanto pode ser limitada – *limited prospectivity*, aplicada aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como a ilimitada – *pure prospectivity*, caso que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem

8. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO INCIDENTE EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Princípio da Supremacia Constitucional foi absorvido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988(CRFB/88) e o STF é a Corte Constitucional que exerce a atribuição de guardião de sua força normativa através de um sistema de controle misto (artigo 60 combinado com o artigo 102 *caput*, inciso I, alínea “a” e inciso III da Constituição Federal de 1988).

Com efeito, verifica-se que, no RE-ED 328.812/AM (STF, 2008), o STF confirmou sua competência constitucional de intérprete autêntico da Constituição. Nesse recurso, afastou o enunciado 343 de sua Súmula nos processos em que se identificam matéria constitucional de interpretação contraditória há época da discussão originária, como medida de garantir a autoridade de suas decisões.

Conforme o STF, as suas decisões conferem concretização à Constituição, explicitando que a violação à norma constitucional é mais grave que a violação à lei, pois a afronta se dirige contra uma interpretação que é a própria realização constitucional. Sendo assim, desrespeitar as suas decisões representa uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema jurídico, sendo necessário, portanto, relativizar a coisa julgada material, a fim de efetivar a Constituição.

Entretanto, de acordo com a Teoria da Cognição clássica⁴⁵, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF através do recurso extraordinário não possui força geral e obrigatória, pois seus efeitos, em regra, devem atingir somente as partes integrantes do processo.

Assim, a razão para esse fenômeno jurídico está na causa de pedir, pois como o recurso é a extensão do exercício do direito de ação, o recurso extraordinário sendo um ato postulatório possui um fundamento como a base de seu pedido.

⁴⁵ “Método pelo qual o juiz forma juízo de valor sobre os pressupostos autorizadores do julgamento de mérito e sobre as pretensões apresentadas no processo (oriundas do conflito de interesses), com o fim de decidi-las, utilizando-se, para formação de seu convencimento, da consideração, da valoração e da análise das provas e alegações produzidas pelas partes.” WATANABE, 1987, p. 42).

Ressalte-se que, o requisito de qualquer ato postulatório é composto pelas alegações de fato e de direito, isto porque o pedido de aplicação dos efeitos jurídicos de determinado fato jurídico envolve a incidência da norma jurídica ao fato. O fato e o fundamento jurídico compõem a *causa petendi*, sendo que aquele decorre de exposição *in status assertionis* e este é o enquadramento do fato à previsão abstrata contida no ordenamento de direito positivo (DIDIER JR., 2007a, p. 263-264).

Sendo assim, como o pedido do processo funda-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, em causa de pedir, tal questão constitucional é apenas conhecida e não decidida (DIDIER JR., 2007a, p. 262), não incidindo os efeitos correlatos da coisa julgada.

O pedido do recurso extraordinário refere-se a um interesse subjetivo no caso concreto, declarando a inconstitucionalidade de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao mérito (*principaliter tantum*) (AGRA, 2008, p. 219-220).

Ocorre que, o recurso extraordinário tem como alcance imediato a tutela do direito constitucional objetivo, pois o direito subjetivo das partes somente é protegido de forma reflexa ou mediata (ORIONE NETO, 2006, p. 30; MARINONI e ARENHART, 2007, p. 420).

Deste modo, então, após análise realizada inerente ao controle de constitucionalidade no Brasil, indubitável verificar, portanto, a acentuada mutação ocorrida na sistemática do recurso extraordinário no âmbito do controle difuso incidente, razão pela qual o afasta, cada vez mais, dos meios de impugnação ordinários de constitucionalidade.

Com efeito, trata-se de situação diversa quando a decisão sobre a constitucionalidade insurge-se em sede de controle difuso e incidental perante o STF. Há alguns pontos importantes que demonstram essa tendência de destacamento da subjetividade e aproximação dos processos objetivos.

Outrossim, verifica-se no requisito de admissibilidade da repercussão geral, o primeiro sinal de abstrativização do recurso extraordinário, com competência de aferição exclusiva do STF⁴⁶ (60). Este instituto assemelha-se ao *writ of certiorari* norte-americano, o qual se caracteriza pela discricionariedade de análise da Suprema Corte em relação ao juízo de admissibilidade do *judicial review*.

⁴⁶ Inicialmente caberá à turma decidir pelos votos favoráveis de quatro ministros a existência da repercussão geral. Se esse número não for alcançado, o incidente será remetido ao Plenário Virtual, que por deliberação de oito ministros poderá negar a existência da repercussão geral. No caso de o recurso impugnar decisão contrária à súmula do STF, considerar-se-á objetivamente que existe repercussão geral (CPC, art. 543-A, §3º), ou seja, presumir-se-á-la.

Conforme outrora estudado, o art. 543-A, §§ 1º e 2º, do CPC, introduzido pela Lei nº 11418/06, define a obrigatoriedade do recorrente, em preliminar de recurso extraordinário, discorrer sobre a relevância econômica, social, política ou jurídica, que ultrapasse o interesse das partes individualmente consideradas.

A Lei nº 11.418/06 repete a regra procedimental já prevista na Lei 10.259/01 que, na sede dos Juizados Especiais Federais, regulamentava os recursos repetitivos.

Destarte, verifica-se que com ênfase neste procedimento, a consagração definitiva do recurso extraordinário como instrumento de defesa da ordem constitucional objetiva, haja vista a possibilidade de liminar que suspenda a tramitação dos recursos semelhantes, baseando-se a decisão em processos de amostra que externem a questão constitucional controversa.

Assim sendo, com a declaração de existência de repercussão geral e julgado o mérito do recurso, tal decisão valerá para os recursos sobrestados e, ainda, para os não distribuídos que versem sobre questão idêntica (STF, 2008).

A questão de constitucionalidade não se confunde com a questão principal desejada pelas partes. Em ambos os instrumentos processuais de controle de constitucionalidade, o STF desempenha o papel hegemônico de decidir definitivamente as questões constitucionais (art. 102, caput, CRFB/88). Então, tanto o controle concentrado quanto o difuso tem como finalidade garantir a aplicação e a defesa da Constituição. As suas diferenças se complementam cooperativamente, potencializando o núcleo ontológico da Constituição: os direitos fundamentais (AGRA, 2008, p. 225-226).

No entanto, ainda que a doutrina jurídica diferencie as questões entre *incidenter tantum* e *principaliter tantum*, intrinsecamente não há diferença na atividade cognitiva.

Na realidade, inobstante a questão principal depender da constitucional, esta é autônoma em virtude da posição que o STF ocupa na defesa da hierarquia das leis (CUNHA JR., 2007, p. 87). As decisões da Corte Constitucional também são fontes do Direito, produzindo diretrizes normativas gerais e obrigatórias.

O objetivo claro é restringir a atuação do STF a um número reduzido de temas fundamentais de relevância transcendente.

Resta claro que tal controle de admissibilidade eleva a feição objetiva do recurso extraordinário, logo, do sistema difuso incidental brasileiro, sobretudo não haver o recorte inicial das situações que ultrapassam o interesse subjetivo das partes.

Então, arbitrariamente, o STF poderá selecionar os temas que suscitem interesse público de esclarecimento ou uma necessidade pública de controle, igualmente ocorre com o, anteriormente mencionado, controle abstrato alemão.

Nesta expectativa, imperioso, também, destacar a questão da admissibilidade do prequestionamento, Didier Júnior (2010, p. 344) aponta que tal requisito em recurso extraordinário anteriormente chegou a ser dispensado, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questões constitucionais, adotadas em julgamento de outros recursos extraordinário, conforme manifestação da Min. Ellen Gracie no AgRAI 375.011/RS⁴⁷ (61).

Destarte, o entendimento do Supremo sinaliza para a mutação do recurso extraordinário em ferramenta de controle abstrato de constitucionalidade, como delineado de maneira expressa na referida decisão. Com esse fundamento, ficou dispensado o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em outro recurso extraordinário.

Com efeito, outro ponto suscitado, o incidente de inconstitucionalidade dos tribunais, disposto nos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, insurge conclusão ainda mais relevante. A tese de inconstitucionalidade deverá ser levada ao conhecimento da turma através da discussão de um caso concreto. Entretanto, a tese deve se desprender da turma e ir à Plenário. Depois de decidida a tese de constitucionalidade, volta à turma para fundamentar a norma individual a ser criada na composição da lide. Note como o julgamento cindiu-se. O julgamento do plenário, a tese de constitucionalidade, se trata de decisão jurisdicional e não uma simples fundamentação. Essa matéria não precisará mais ser remetida ao plenário segundo o parágrafo único do art. 481 do CPC.

Como exaustivamente dito, apenas por não ser a questão principal no recurso extraordinário, a tese de constitucionalidade criada pelo STF não terá efeitos *erga omnes* e

⁴⁷ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental provido. (BRASIL. STF, AI 375. 011 AgR/ RS, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 05/10/2004, publicado no DJE em 28/10/2004)

vinculante consoante o controle concentrado, tendo, para isso, de sujeitar-se à vontade do Senado Federal (art. 52, X, CRFB/88).

No entanto, conforme exaustivamente explanado alhures, essa posição vai de encontro ao princípio da igualdade, pois se assim for, iguais serão tratados desigualmente em outros juízos e na Administração Pública em virtude da decisão do STF no âmbito do recurso extraordinário ter efeito *inter partes* e não vinculá-los.

Conforme o modelo jurídico (norma geral) criado pelo Supremo no recurso extraordinário seja racionalmente demonstrável, deve ser abrangido pelo sistema jurídico e servir como premissa científica (CANARIS, 2002, p. 66-75).

Ou seja, o tribunal constitucional ao conhecer o recurso em fiscalização concreta, decidirá todos os prováveis recursos pendentes sobre a mesma questão de constitucionalidade de acordo com a premissa estabelecida (MIRANDA, 2007, p. 507).

Neste sentido, o efeito *inter partes* do recurso extraordinário, conquanto prejudique a unidade interna do sistema jurídico, também fere o princípio da segurança jurídica, vez que seu valor “*exige a garantia da cognoscibilidade, aplicabilidade e efetividade do próprio Direito*” (KAUFFMAN, 2004, p. 281).

Destarte, utilizando-se de forma literal o regramento legal vigente, com base no modelo jurídico do RE, o STF como intérprete autêntico da Constituição não aplicará sua decisão à sociedade em geral, prejudicando a própria “*finalidade desse recurso que é preservar a unidade e a autoridade da Constituição, tendo, assim, como objetivo o interesse público e não o interesse das partes*” (ORIONE NETO, 2006, p. 463).

Pertinente, então, atribuir novo sentido ao art. 52, inciso X da CRFB/88 para que produza um resultado hermenêutico compatível com a realidade social e jurídica atual. A tal processo informal de alteração da constituição chama-se mutação constitucional (MENDES; COELHO e BRANCO, 2007, p. 55).

Assim, por ser o direito uma ciência em constante estado de evolução, a realidade social atual naturalmente exige a "mutação constitucional", pois considerar a resolução de suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo como mera publicação e não como pressuposto do efeito vinculante não seria uma legislatura constitucional, mas adaptar o texto constitucional à realidade contemporânea que pondera, com peso maior, os valores da economia e celeridade processuais. Da criação da interferência do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade até os dias atuais, muitas coisas mudaram.

Outrossim, a própria origem do controle difuso de constitucionalidade no direito norte-americano, que inaugurou o Princípio da Supremacia da Constituição, atribuía efeito

vinculante às decisões da Suprema Corte. Denominada de princípio do *stare decisis*, ou seja, os precedentes da Suprema Corte americana são vinculantes, visto que estes precedentes são a fonte de suas normas. Esse princípio, assim, assume ares de eficácia *erga omnes* e vinculante. Rui Barbosa, no entanto, quando importou o *judicial review* dos EUA, não importou também o *stare decisis* para a CF/1891. Preferiu continuar com o princípio da livre convicção motivada (CASTRO, 2008, p. 22-24; CUNHA JR., 2007, p. 78-81; AGRA, 2008, p. 217).

Verifica-se, portanto, que a não adoção do controle difuso no Brasil está ligada à questão do "governo dos juízes". Expressão disposta pela primeira vez nos Estados Unidos por L.B. Bodin, representava a crítica direcionada à Suprema Corte norte-americana que não, eventualmente, intervinha em decisões políticas do Executivo e do Legislativo ao invalidá-las frente àquela Constituição. Os fundamentos da teoria existente por trás dessa expressão estavam diretamente vinculados à criação normativa pelos tribunais (GARCIA, 2007, p. 33-34).

Para exercer esse controle político no Poder Judiciário, a Constituição de 1934 insurgiu a interferência do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade para atribuir-lhe efeito vinculante.

Ocorre que as atribuições do Senado na CF/1934 eram totalmente divergentes das questões contemporâneas, sobretudo por ser parte do Legislativo, não auxiliando a Câmara na confecção de leis, pois se tratava apenas de ser coordenador dos Poderes (art. 22 e 91, I).

Ainda, por estar acima dos demais Poderes, seus integrantes possuíam imunidades e outras atribuições dispostas no art. 91, IV, e, além disso, cumpre salientar que a declaração de inconstitucionalidade restrita ao Senado era comunicada pelo Procurador Geral da República (PGR) (CASTRO, 2008, p. 56-57).

Por força da CF/1946 o Senado Federal foi reinserido no Poder Legislativo e, removida a sua função de coordenação de poderes, porém manteve-se a competência para suspender lei declarada inconstitucional.

A Emenda Constitucional (EC) 16/65 inseriu o sistema abstrato com a representação de inconstitucionalidade a ser ajuizada pelo Procurador Geral da República, reduzindo a participação do Senado Federal nesse sistema, a partir do dia 18/04/1977 pelo Supremo, através da técnica de redução teleológica e, incorporado no art. 187 de seu Regimento Interno que, mais tarde, foi objeto da EC 7/77.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal deixou de noticiar ao Senado para o fim de editar o ato legislativo necessário à suspensão do ato normativo, pois suas decisões em

controle concentrado passaram a ter efeito vinculante e *erga omnes* (CASTRO, 2008, p. 59 e 29-30; CUNHA JR., 2007, p. 86).

Por outro lado, a doutrina dominante está equivocada ao equiparar a suspensão da Resolução do Senado Federal (art. 52, X, CRFB/88) com a revogação de lei. O Senado Federal, por si só, não tem competência constitucional para revogar uma lei, visto que é necessária a aprovação de uma outra lei que a revogue de forma tácita ou implícita.

Para que uma lei seja revogada, o processo legislativo previsto na CRFB/88 deve ser obedecido e isso significa a participação da Casa Legislativa Revisora (Câmara) e a sanção do Presidente da República.

Outrossim, o Congresso Nacional, ao exercer sua atividade legislativa, representa a União, deste modo, não seria possível "revogar" leis municipais, estaduais e distritais. Portanto, tendo em vista que a suspensão prevista no art. 52, X da CRFB/88 coloca o Senado Federal como órgão de representação nacional, a suspensão prevista é a declaração de nulidade por inconstitucionalidade típica de controle constitucionalidade que é de competência do STF (MENDES, 2007, p. 243-247).

Assim, parece rijo o entendimento do ministro Gilmar Mendes (2008, p. 1084), segundo o qual, por motivo de processo de "mutação constitucional", a suspensão da execução da lei pelo Senado há de ter simples efeitos de publicidade.

Mencionado modelo, somente fazia sentido para dar legitimidade às decisões do STF naquele contexto histórico, quando imperava fortemente a separação dos poderes, conseqüentemente, não era bem vista a atuação do Judiciário como "*legislador negativo*"⁴⁸, por isso o Senado era quem suspendia a execução da lei inconstitucional.

Permeava como valor daquela constituição a rígida concepção de separação de poderes de Montesquieu, por isso colocou como necessária a participação do Senado Federal, quando a Corte Suprema atuar como legislador negativo em controle difuso. O processo subjetivo idealizado na CRFB/88 foi uma repetição das Constituições de 1934 (art. 91, IV),

⁴⁸ A partir do século XX, Hans Kelsen (2003, 303) confeccionou o hodiernamente conhecido sistema de controle de constitucionalidade concentrado austríaco. Para isso, pressupõe que "o legislador constituinte transferira o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente a legislação para um órgão diferente do Legislativo, conferindo a esse órgão competência para anular uma lei que considere inconstitucional" (KELSEN, 2003, p. 303). O ato normativo, desde que previsto constitucionalmente, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio "*lex posterior derogat priori*", mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. "Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional" (KELSEN, 2003, p. 300). Por isso, para Kelsen (2003, p. 303) a lei inconstitucional não seria nula, mas meramente anulável, razão pela qual a decisão que reconhece o vício possuiria, em princípio, caráter constitutivo-negativo e não declaratório, por isso denomina as cortes constitucionais legislador negativo. Destarte, para o jurista, um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo.

1946 (art. 64) e 1965/67 (art. 42, VII), copiando o mesmo dispositivo (MENDES, 2007, p. 257-265).

Forçoso concluir, então, 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. 2009.a, p. 131), pois seria demasiada violação ao princípio da economia processual obrigar um dos legitimados do art. 103 da CF a propor ação direta, quando já se sabe de antemão o resultado.

Nesse mesmo sentido, mostra-se absurdo o entendimento de produção de efeitos *ex nunc* a partir da publicação pelo Senado, pelo simples fato do procedimento ser do recurso extraordinário, conquanto proferida pelo mesmo órgão julgador.

Inarredavelmente, não subsistem razões na existência de tal procedimento vazio de conteúdo, não passando de simples costume, pois despiciendo em ações diretas. Pior do que isso, não se aplica a cláusula do Senado à declaração de nulidade parcial sem redução de texto, pois apenas se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.

Apesar do exposto, desarmoniosa a suspensão da execução de lei com a declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, pois a expurgação do ato normativo afetado por omissão parcial inconstitucional agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade.

Para finalizar o assunto, parece não poder coexistir o rigor do art. 52, inciso X, da CF, com a utilização da modulação de efeitos via incidental difusa, visto que aquele defasado mecanismo detém-se ao dogma da nulidade.

Outra temática obscura, como já dita, é a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão ao controle difuso efetivado pelo Pleno do STF. Nos processos incidentais de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o STF vem adotando⁴⁹ efeito vinculante não somente à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas igualmente aos próprios fundamentos determinantes.

O STF tem jurisprudência dominante no sentido de atribuir efeitos *erga omnes* e vinculante às teses de constitucionalidade decididas em face de leis municipais. Baseado na Teoria da Transcendência dos Efeitos Determinantes atribui eficácia vinculante à *ratio*

⁴⁹ Vide caso “Mira Estrela”, já citado, e o caso “progressividade do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos”. A partir de decisões em sede de controle difuso, o STF transcendeu a aplicação da *ratio decidendi* estabelecida pelo Pleno a demais casos concretos. Logo, municípios que se enquadravam na situação de excesso de vereadores, ocorrido em Mira Estrela, sentiam os efeitos dos motivos determinantes do *leading case*, conforme votou o Min. Gilmar Mendes.

decidendi das decisões em controle difuso contra leis municipais (MENDES, 2007, p. 279). Novamente, aplica institutos típicos do controle concentrado em controle difuso.

Deste modo, na seara municipal, considera-se “*dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário*” (MENDES; COELHO; BRANCO. 2008, p. 1089)

Evidenciado certo efeito vinculante aos fundamentos determinantes, tal orientação somente é plausível se a decisão do Plenário do STF tiver, por si, efeitos transcendentais.

Em idêntico entendimento, o então ministro Teori Albino Zavascki (2001, p. 135-136) defendeu a transcendência, com caráter vinculante, de decisão sobre constitucionalidade da lei, sobretudo via difusa incidental. Mantendo seu entendimento doutrinário, conforme vislumbrado no REsp 828.106/SP:

“PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PIS E COFINS. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 9.718/98. CONCEITO DE FATURAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. [...] 5. O § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo STF (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG, sessão de 09.11.2005). A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito. Embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05)”. (BRASIL. STJ, REsp 828.106/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento: 02/05/2006, publicado no DJe em 15/05/2009).

Há quem não apoie a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, por não haver previsão constitucional, como explicita Pedro Lenza (2011, p. 259), seguindo a tese dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa na Rcl. 4335/AC. Esta teve como pano de fundo o princípio da individualização da pena, para afastar ou não a vedação legal de progressão de regime, visto que se estava concedendo HC de ofício ou implementando o mecanismo da abstrativização do controle difuso.

Segundo a tese contrária à abstrativização, defende-se que “*se pode alcançar os mesmos efeitos com a edição de súmulas vinculantes, que seria mais legítimo e eficaz, além de respeitar a segurança jurídica, evitando o casuísmo*” (LENZA, 2011, p. 259). Contudo, deveriam ser atendidos os requisitos do art. 103-A da CF, ou seja, reiteradas decisões e *quorum* de dois terços para edição da súmula, maior do que a maioria absoluta da declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97).

Malgrado o debate exposto, indubitável que a súmula vinculante, em si, é mais um meio de objetivação do controle difuso de constitucionalidade pelo STF, porquanto, de qualquer maneira, dotará a declaração de constitucionalidade incidental de efeitos vinculantes. Todavia, destaca-se que a lei não será eliminada formalmente do ordenamento jurídico, pois falta eficácia geral, pois ao contrario do processo objetivo, esta decorre de decisões tomadas em casos concretos no modelo incidental. Nesse caso, independente do Senado e de se tratar de processo objetivo, observa-se efeito vinculante em decisão de processo incidental.

Assim, consoante mencionado, a súmula é consequência de reiteradas decisões em controle difuso e passa a ter efeito vinculante independentemente da participação do Senado Federal (DIDIER JR., 2007, b, p. 101-103). Assim, o sistema positivo incorporou a criatividade judicial, compreendendo que *"toda norma só vigora [...] na interpretação que lhe atribui o aplicador"* (SOARES, 2008, p. 107).

Outrossim, em virtude de haver uma proximidade entre a súmula vinculante e a repercussão geral, o recurso extraordinário acaba por adquirir efeito vinculante sem precisar adequar-se aos pressupostos do art. 103-A da CRFB/88. Isto porque, por exemplo, há a presença de matéria que ultrapassa os interesses subjetivos da causa *"sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal"* (art. 543-A, §3º, CPC) e, decidido o mérito do recurso de amostra, tal decisão valerá para os recursos sobrestados e para os não distribuídos que versem sobre questão idêntica.

Neste cerne, o Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem no RE 579.431/RS (STF, 2008c), decidiu que o recurso extraordinário cuja tese de constitucionalidade confronte súmula ou jurisprudência dominante desse Tribunal deve ser julgado improcedente (art. 557, CPC) e ser aplicado o procedimento dos §§ 1º e 3º do art. 543-A do CPC para os demais que versem sobre questão idêntica.

Por último, na questão de ordem no AI 715.423/RS (STF, 2008d), o STF decidiu ministrar o procedimento da repercussão geral, salvo o disposto no art. 543, §2º do CPC, mesmo nos recursos interpostos anteriormente à regulamentação desse instituto.

Deste modo, restou nítido e claro que o próprio Congresso Nacional teve o mesmo objetivo do Supremo na Rcl. nº 4335-5/AC, sobretudo porque não se trata de invencionice jurisdicional em afronta à CRFB/88, o que não se pode é ficar alheio à realidade social e realmente admitir que o art. 52, X da CRFB/88 sofreu mutação constitucional, apontando para o entendimento de que as todas as decisões do plenário do STF com 2/3 dos votos dos Ministros tem eficácia *erga omnes* e vinculante, independentemente do instrumento processual utilizado.

Na prática, não progride extremar as contraposições entre o controle difuso e o abstrato, pois o *stare decisis* e os efeitos erga omnes e vinculante, respectivamente, aproximam os (MIRANDA, 2007, p. 533). Mesmo que não se entenda desta forma, deve-se notar que as constantes alterações realizadas pelo Congresso Nacional no CPC e as novas leis criadas para regulamentar as inovações da EC 45/04, legitimam legislativamente a atribuição desses efeitos às decisões do STF em sede de recurso extraordinário quando objeto de apreciação do Plenário.

O Supremo, no já mencionado Habeas Corpus nº 82.424 (STF, 2004), admitiu a participação de *amicus curiae* via controle difuso de constitucionalidade e os parágrafos do art. 482 do CPC admitem a participação de interessados, do Ministério Público e dos legitimados do art. 103 da CRFB/88 nos incidentes de inconstitucionalidade dos tribunais.

Ainda, o parágrafo único do art. 481 do CPC, supramencionado, desobriga a remessa do incidente ao plenário do tribunal caso a tese constitucional haja sido decidida pelo plenário do Supremo via recurso extraordinário.

Frise-se que esses artigos foram alterados pela Lei 9.756/98, abstraindo o controle difuso ao democratizar a discussão da tese de inconstitucionalidade (consenso social) e dando efeito vinculante à decisões tomadas pelo STF em sede de controle difuso (DIDIER JR., 2007b, p. 105-108).

Salienta-se que, o art. 557, §1º-A do CPC permite que o relator denegue seguimento ao recurso extraordinário caso refira-se à matéria de direito substancial, cuja tese esteja em confronto à súmula ou jurisprudência dominante do STF.

Segundo o presente estudo, as súmulas são formuladas através do recurso extraordinário, ou seja, através do controle difuso, assim como acontece com a jurisprudência dominante. Mais uma vez, o Congresso Nacional, através da Lei 9.756/98, atribui efeito vinculante à decisão em controle difuso (MENDES, 2007, p. 277).

Outra importante questão a ser destacada, segundo acertado entendimento do ministro Gilmar Mendes (2008, p. 1076), é a controvérsia com a jurisdição comum, que tão só poderá declarar a inconstitucionalidade de norma que tenha repercussão direta na causa.

Diversamente, ao STF é possível, verificada a inconstitucionalidade via controle difuso, emitir juízo relativo à validade da norma, desde que esta se mostre dispensável à solução da lide. Assim, aparenta haver convencido afastamento da sistemática clássica do modelo difuso americano, entretanto, ao assim provir, o faz o Supremo em razão de sua tarefa institucional de Guardião da Constituição. Todavia, patente um *quid* de abstrativização do processo de controle difuso e incidental perante o STF.

Diante do demonstrado até então, é imperioso concluir pelo real surgimento de um processo de “dessubjetivação” das formas processuais sobrepostas ao modelo de controle difuso incidental, antigamente dotado restritivamente de feição intersubjetiva e eficácia *inter partes*.

Outrossim, conforme já exposto, a participação de *amicus curiae*, e outros interessados, o reconhecimento de efeitos transcendentais na declaração de inconstitucionalidade incidental, a gradual superação da fórmula do Senado, incorporação da repercussão geral e a possibilidade de *causae petendi* aberta em recurso extraordinário, permite a adoção de uma estrutura procedimental aberta para o processo no controle difuso (CPC, art. 482), demonstrando intercâmbio considerável na relação de convivência do modelo incidental com o principal. Inequívoca é, pois, a tendência da ampliação da feição objetiva no modelo incidental.

9. CONCLUSÃO

Diante do aludido estudo, conclui-se, portanto, que não obstante as inúmeras correntes que são desfavoráveis à referida tese, é forçoso salientar que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade se perfaz realidade em nosso ordenamento jurídico. Da simples análise à nossa atual Constituição, as suas modificações e a produção normativa desenvolvida contemporaneamente se fundiram a ratificar referida tendência, que há algum tempo permeiam os estudos doutrinários, conforme se verificou no presente estudo.

Sendo assim, verifica-se o Supremo voltado para a real efetividade das normas constitucionais, tendo como missão fundamental atualizar a Constituição, realçando a sua força normativa e a adequando às mudanças sociais. Tal situação torna-se ainda mais clara quando o STF transcende o formalismo procedimental para confrontar situações que demandam novos questionamentos e situações jurisdicionais e, por consequência, o aperfeiçoamento de seus julgados.

Note-se que, esse espírito de realização se materializa, exatamente, quando se ressalta o tema da abstrativização dos mecanismos do controle difuso incidental.

Ressalte-se, ainda, que, o recurso extraordinário, o mais utilizado e importante dentre outros recursos tangentes ao controle difuso, passa por um importante momento de transformação. Para ser mais claro, este recurso está deixando de ser, caracteristicamente, pertencente ao controle difuso para servir de instrumento do controle abstrato, levando em conta a concretização do princípio da força normativa da Constituição.

Assim, conforme exhaustivamente exposto, verifica-se que a expansão do controle concentrado e sua influência exercida no controle difuso impõem a contextualizar o art. 52, X, da Constituição Federal, dentro da realidade normativa de 1988, pois a aplicação da literalidade de tal dispositivo, remanescente da Carta de 1934, é anacrônica.

Todavia, há de se criticar a inércia do Legislativo em permitir a existência de uma norma que além de não ser, comumente, utilizada, constitui-se num óbice ao exercício da justiça constitucional.

Destarte, agasalhado pela doutrina tendente a mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal emprega outro significado, que é o de apenas atribuir ao Senado a função de tornar pública a decisão plenária do Supremo e, de forma definitiva, avocar o dever de empregar eficácia *erga omnes*.

É importante ressaltar que, enquanto o Legislativo não se posiciona em relação à referida tendência que há algum tempo vem ocorrendo em nosso ordenamento jurídico, o Supremo deverá continuar utilizar-se dos meios plausíveis para garantir a prestação jurisdicional e a efetividade do processo, mas é claro, também, que se deva refletir quanto aos limites de sua atuação, tendo em vista a preservação do equilíbrio entre os Poderes.

Tal posicionamento, sopesando os riscos, é estritamente necessário para que o Legislativo reveja a sua atuação (ação e omissão) que, em muitas vezes, fere direito, constitucionalmente, previsto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira. In: NOVELLINO, Marcelo (coord.) Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 211-232.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 108.

_____. O controle da constitucionalidade no direito brasileiro. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, Brasília, 5 de outubro de 1988; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 10 de setembro de 2012;

BRASIL. LEI Nº 11.418, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 19 de dezembro de 2006. Publicado no DOU de 20.12.2006; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 10 de setembro de 2012;

BRASIL. LEI No 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Publicado no D.O.U. de 13.07.2001. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 10 de setembro de 2012;

BRASIL. LEI No 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 3 de dezembro de 1999. Publicado no D.O.U. de 6.12.1999; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 10 de setembro de 2012;

BRASIL. LEI No 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999. Dispõe sobre o processo julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 10 de novembro de 1999. 152 Publicado no DOU de 11.11.1999; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 10 de setembro de 2012;

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília/DF, Brasília 11 de janeiro de 1973. Publicado no D.O.U. de 17.1.1973; Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 10 de setembro de 2012;

BRASIL. LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Publicado D.O.U de 26.7.1990; <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>; Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 197.917/SP. Ministério Público Estadual e Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Maurício Corrêa. 07 de maio 2004. Diário de Justiça da União, Brasília, p. 08. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 82959/SP. Oseas de Campos e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. 01 de set. 2006. Diário de justiça da União, Brasília, p. 18. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 375.011. Município de Porto Alegre e Tito dos Santos. Relatora: Min. Ellen Gracie. 22 de out. 2004. Diário de Justiça da União, Brasília, p. 43. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo de Instrumento Recurso Extraordinário. Plenário. AI 715423/RS. Rel. Ellen Gracie. DOU 05.09.2008. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 388.830-7. Decorações Karícia LTDA e União. Relator Min. Gilmar Mendes. 10 de mar. de 2006. Diário de Justiça da União, Brasília, p. 55. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Reclamação n. 4335/AC. Rel. Gilmar Mendes. DOU 27.04.2007. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário. Plenário. RE 556.664/RS. Rel. Gilmar Mendes. 12 jun. 2008. DOU 14.11.2008. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário. RE 579.431/QO/RS. Rel. Marco Aurélio. DOU 24.10.. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. Plenário. RE-ED 328.821/AM. Rel. Gilmar Mendes. 06 mar 2008. DOU 02.05.2008. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário n. 415454/SC. Relator Min. Gilmar Mendes. 26 de out. de 2007. Diário de Justiça da União, Brasília, Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. STJ. Recurso Especial 828.106/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento: 02/05/2006, publicado no DJe em 15/05/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. TSE. RESOLUÇÃO Nº 21.702 Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município. Sala de Sessões do Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, 2 de abril de 2004. Acesso 10 de setembro de 2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário n. 565.089/SP. Relator Min. Marco Aurélio. 24 de out. de 2012. Diário de Justiça da União, Brasília, Acesso 16 de janeiro de 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4125/ TO. Relator Min. Carmen Lúcia. 15 de fev. 2011. Diário de Justiça da União, Brasília, Acesso 16 de janeiro de 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029 / AM. Relator Min. Luiz Fux. 27 de jun. 2012. Diário de Justiça da União, Brasília, Acesso 16 de janeiro de 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 536.639 / RN. Relator Min. Cezar Peluso. 28 de ago. 2012. Diário de Justiça da União, Brasília, Acesso 16 de janeiro de 2013;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial n. 1.033.611 / DF. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 05 de mar. 2012. Diário de Justiça da União, Brasília, Acesso 16 de janeiro de 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução: Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CASTRO, João Bosco Marcial de. O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil: Meios de impugnações às decisões judiciais e processos nos tribunais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007;

_____. Curso de Direito Processual Civil, Vol.3, 8ª edição - Salvador: Editora Podivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual. Vol. I, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____. Instituições de Direito Processual. Vol. II, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____. Instituições de Direito Processual. Vol. III, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____. Instituições de Direito Processual. Vol. IV, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito no recurso especial: posição divergente no STJ. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais. Coordenadores: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT 2001, p. 980/981.

GARCIA, Emerson. Direito Judicial e Teoria da Constituição. In: NOVELLINO, Marcelo (coord.) Leituras Complementares de Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

KAUFFMAN, Arthur. Filosofia do direito. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo. São Paulo: RT, 1987, p. 42.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Nota Introdutória à edição brasileira: Sérgio Cunha Martins.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. V. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

_____. Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade: Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública, In: Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública, Coord. Arnaldo Wald. Saraiva, 2ª ed., 2007;

_____. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. Revista de informação legislativa, v.32, nº 126, p. 87-102, 155 abr./jun. de 1995 < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176316>> Acesso em: 20 de setembro de 2012;

_____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª edição, rev. e ampliada, 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva: 2007;

_____. Jurisdição Constitucional. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Data de publicação: Jan-1994. Revista de informação legislativa, v.31, nº 121, p. 185-188, jan./mar. de 1994 <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176231>> Acesso em: 20 de setembro de 2012;

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. de 2004 < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/953>> Acesso em: 20 de setembro de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira apud DIDIER JR. Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 106.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol.5, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ORIONE NETO, Luiz. Recursos cíveis. 2.d. São Paulo: Saraiva, 2006.

PALU, Luiz Oswaldo. Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 2. ed., Niterói: Impetus, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A interpretação constitucional: uma abordagem filosófica. In: Marcelo (coord.) Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

TAVARES, André Ramos. O “amicus” sem recurso. Jornal Carta Forense. Publicação de artigos científicos. Jun.2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-amicus-sem-recurso/8725>> Acesso em: 18 de janeiro de 2013.

VELOSO, Zeno. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2007;

_____. Controle jurisdicional de constitucionalidade. Belém: Cejud, 1999.

ZAVASCKI, Teori. Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. 1ª edição. São Paulo: RT, 2001;

_____. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.