



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL

DIORGENIS REAL CASTRO

**TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINATES NO
CONTROLE DIFUSO E O SENADO FEDERAL**

**Monografia apresentada como requisito
avaliativo parcial de conclusão do curso
de pós-graduação na Escola da
Magistratura do Distrito Federal**

Professor orientador: Juliano Vieira Alves

BRASÍLIA – DF

2012

DIORGENIS REAL CASTRO

**TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINATES NO
CONTROLE DIFUSO E O SENADO FEDERAL**

Monografia apresentada no Curso Direito e Contemporaneidade da
Escola da Magistratura do Distrito Federal, ESMA-DF.

Aprovada em _____ de _____ de 2012.

EXAMINADOR

Prof. Juliano Vieira Alves

RESUMO

O Brasil possui uma Constituição formal, rígida e escrita o que lhe possibilita um controle das normas infraconstitucionais. Em nosso país reina o controle jurisdicional concentrado e difuso.

O controle concentrado tem como característica atingir a todas as pessoas indiscriminadamente com seus efeitos erga omnes, vinculante e *ex tunc* ao contrário do controle difuso, que tem seus efeitos aplicados somente interpartes.

Em 1999, o legislador, por meio de lei, possibilitou que o STF no controle concentrado pudesse modular os efeitos de suas decisões sempre que houvesse interesse público e afronta à segurança jurídica.

Ocorre que agora, o Supremo Tribunal Federal, por meio de mutação constitucional está utilizando o mesmo procedimento do controle concentrado no controle difuso, a dita Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes.

Nesta pesquisa traremos dos precedentes do STF que mostram o uso desta teoria no controle difuso que acaba por atropelar a competência do Senado Federal, competência esta estipulada no artigo 52, X da Constituição Federal, em que diz que o Senado por meio de resolução é o responsável para impor o efeito erga omnes na decisão do Supremo e também falaremos das evoluções legislativas.

O grande avanço desta teoria pode gerar algumas dúvidas a respeito de sua implementação com a normativa atual, esvaziando o papel do Senado Federal.

Palavras Chaves: Transcendência dos motivos determinantes, Mutação Constitucional, Controle difuso.

ABSTRACT

Brazil has a formal constitution, rigid and writing which allows it to control the standards *infra*. In our country reigns jurisdictional control concentrated and diffuse.

The concentrated control is characterized by reaching all people with their indiscriminate effects *erga omnes*, binding and backdated unlike the fuzzy control, which has its effects only applied *inter partes*.

In 1999, the legislature, by law, the Supreme Court allowed the concentrated control could modulate the effects of their decisions whenever there affront to public interest and legal certainty.

Occurs now, the Supreme Court through constitutional mutation is using the same procedure of concentrated control in fuzzy control, said Transcendence Theory of Determinants of Reasons.

In this research we will bring the precedents of the Supreme Court show that the use of this theory in fuzzy control which ultimately trample the jurisdiction of the Senate, a competence stipulated in Article 52, X of the Constitution, which says that the Senate resolution is through the responsible for imposing the *erga omnes* effect on the decision of the Supreme and also talk of legislative developments.

The breakthrough of this theory can generate some doubts about its implementation with the current rules, emptying the role of the Senate.

Key Words: Transcendence of compelling reasons, Mutation Constitutional, Control diffuse.

SUMÁRIO

I- INTRODUÇÃO.....	6
1. CONSTITUIÇÃO ESTUDO E CLASSIFICAÇÃO	10
1.1 Conceito.....	10
1.2 Classificação.....	12
1.2.1 Quanto à Forma	12
1.2.2 Quanto ao Conteúdo	13
1.2.3 Quanto à Alterabilidade.....	15
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	18
2.1 Considerações Iniciais	18
2.2 Requisitos: Supremacia e Rigidez Constitucional.....	19
2.3 Histórico do Controle de Constitucionalidade.....	22
2.4 Sistemas de Controle de Constitucionalidade	23
2.4.1 O Sistema Americano ou Controle Difuso.....	24
2.4.2 O Sistema Austríaco ou Concentrado.....	26
2.5 Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	27
3. PARALELO ENTRE OS CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO	29
3.1 Controle Difuso	30
3.1.1 Conceito.....	30
3.1.2 Objeto	30
3.1.3 Legitimidade.....	31
3.1.4 Procedimento	31
3.2 Controle Concentrado.....	32
3.2.1 Conceito.....	32
3.2.2 Objeto	33
3.2.3 Competência	33
3.2.4 Titularidade.....	33
3.2.5 Efeitos da Decisão	34
4. TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA NO CONTROLE DIFUSO E A APLICABILIDADE DO Art.52, X da CF 1988.	37
5. CONCLUSÃO	45
REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.....	49

I- INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a tarefa de levar o leitor a uma viagem sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e, mais precisamente, sobre a modulação dos efeitos temporais das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) ou teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões em sede de controle difuso, quando do exame da inconstitucionalidade da lei no caso concreto.

O tema deste trabalho há alguns anos não tinha razão de ser, já que existia um quase consenso na doutrina e no meio jurídico que atravessou várias gerações, no sentido de que os efeitos do controle incidental (difuso) eram produzidos somente entre as partes (interpartes), bem como, que o resultado do recurso não poderia atingir situações futuras.

O controle difuso, ao contrário do concentrado, na via da ação direta tinha por finalidade decidir situações passadas, com base nas provas, sem qualquer atenção para com as conseqüências futuras (prospectivas) do julgado. Neste contexto, sequer havia um sério compromisso, por parte do STF, em observar seus julgamentos anteriores no controle difuso, já que se preconizava a completa ausência de vinculação.

O Supremo Tribunal Federal julgava olhando para o passado, buscando, no máximo, corrigir defeitos de procedimento no curso da ação ou a própria justiça da decisão objeto do recurso.

Já no âmbito das ações de controle concentrado, o STF atuava de forma prospectiva, inclusive invalidando leis produzidas pelo Congresso Nacional em sede de políticas públicas (econômicas e sociais). Admitia-se, inclusive, um exame acerca dos efeitos desejados pelo legislador, como motivo invalidante da lei, caso os efeitos previstos pelo Congresso Nacional fossem impossíveis na prática.

O tempo do controle difuso era o passado, e o inverso sucedia com o controle concentrado, voltado quase que exclusivamente para as situações futuras. O STF, a cada julgamento, tinha de se adaptar ao universo simbólico destas duas dimensões,

muito embora, em ambos os casos, tratasse de proteger a Constituição da República, assegurando-lhe uniformidade interpretativa.

Este cenário sofreu uma grande transformação em 2008, quando então o STF passou a considerar que as decisões proferidas em sede de controle difuso (concreto), que até então atingiam apenas as partes (interpartes), também poderiam, a exemplo do controle concentrado atingir terceiros.

Alguns julgados nos remetem a esta tendência, que se instalaram no âmbito da mais alta corte de justiça de nosso país, que tem por finalidade aproximar os controles de constitucionalidade, concentrado e difuso, ambos exercidos pelo Poder Judiciário, conseqüentemente rompendo com um tabu construído ao longo do tempo pela jurisprudência daquela Corte Suprema.

Impende ressaltar que, ao definir que a decisão poderia ter eficácia erga omnes, em controle difuso, o STF defrontou-se com o problema da eficácia temporal desta mesma decisão. Os custos econômicos da imprevisibilidade indicam que a não-retroatividade seria uma opção mais condizente com a realidade e certeza de justiça.

O STF, ao julgar ação em sede de controle difuso, e conseqüentemente aplicar a teoria, determinando que suas decisões contrariassem os ditames legais, e principalmente os constitucionais, visto que segundo a lei maior, o STF, quando da prolação de sentença em sede de controle difuso, tem o dever de comunicar ao Senado Federal, visto que, com fundamento no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, cabe aquela casa, através de resolução, manifestar-se sobre a inconstitucionalidade no caso em concreto.

Inquestionável que o Senado Federal brasileiro tem sua competência esculpida expressamente no texto constitucional, não sendo possível o STF, através de suas decisões moduladas, usurpar e atarraxar os ditames constitucionais, em detrimento da alegação da insegurança jurídica e conseqüentemente, arbitrando àquela casa o papel de mera despachante.

Desta feita, surge a problemática. O STF, ao modular suas decisões em sede de controle difuso, ampliando ou reduzindo seus efeitos, argumentando em seu favor a insegurança jurídica e aplicando por analogia o art. 27 da Lei nº 9.898/99, e as inovações legislativas, estaríamos diante de uma verdadeira mutação constitucional, visto que a atuação do Senado Federal, em se tratando de controle concentrado é meramente publicitária, enquanto, no difuso, atua de forma impecável, determinando por meio de resolução se o texto declarado inconstitucional será total ou parcial expurgado do ordenamento jurídico brasileiro.

Sem sombra de dúvidas que a teoria da transcendência exteriorizada através da modulação das decisões do STF, em sede de controle difuso, merece aplausos, entretanto, como compatibilizar essa tendência do STF, sem esmagarmos a competência do Senado Federal, extrapolando de forma contundente os mecanismos processuais e constitucionais, moldados no decorrer dos anos.

É bem verdade que a busca pela uniformização da jurisprudência, aplicando-se a modulação dos efeitos temporais, e conseqüentemente vinculando os Tribunais Superiores, tem um sentido nitidamente funcional, ou seja, garantir que as decisões do Poder Judiciário, especialmente nas ações repetitivas de massa, definissem, de maneira clara e uniforme, a quem competia o bem da vida.

Cabe destacar que o STF, ao modular suas decisões em sede de controle difuso, não tinha qualquer relevância prática, pois reinava consenso no sentido de que esta decisão só valia para as partes (interpartes), ou seja, atingia, necessariamente, a decisão judicial contra a qual se recorria no STF (efeito retroativo).

O Pretório Excelso até então não tinha a preocupação de aplicar a teoria em comento, e via de regra adotar o procedimento previsto na legislação pátria e a lei maior. Em outras palavras, o STF, ao aplicar a teoria, não questionava a atuação daquela casa, adotando o procedimento padrão legal de comunicar à casa a se manifestar através de resolução, sobre a decisão proferida em sede de controle difuso.

Apenas para pavimentar esta introdução, ressalta-se que a previsibilidade e segurança foram opções do constituinte brasileiro e que não existe um conflito latente de valores.

As inovações trazidas pela nova tendência do STF refletem um momento de intenso ativismo judiciário e é o sinal de um momento de imobilismo das instâncias tradicionais de decisão política.

Estas inovações, surgidas em 2008, por sua vez, refletem uma profunda revisão da jurisprudência do próprio STF, sobre o tema (controle difuso e concentrado de constitucionalidade e seus efeitos), instaurando um novo paradigma jurídico sobre o tema. Hoje ao estudarmos o controle difuso, temos que nos atualizar com as novas tendências discutidas.

Sendo assim, esta pesquisa tem o propósito de esgotar o tema de modo que, ao final deste trabalho, se tentará apresentar de forma cristalina toda evolução ocorrida e seus benefícios, tratando também da repercussão disto no papel do Senado Federal.

1. CONSTITUIÇÃO ESTUDO E CLASSIFICAÇÃO

1.1 Conceito

A finalidade de se trabalhar o conceito de Constituição bem como a sua classificação é facilitar a compreensão do tema até chegarmos propriamente ao núcleo do trabalho.

Conceituar constituição parece uma tarefa fácil, porém é de grande complexidade, visto que várias são as concepções ou acepções a serem tomadas para definir o referido termo. Alguns autores preferem a idéia da expressão tipologia dos conceitos de constituição em várias acepções.

A idéia de Constituição, da necessidade de um conjunto de normas regentes da organização estatal, tendo origem na Grécia antiga e a expressão Constituição, com o sentido de organização jurídica do povo, foi cunhada em Roma, durante o período republicano.

O mestre Alexandre de Moraes nos diz¹:

Constituição, latu sensu, é o ato de construir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um estado, que contem normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, á a constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

Já para Virgilio de Jesus Miranda carvalho, analisando a área de abrangência da constituição entende²:

Que melhor se definira a constituição como o estatuto jurídico fundamental da comunidade, isto, é, abrangendo, mas não se

¹ . Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional, editora Atlas, Ed. 27ª, 2011, pág. 6.

² . Carvalho, Virgílio de Jesus Miranda. Os valores da Constitucionais Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 1982, pag. 13.

restringindo estritamente ao político e porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma tendencial totalização, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele (ou exclusivamente por ele) se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levava à automatização do normativo-jurídico específico (nesse sentido, total-e não apenas tendencialmente-é o direito) bem como à distinção, no seio da própria constituição, entre a sua intenção ideológica e política e a intenção jurídica stricto sensu. Com este sentido também poderemos, então, definir a Constituição como a lei fundamental da sociedade.

Para Nelson Oscar de Sousa, em sua obra manual de direito constitucional, conceitua constituição como sendo³:

A lei fundamental do Estado. Também sua lei maior. Nela se delinea a organização política que o Estado adota e se disciplinam os direitos e as garantias. A Constituição estabelece normas básicas e desenha o âmbito dentro do qual as demais normas se poderão alinhar. Ela circunscreve a atuação normativa do Estado e de seus órgãos seja no campo político, quanto à estruturação e ao exercício do poder, seja no campo puramente legislativo.

E prossegue o autor:

As regras estabelecidas são básicas, porque, sistemática e sistematizadamente, fundamentam a ordem jurídica estatal e a das inumeráveis instituições da sociedade civil. Essas regras, de outra parte, são limitadoras porque fora e contra elas a norma comum de direito não pode se opor. E não tem validade contra elas . a regra jurídica que assim fizer será acoimada de inconstitucional e será considerada como se não fora escrita. Por isso, toda regra de Direito Positivo que estiver em desacordo com a Constituição não produzirá quaisquer efeitos. Cabe ao tribunal constitucional competente (STF), declará-lo na forma em que a própria constituição o tiver estabelecido.

Diante do exposto, extrai-se que a Constituição é um documento indispensável para a existência de um estado soberano, nela regulando toda a atividade estatal, seja estrutural, seja funcional, bem como definindo os direitos e garantias dos cidadãos.

Com relação às normas infraconstitucionais, estas além de terem um processo regulamentado na própria Constituição, de forma alguma podem ser incompatíveis com os ditames constitucionais.

³. Souza, Nelson Oscar de, Manual de Direito Constitucional, editora Forense, 3ª ed., 2006, pag. 36

O mais importante neste tópico é o fato de que o conceito aqui tratado está diretamente ligado ao título controle de constitucionalidade, visto que o objetivo final desta pesquisa é justamente demonstrar os efeitos das decisões dos casos que chegam ao STF, por meio de ADI, levando-se em consideração justamente o controle de constitucionalidade.

1.2 Classificação

A doutrina brasileira é farta ao classificar uma Constituição, visto que não há unanimidade com relação à classificação. Alguns a classificam quanto ao seu conteúdo, à sua forma ou ao modo de elaboração; outros se referem à consistência, à origem, à sistemática, e assim por diante.

Neste trabalho adotaremos apenas três dessas classificações por estarem diretamente ligados e servirem de base para a compreensão da Teoria dos motivos determinantes no controle difuso.

1.2.1 Quanto à Forma

Quanto à forma as Constituições podem ser escritas (instrumental) ou costumeiras (não escritas ou consuetudinárias)

Escrita, o próprio nome nos ajuda a explicar, seria a Constituição formada por um conjunto de regras sistematizadas e organizadas em um único documento, estabelecido as normas fundamentais de um Estado.

Para Sylvio Motta, em sua obra curso de direito constitucional, ao classificar a constituição escrita, diz o seguinte⁴:

Constituições escritas são aquelas cujas normas estão reunidas de forma sistemática em um único documento, solenemente promulgado em determinado momento como a constituição de certo Estado. E prossegue A constituição escrita é a constituição instrumental, pois confere ao estatuto supremo do Estado os atributos de segurança,

⁴. Motta, Sylvio, Curso de Direito Constitucional, editora Campus, ed. 18ª, 2007, pag. 31

publicidade, estabilidade e calculabilidade. Por outro lado, as constituições não escritas ou consuetudinárias são aquelas cujas normas e princípios localizam-se em diversas fontes, todas de natureza constitucional e situadas em idêntico patamar hierárquico, sem precedência de qualquer uma sobre as demais.

Já para Leo Van Holthe, em seu livro, direito constitucional, conceitua a constituição escrita e não escrita como sendo⁵:

conjunto de normas escritas, elaborado por um órgão constituinte, encerrando todas as normas constitucionais. Ressalta-se o seu efeito racionalizador, estabilizante e de segurança jurídica para o ordenamento jurídico, denominando-a constituição instrumental. A constituição não-escrita é aquela cujas normas não constem de um documento único e solene, baseando-se nos costumes, nas convenções constitucionais, na jurisprudência e em textos esparsos.

Na mesma linha nos ensina o Doutor e Mestre de Direito do Estado Uadi Lammêgo Buló em seu livro Direito Constitucional ao alcance de todos⁶:

Constituições escritas são aquelas cujas normas vem prescritas de modo sistemático e codificado em documentos solenes. Constituições não escritas são aquelas cujas normas não vêm grafadas de modo único, sistemático, codificado e exaustivo num documento formal e solene.

Diante dos conceitos dos nobres doutrinadores, podemos conceituar que as constituições escritas constituem uma série de disposições, que regulam a vida do Estado e da sociedade, dispostas em um único documento, formalmente e solenemente escritas. Afirmamos ainda que as constituições não escritas são aqueles documentos que podem ser escritos ou não, mas não se encontram em um único documento formalmente e solene.

1.2.2 Quanto ao Conteúdo

A doutrina classifica as constituições quanto ao conteúdo, dividindo-as em formais e materiais, sendo certo que quando o texto inserido no corpo da Constituição, independentemente de tratar de matérias constitucionais ou não,

⁵. **Holthe, Leo Van**. Direito Constitucional, editora PODIVM, ed. 3ª, 2007, pag. 36

⁶. **Buló, Uadi Lammêgo**, Direito Constitucional ao alcance de todos, editora Saraiva, ed. 3ª, 2011, pag. 101

estamos diante de uma Constituição formal. Entretanto quando o texto tratar de norma materialmente constitucional tem-se a Constituição material.

Dirley da Cunha Júnior, em sua obra Curso de Direito Constitucional, assim classifica as constituições, quanto ao conteúdo⁷:

A Constituição Material é o conjunto de normas, escritas ou não escritas (costumeiras), que regulam a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais, inseridas ou não no texto não escrito. Isto é, só é Constituição material aquele conjunto de normas que se limitam a dispor sobre matéria essencialmente constitucional, que são aquelas que se revestem de maior importância tendo em vista se relacionarem aos pontos cardeais de existência do Estado. A Constituição formal é o conjunto de normas escritas reunidas num documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, tenha ou não valor constitucional material, ou seja, digam ou não respeito às matérias tipicamente constitucionais (estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais). O que se afigura relevante aqui é a formalidade que caracteriza essas normas.

Já Pedro Lenza, em seu livro Direito Constitucional esquematizado, assim se manifesta a respeito deste tópico⁸:

O conceito de constituição pode ser tomado em sentido material como formal. Materialmente constitucional será aquele texto que contiver as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. Formal, por seu turno, será aquela constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter constitucional.”

Na mesma linha nos ensina o Doutor e Mestre de Direito do Estado Uadi Lammêgo Buló em seu livro direito constitucional ao alcance de todos⁹:

Constituições Materiais são o conjunto de normas substancialmente constitucionais, escritas ou costumeiras, que podem vir ou não codificadas em um texto exaustivo de todo o seu conteúdo. Constituições Formais são os documentos escritos e solenes, apenas alteráveis por meio de procedimentos estabelecidos quando da sua feitura. Daí as cartas formais também receberem a denominação de constituições procedimentais, pois o rito para serem reformuladas vem disciplinado nelas mesmas.

⁷ . **Júnior, Dirley da cunha**, Curso de Direito Constitucional, editora PODIVM, ed. 5ª, 2011, págs, 116/117.

⁸ .**Lenza, Pedro**, Direito Constitucional Esquematizado, editora Saraiva, ed.13ª, 2009,

⁹ .**Buló, Uadi Lammêgo**, Direito Constitucional ao alcance de todos, editora Saraiva, ed. 3ª, 2011, pág. 101.

Apenas para findar este tópico, podemos conceituar a Constituição Material, como sendo aquela escrita ou não, que contenha essencialmente as normas organizacionais e estruturais do Estado, a organização dos poderes, e especialmente os direitos e garantias fundamentais, via de regra, não se exigindo um procedimento rígido, para alteração de seu texto.

Com relação à Constituição Formal podemos afirmar que é aquela Constituição que contém um conjunto de normas escritas, tratando ou não essencialmente de matéria de cunho constitucional, instituída por um poder constituinte e que em seu próprio texto, vem disciplinando a sua forma de alteração.

1.2.3 Quanto à Alterabilidade

A doutrina classifica ainda a Constituição quanto à alterabilidade ou quanto ao seu processo de mudança, podendo surgir Constituições rígidas, semi-rígidas, flexíveis e imutáveis.

A finalidade de se classificar a constituição é de se estabelecer, se devido às normas inseridas em seu corpo podem ou não serem alteradas. Caso afirmativo, resta saber se o procedimento minuciosamente previsto no próprio texto da constituição torna-o dificultoso ou fácil de ser alterado.

Caso o procedimento seja dificultoso, conseqüentemente teremos um controle mais eficiente das normas, não só constitucionais como também das leis que colidam com suas disposições. Por outro lado, se fácil for à forma de alteração, bem como a edição de normas que colidam com a Constituição, distante estaremos de termos o controle das mesmas.

Posta a questão nesses termos, necessário se faz abordar a classificação quanto ao seu processo de alteração, visto que mais adiante iremos ligar com o foco deste trabalho.

A Constituição quanto sua alterabilidade pode ser rígida, semi-rígida, flexível ou imutável. Nas precisas palavras do Ministro Gilmar Mendes em sua obra Curso de Direito Constitucional, ao comentar o tema assim discorre¹⁰:

Consideram-se imutáveis ou, ironicamente, constituições utópicas, aquelas que nem sequer cogitaram do modo pelo qual se haviam de emendar, ou haviam de ser revistas; que tinham por imperecíveis aos seus princípios e a si mesmas; constituições, enfim, que, impondo-se ao tempo e "impedindo" que este lhes corra o texto, só deixam ao povo, ou às gerações que nela não vêem solução para os seus destinos, os recursos da revolução. Dizem-se rígidas as constituições que, mesmo admitindo emendas, reformas ou revisões, dificultam o processo tendente a modificá-las, que é distinto, por essa razão, do processo legislativo comum; flexíveis, ao contrário, são as Constituições que podem ser modificadas de forma fácil, tal como se mudam as leis em geral, ou cujo texto - por isso mesmo - se altera quando são promulgadas disposições legais em contrário. Denominam-se semi-rígidas as constituições de estabilidade híbrida, aquelas dotadas de partes rígidas e partes flexíveis, como a "Constituição Política do Império do Brasil", onde se estatuiu - para efeito de observância do seu rito especial de revisão - que só era constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; e que tudo o mais, ou seja, aquilo que não fosse constitucional, poderia ser alterado pelas legislaturas ordinárias.

No mesmo sentido são as lições de Sylvio Motta, na sua obra Curso de Direito Constitucional, ao abordar a classificação das constituições, *in verbis*¹¹:

A Constituição é dita imutável quando simplesmente não admite alteração em qualquer de seus dispositivos. O interesse nessa modalidade de Constituição é meramente teórico, uma vez que o requisito indispensável para a permanência da eficácia de uma Constituição é precisamente sua capacidade de constante adaptação às transformações ocorridas na sociedade, o que se torna impossível nesse modelo de Constituição. A Constituição rígida é aquela que estabelece um procedimento diferenciado para a alteração dos seus dispositivos, de maior solenidade e complexidade que aquele fixado para a alteração da legislação ordinária. Só pode se analisar a rigidez ou não de uma Carta Constitucional se a mesma for escrita (codificada num único documento), pois o procedimento especial, acaso existente, tem que abranger todas as normas constitucionais, o que não é exequível se elas estiverem disseminadas por várias fontes (leis, decretos, costumes etc.). Constituição flexível, por sua vez, é aquela que pode ser modificada pelo mesmo processo legislativo instituído para a reforma da legislação infraconstitucional. De regra são flexíveis as Constituições não-escritas (cujas normas não estão fixadas num documento único), embora existam exemplos de Constituições escritas flexíveis, como a Constituição francesa de 1830. A Constituição semi-rígida (ou semiflexível), por fim, é aquela que possui parte de seus preceitos alteráveis via processo legislativo ordinário,

¹⁰ . Mendes, Gilmar, Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, ed. 4ª, 2009, págs, 18/19.

¹¹ . Motta, Sylvio, Curso de Direito Constitucional, editora Campus, ed. Atual, 2007, pág. 41

estando à alteração dos demais sujeita a um regramento processual específico, que apresenta mais dificuldades e formalidades para ser exercitado. É, portanto, parcialmente flexível e parcialmente rígida.

Ainda com relação ao assunto, como se verifica através da análise do comentário doutrinário extraído da obra de Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, temo uma constituição super rígida, fugindo da classificação tradicional e da quase totalidade da doutrina, *in verbis*¹²:

São imutáveis as constituições onde se veda qualquer alteração, constituindo-se relíquias históricas. Em algumas constituições, a imutabilidade poderá ser relativa, quando se prevêm as chamadas limitações temporais, ou seja, um prazo em que não se admitirá a atuação do legislador constituinte reformador. Rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas; por sua vez, as constituições flexíveis, em regra não escritas, excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário. Como um meio-termo entre as duas anteriores, surge a constituição semiflexível ou semi-rígida, na qual algumas regras poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo legislativo especial e mais dificultoso. Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável.

Tendo como base a classificação quanto à mutabilidade de uma constituição, podemos dizer que pode ser rígida, quando o procedimento de alteração é mais dificultoso; semi-rígida, dependendo do próprio texto inserido na Constituição, este pode ou não ter um procedimento menos ou mais dificultoso; flexível, quando não é exigido um procedimento rigoroso para alteração de uma constituição; e imutável, é aquela que não há procedimento para alteração, pois como o próprio nome faz menção é imutável, não pode ser mudada.

Vimos que uma Constituição pode ser classificada de várias formas, pois o intuito de classificá-la, se dá pelo simples fato de ser ela, pedra fundamental de um Estado e que serve de parâmetro para toda legislação infraconstitucional.

¹² . Moraes, Alexandre de, Direito Constitucional, editora Atlas, ed.27ª, 2011, pág. 10.

A atual Constituição da República do Brasil é assim classificada pela doutrina: Formal, quanto ao conteúdo; escrita, quanto à forma; e rígida quanto à alterabilidade.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Considerações Iniciais

Considerando que a guarda da Constituição da República, em sentido de garantir-lhe a preeminência, na estrutura jurídica, sobre as leis (em sentido *latu sensu*), veremos é de atribuição de órgãos distintos quanto sua natureza.

Em um primeiro momento, o controle das leis se dá por um controle político, (**Congresso Nacional**) ou veto presidencial e num segundo momento se dá o controle de forma jurisdicional, que é exercido pelo **STF** (regra geral), detentor do poder de manifestar, ditando a última palavra em matéria constitucional, competência esta prevista na Constituição da República.

Exercer o controle de constitucionalidade é verificar a adequação de uma lei ou ato normativo com a Constituição, no que concerne aos seus aspectos formais e materiais; sendo que controle de constitucionalidade é um juízo de adequação da norma infraconstitucional, posta no mundo jurídico pelo Congresso, em face da norma constitucional, que serve de parâmetro para análise, e que por meio da verticalização da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de atribuir uma sanção de invalidade à norma infraconstitucional, que seja revestida de incompatibilidade material ou formal com a Constituição da República.

O controle de constitucionalidade abarca também a garantia dos direitos fundamentais protegidos pela constituição, os quais, além de legitimar o Estado, viabilizam o processo democrático, preservando o Estado de Direito.

Para Uadi Lammêgo Bulos, Direito Constitucional ao alcance de todos, ao discorrer sobre controle de constitucionalidade, se expressa¹³ :

Controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia constitucional. Serve para defender a constituição das investidas praticadas pelos Poderes Públicos, e, também, dos atos privados atentatórios à magnitude de seus preceitos.

Apenas para finalizar estas breves considerações, extraímos que o controle de constitucionalidade constitui um exame da compatibilidade existente entre a lei e a constituição de determinado Estado.

E temos ainda que o controle se fará pela análise da lei frente a Constituição da República ou a algum de seus princípios e preceitos, afirmando-se, ou não, a possibilidade de sua coexistência na mesma estrutura jurídica.

Desta forma temos que conduz a um processo de análise da possibilidade de conciliarem-se às leis e a Lei das leis, dentro de um todo, de forma que ao final esta conciliação deve resultar em harmonia, tendo como consequência a coerência.

Percebe-se, portanto que a partir da premissa mencionada, toda lei que não fechar com a Constituição, deverá ser banida da estrutura jurídica. A lei incompatível com a Lei Maior será expurgada do sistema jurídico, que é um todo ordenado e sistemático, além de complexo.

Após estas breves considerações, adentraremos no estudo do controle de constitucionalidade, bem como de maneira cuidadosa, aprofundaremos de forma clara e com a precisão que o tema merece ser tratado, para ao final não pairar qualquer dúvida quanto este assunto, pois está intimamente ligado com o objetivo principal desse trabalho.

2.2 Requisitos: Supremacia e Rigidez Constitucional

¹³ . **Bulos, Uadi Lammêgo**, Direito Constitucional ao alcance de todos, editora Saraiva, ed.3ª, 2011, pág. 188.

A doutrina ao tratar deste assunto, utiliza-se de diversos nomes, e na maioria das vezes o trata de forma como requisitos para o exercício do controle.

Vimos nesta pesquisa ao estudarmos sobre a Constituição e sua classificação, mais precisamente quanto ao conteúdo, concluímos que a atual Constituição da República, é assim considerada pela doutrina, como sendo formal, significando dizer que todas as normas nelas inseridas, independem se tratam ou não de matéria constitucional, terão o mesmo rigor.

Desta feita o controle de constitucionalidade da lei ou atos normativos, pressupõe a existência de uma constituição formal e escrita. Significa dizer, que requer um conjunto normativo de princípios e regras escritas, expressos em um texto jurídico soberano dentro de todo o ordenamento jurídico de um Estado.

Sobre esta ótica, além de exigir uma Constituição formal, é imprescindível entendê-la e enquadrá-la como uma norma jurídica fundamental, rígida e suprema, com o propósito de distingui-la das demais leis.

A rigidez constitucional decorre justamente da previsibilidade de um processo especial e agravado reservado para a alteração das normas constitucionais, diversamente oposto do processo comum e simples, previsto para elaboração e alteração das leis complementares ou ordinárias.

Sobre o assunto trazemos à baila os ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho, Direito Constitucional, in verbis¹⁴:

Compreende-se que a idéia de rigidez revela a chamada supremacia ou superlegalidade constitucional, devendo todo o ordenamento jurídico conformar-se com os preceitos da Constituição, que sob o ponto de vista formal (competência para a edição de ato normativo e observância do processo legislativo previsto para a elaboração da norma jurídica), quer sob o ponto de vista material (adequação do conteúdo da norma aos princípios e regras constitucionais).

¹⁴ . Carvalho, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional, editora Del Rey, ed. 15ª, 2009, pág. 362.

Diante disto temos que o controle da constitucionalidade das leis, como garantia da Constituição, esta intimamente relacionada com a concepção de Constituição rígida (a que demanda processo especial para sua emenda, diverso do processo legislativo de elaboração das leis ordinárias), embora a concepção de supremacia da Constituição se faz presente também à de uma Constituição flexível, nesse caso, trata-se de superioridade material, já que a superioridade formal é revelada pelo caráter rígido das Constituições.

Sobre o tema transcrevemos a manifestação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, curso de direito constitucional¹⁵:

O critério real da distinção entre rigidez e flexibilidade constitucionais, bem como entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um controle de constitucionalidade, e "onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder Constituinte originário e o derivado. Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade desta sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão bastante para fazê-lo.

Entretanto, a respeito do assunto, em relação ao exposto acima, nos ensina Uadi Lammêgo Bulo em seu livro Direito Constitucional ao Alcance de Todos¹⁶: “**Em primeiro lugar, convém desfazer o equívoco quase generalizado de que para existir controle de constitucionalidade é preciso que a constituição seja, necessariamente, rígida**”.

E prossegue::

Apenas do ângulo formal é que o princípio da rigidez pode ser aferido como paradigma de validade de outros atos normativos. Mas, da ótica material, não há qualquer intersecção absoluta nesse campo a ponto de chegarmos ao extremo de acreditar que, no Estado onde inexistir o controle, a constituição será flexível.

Por outro lado a defesa de uma Constituição formal e suprema operacionaliza-se com o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder

¹⁵ . **Filho, Manoel Gonçalves Ferreira**, Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, ed. 38ª, 2012, pág. 60.

¹⁶ . **Bulo, Uadi Lammêgo**, Direito Constitucional ao alcance de todos, editora Saraiva, ed. 3ª, 2011, pág. 188.

público. Entretanto esse controle somente viverá se a própria Constituição trazer em seu corpo a sua previsão, seja expressamente, seja implicitamente, um ou mais órgãos com competência para realizá-lo.

Tal órgão poderá exercer tanto a função jurisdicional como a política. Poderá no primeiro caso, integrar a estrutura do Poder Judiciário como se colocar fora dele. Imprescindível é que detenha competência para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Em nosso país, desde o nascimento da previsão em nossa Constituição, a qual consagrou o controle de constitucionalidade entre nós (1891), e por influência da doutrina da *judicial review of legislation* do direito americano, compete ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, em que pese a possibilidade atribuída aos poderes Legislativo e Executivo de desenvolverem, em situações únicas, o controle preventivo e repressivo da constitucionalidade de determinados atos e projetos legislativos.

Diante dos argumentos trazidos pela doutrina a respeito dos requisitos essenciais, que evidenciam a existência do controle de constitucionalidade, podemos extrair de todo o narrado acima, que os fundamentos que justificam a adoção do controle de constitucionalidade são a existência de uma constituição formal, escrita e conseqüentemente rígida.

A atual Constituição atende os requisitos mencionados, visto que além de ser escrita, formal, existe um procedimento rigoroso, difícil de ser percorrido, que tem por finalidade alterar ou modificar a Lei Maior, além de estabelecer o que pode ser alterado ou modificado.

2.3 Histórico do Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade não surgiu de um ato genial de um só homem. Ele é a consolidação de um paulatino processo de amadurecimento através dos séculos da história.

Podemos afirmar que este processo remonta à antiguidade clássica, em especial à civilização Ateniense, a qual se distinguiu entre os *nómoi* e o *pséfisma*. Em linguagem moderna, devemos reconhecer que os *nómoi* representavam as leis constitucionais na época, não só porque dispunham sobre a organização do Estado, mas porque só podiam ser alterados por procedimentos especiais. Já o *pséfisma* apresentava-se na forma de uma lei ordinária que, independente de seu conteúdo, devia conformar-se formal e materialmente, com os *nómoi*, qualquer controvérsia, entre o litigante e a lei, era dever do juiz ateniense julgar em favor da lei.

Na idade média, a idéia que se tinha do direito e a justiça serve também, em certo sentido, de precedente histórico da jurisdição constitucional. Como conseqüência, naquele tempo, o direito natural se posicionava em um lugar de destaque na concepção vigente do direito, visto lhe davam status de superioridade, de origem divina, na qual todas as demais normas teriam sua inspiração na mesma, caso contrario seriam declaradas nulas de pleno direito.

Na Inglaterra, mais precisamente na primeira parte do século XVII, e antes da revolução de 1688, predominou a idéia de superioridade da *common law*, em face até mesmo do rei e principalmente do parlamento. A supremacia da *common law* era garantida pelos juízes, que exerciam uma autoridade de arbitro entre o Rei e o Estado. Desta feita, percebesse que aos juízes competia controlar a legitimidade das leis submetidas ao parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à *common law*.

Esse ensinamento doutrinário vigorou por várias décadas após seu surgimento, alastrando-se até as colônias inglesas da América, onde foi finalmente acolhida pelos Tribunais locais, que, nelas baseados, negavam aplicabilidade às leis coloniais. Tais cartas funcionavam como verdadeiras constituições das colônias, visto que vinculam o direito colonial, porque regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias colônias.

2.4 Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Praticamente não se encontra no mundo do estudo jurídico brasileiro, quem não ressalte que entre nós se encontra em plena funcionamento o sistema de controle de constitucionalidade mais complexo, super abrangente e, por conseguinte, o mais consistente e confiável dentre os conhecidos nos regimes jurídicos do mundo ocidental.

Cabe frisar que no histórico sobre controle de constitucionalidade, é notória que o nascimento dos sistemas de controle, não são imputados aos Ingleses e muito menos aos Franceses, diante de suas teorias sobre limitação e separação de poderes e da necessidade dos países adotarem pactos sociais escritos, mas sim nos Estados Unidos que se concretizou a primazia do Judiciário e a supremacia Constitucional.

Cabe esclarecer que se deve aos americanos o nascimento do controle de constitucionalidade difuso, devido o caso “Marbury vs Madison”, por Jonh Marshall, que em sua manifestação, afirmou o controle de constitucionalidade, adotado em diversas nações.

Após estas breves considerações, passamos a analisar os dois sistemas de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, igualmente adotados e praticados pelos órgãos do judiciário. É de suma importância a abordagem deste item, para o bom desenvolvimento e direcionamento desta pesquisa.

2.4.1 O Sistema Americano ou Controle Difuso

A doutrina constitucional atribui a idéia de supremacia da Constituição, pertencente ao constitucionalismo norte-americano e foi considerada como a criação jurídica mais importante daquele país, ao lado do sistema federal. A própria carta daquele país de 1787, batizou essa supremacia, ao inserir no seu art. VI, cláusula 2º (conhecido como supremacy clause) a seguinte redação¹⁷:

esta constituição, as leis do Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome

¹⁷ . Site www.planalto.gov.br, acessado em 22/09/2012.

dops Estado Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhe-ão obediência, ainda que a constituição ou as leis de algum estado disponham em contrário.

Apesar de tais regras advogarem em benefício de um controle de constitucionalidade das leis, foi a jurisprudência que consagrou o controle repressivo judicial. Importante é o destaque do famoso caso *marbury v. Madson*, que originou a inesquecível decisão de Marshall, em 1803, abaixo transcrita:

se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la, e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e não essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se apliquem.

E prossegue “**O Poder Judiciário dos Estados Unidos estende-se a todas as causas oriundas da constituição**”.

Concluindo a decisão histórica, lança o ilustre chefe da justiça, os alicerces da supremacia da Constituição e do Poder Judiciário, e os legítimos fundamentos do controle judicial.

Depois do julgamento, consagrou a Corte Suprema norte-americana o princípio de que aos tribunais competia a revisão dos atos dos poderes Legislativo e Executivo, conquanto vinculasse normas estabelecidas na constituição. Frisa-se, que o *judicial review*, no Direito Constitucional norte-americano, é uma criação da jurisprudência da suprema corte daquele país.

Ressalta-se que Marshall não criou sozinho o sistema ora em comento, mas esse sistema histórico de controle de constitucionalidade idealizado nos Estados Unidos da América, todavia, conferiu-lhe uma contribuição bem relevante.

Inquestionável, sim a contribuição e o aprimoramento dos norte-americanos, para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade foi criação do sistema repressivo judicial difuso.

2.4.2 O Sistema Austríaco ou Concentrado

Beirando o início do século XX, a sociedade jurídica internacional, tinha conhecimento apenas do controle difuso-incidental da *judicial review*, do direito norte-americano, no qual a jurisdição constitucional foi confiada a todos os órgãos do Poder Judiciário que poderiam ser exercidos em qualquer processo em andamento, posto a julgamento e por meios da qual os juízes e tribunais deveriam controlar a constitucionalidade das leis e demais atos do poder público.

Apesar da simplicidade e da lógica inerente a este sistema, o mesmo não foi adotado por toda a comunidade europeia, que até o início do século XX, não havia assimilado a idéia de justiça Constitucional.

Foi então, com base na obra de Hans Kelsen, que os países europeus recepcionaram a doutrina americana de controle judicial de constitucionalidade das leis, porém com estrutura distinta do modelo americano. O ensinamento de Kelsen concebeu o sistema de jurisdição concentrado no qual o controle de constitucionalidade estava destinado exclusivamente a um órgão jurisdicional especial, doravante denominado Tribunal Constitucional, sistema diferenciado do sistema de jurisdição constitucional difusa do direito americano.

Tais distinções são decorrentes da diversidade de ambientes socioideológicos entre os americanos e europeus. É fato que o constitucionalismo europeu se alastrou em sociedades divididas, com suas características ideológicas opostas, o constitucionalismo americano se manifestou em um ambiente social ideológico homogêneo.

O ensinamento de Kelsen foi difundido, devido sua aparição em um projeto que ele mesmo apresentou, a solicitação do governo austríaco, à elaboração da Constituição daquele país, que sacramentou sua promulgação.

Percebe-se que o sistema teve suas raízes na constituição austríaca, sendo fruto de um projeto desenvolvido por Kelsen, razão por que é qualificado de modelo

austríaco. Espalhou-se não só pela Áustria como também por países com a Alemanha, Itália, Espanha dentre outros.

Apenas para findar este tópico, observa-se que este sistema atualmente é dominante na Europa, e que não mudou sua doutrina no decorrer do tempo.

2.5 Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é o misto, também chamado de híbrido ou eclético, é aquele que mescla o controle político e jurisdicional. Político porque é exercido por um órgão não pertencente ao judiciário, normalmente desempenhado pelos poderes Legislativo ou Executivo. Com relação ao controle jurisdicional, também chamado de judicial, é desempenhado apenas por juízes ou tribunais. É exclusivamente exercido pelo poder judiciário.

O controle de constitucionalidade no Brasil, em regra, é do tipo jurisdicional - a cargo do Poder Judiciário, e repressivo - realizado após a vigência da norma, combinando-se o modelo difuso com o modelo concentrado.

O controle de constitucionalidade tem seu surgimento no Brasil com a Constituição de 1891, sob a estrondosa força e influência do constitucionalismo americano. A partir deste marco, abriu-se a possibilidade que o Poder Judiciário fiscalizasse a constitucionalidade das leis e dos atos normativos por meio de um controle difuso ou aberto – realizado por qualquer juiz ou tribunal - e incidental-argüido como questão prejudicial em um caso concreto, inspirado no modelo norte-americano.

Dando continuidade a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, passamos para a Constituição de 1934, que mantendo o previsto na constituição de 1891, ou seja, o modelo difuso e incidental introduziu algumas inovações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a saber:

⇒ Nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros - cláusula de reserva

de plenário. Essa regra, que teve sua inspiração na jurisprudência americana, tenta prestigiar o princípio da constitucionalidade das leis, ao determinar um procedimento especial e solene para as declarações de inconstitucionalidade dos tribunais - apreciação do Plenário e votação por maioria absoluta;

- ⇒ Importante inovação foi a inserção da competência ao Senado Federal, para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário. Na verdade estava autorizando o Senado a ampliar "erga omnes" os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Poder Judiciário no controle incidental que só tem efeito entre as partes;
- ⇒ Foi inserida a possibilidade de ADI Interventiva, com legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República nos casos de violação aos princípios constitucionais e sujeita à competência originária do Supremo.

A Carta de 1937, não trouxe maiores inovações, apenas para frisar mencionamos a inserção no seu corpo, do art. 96, da carta em comento in verbis¹⁸:

art. 96. no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Com relação à Constituição de 1946, com redação dada pela a emenda constitucional nº16/65, instaura-se no controle de constitucionalidade do Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade das leis. A emenda cria a representação de inconstitucionalidade genérica – atualmente equivalente ADI genérica, prevista na Constituição de 1988, cuja legitimidade ativa foi exclusividade conferida ao PGR sujeitando-se à competência originária do Supremo.

¹⁸ . Site www.planalto.gov.br, acessado em 28/09/2012.

Importante ressaltar ainda, que o controle jurisdicional, como visto acima, ao longo dos anos sofreu grandes transformações nos textos constitucionais, chegando-se finalmente a uma divisão dentro do órgão judiciário que passou a destacar de forma expressa os controles difuso e concentrado, sendo que o modelo abstrato/concentrado de controle de constitucionalidade passou a ser predominante em nosso país, principalmente com o reforço da ADI genérica e a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, inserido no texto da constituição através da emenda constitucional nº 03/93.

3. PARALELO ENTRE OS CONTROLES DIFUSO E CONCENTRADO

Neste item se fará um breve paralelo entre as vias do controle de constitucionalidade, apenas para esclarecer e interar os leitores das vias existentes, bem como apontar as principais diferenças.

O controle de constitucionalidade, como visto em tópicos anteriores, constitui um exame da comparação existente entre a lei ou ato normativo e a Constituição de determinado estado.

O controle se fará pela análise da lei ou ato normativo frente à Constituição ou a algum de seus princípios e preceitos, afirmando-se, ou não, a possibilidade de sua coexistência no mesmo ordenamento jurídico. Isto conduz a um processo de verificação da possibilidade de se conciliarem a Constituição e a lei ou ato dentro de um todo, que, como tal, deve harmonizar-se, além de necessitar ser coerente.

A norma inconstitucional constitui um corpo estranho dentro do sistema jurídico-político, e conseqüentemente, há necessidade de ser extirpado definitivamente de todo o sistema.

Esta análise se dá através das vias do controle de constitucionalidade, pois é através deles, é que se terá a verificação da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

Estabelecidas estas ponderações preliminares, pode-se classificar as vias do controle, pelo judiciário, como sendo o controle concentrado, que será exercido pela via de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e será necessariamente proposta perante o STF. Entretanto teremos também o controle difuso, também chamado de incidental, o qual ocorre sempre em nível de tribunal, razão porque deverá reservar-se o termo incidental, apenas àquele procedimento que se processa perante qualquer tribunal.

3.1 Controle Difuso

O foco desta pesquisa é levar os leitores a um aprofundado debate sobre a teoria da transcendência das decisões em sede de controle difuso e a atuação do Senado Federal diante das inovações trazidas pelo STF ao decidir e conseqüentemente modular as suas decisões.

3.1.1 Conceito

O controle difuso ou incidental foi instituído no Brasil com o advento da República, permitindo que qualquer juiz ou tribunal aprecie a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade onde qualquer parte de um processo, em qualquer ação, seja de primeiro ou de segundo grau, poderá alegar na defesa de seus direitos que a lei ou ato normativo invocado para amparar o direito da parte contrária é inconstitucional.

3.1.2 Objeto

Esta tarefa é de fácil percepção, pois o objeto da ação incidental de inconstitucionalidade é muito mais amplo do que o da ação principal, em outras palavras, tudo o que pode ter a inconstitucionalidade argüida pela ação direta

também poderá ser submetido a ação no controle ora em comento, embora a recíproca não seja verdadeira.

Desta feita, quaisquer atos normativos, incluindo-se as leis, em todas as esferas de poder, o direito ordinário infraconstitucional preexistente, as normas constitucionais derivadas, tratados internacionais, etc. figuram como possíveis objetos de ações oriundas deste controle.

3.1.3 Legitimidade

Com relação a legitimação, podemos afirmar que toda e qualquer parte (autor ou réu) que nos autos de uma ação judicial que tenha como pedido principal de mérito questão diversa da de arguição de inconstitucionalidade e que se sinta agredido ou ameaçado de agressão em um direito subjetivo, pode provocar a análise da constitucionalidade da norma que fundamenta o pleito da parte adversa.

Cumprе ressaltar que para a parte figurar no pólo ativo da ação sujeita a este controle é necessário que a mesma atenda as condições genéricas para o exercício da ação, além de demonstrar a pertinência temática ou mais precisamente interesse para agir, bem como a justa causa.

3.1.4 Procedimento

Quando o controle incidental for provocado perante o magistrado, não existe um procedimento específico a ser observado. A questão constitucional será ventilada, como todas as questões prejudiciais de mérito, que surjam no processo em concreto como fundamento de uma pretensão ou resistência à pretensão de outrem.

Entretanto, quando ventilada perante tribunal, necessariamente deve-se observar, em especial os art. 480 e 482, ambos do Código de Processo Civil, além do Regimento Interno do dito tribunal.

Efetivamente, suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, em qualquer processo concreto de competência originária ou recursal, o relator do processo depois de ouvido o Ministério Público (MP), submeterá a questão à turma ou câmara a que tocar o conhecimento da causa.

Ressalta-se ainda que, em decorrência do art.482, acrescidos pela lei 9.868, o MP, as entidades públicas responsáveis pelo ato questionado e os legitimados descritos no art. 103, da Constituição Federal, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade em curso perante Tribunais, logicamente dentro do prazo estabelecido no Regimento Interno.

Alem disso, o relator poderá emitir, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a manifestação de outros órgãos ou entidades no incidente de constitucionalidade.

Decidida a questão pelo plenário do tribunal ou órgãos especial, o processo retorna à apreciação da turma ou câmara, que estará vinculada aos termos daquele julgamento, para solucionar a respeito da pretensão deduzida.

3.2 Controle Concentrado

O controle concentrado teve suas raízes no sistema austríaco, sistema este que tinha como foco atribuir o controle de constitucionalidade a um único órgão do judiciário encarregado de analisar e julgar as leis ou atos normativos que colidiam com a Lei Maior.

3.2.1 Conceito

Conceituar ação direta implica perceber a natureza jurídica híbrida desta forma de controle abstrato.

Não há como negar a sua natureza jurisdicional, ainda que de processo abstrato. A falta da fase probatória é natural, visto que o que se discute é a inconstitucionalidade em tese, isto é, discute-se apenas o Direito e não fatos.

Importante ressaltar que se trata de um controle que se pretende exercer em tese, contra lei ou ato normativo, independentemente da ocorrência de qualquer caso concreto posto em juízo.

3.2.2 Objeto

O objeto é a lei, todas as espécies normativas do art. 59 da Constituição da República, quais sejam: emendas à constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; e resoluções ou ato normativo, resoluções administrativas dos tribunais; e atos estatais de conteúdo meramente derogatório, que se mostrarem incompatíveis com o sistema.

3.2.3 Competência

O sistema, como o próprio nome informa, concentra a competência em um único órgão jurisdicional, no caso, o STF, que é o guardião da Constituição da República e responsável em dar a decisão final na controvérsia que originou a ação direta de inconstitucionalidade in abstracto.

3.2.4 Titularidade

Na ação direta de inconstitucionalidade não há partes, pois inexistente processo contraditório em que as partes litigam com vistas à defesa de direitos subjetivos. A ação direta não é proposta contra alguém, mas determinado órgão. De qualquer modo, fala-se em partes no sentido apenas formal, dada a natureza do processo objetivo.

Detêm legitimidade ativa para a ação direta, nos termos do artigo 103 da Constituição: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito, Mesa da Câmara Legislativa e ao Governador do Distrito Federal

3.2.5 Efeitos da Decisão

Quando o STF, no exercício do controle concentrado, declara a inconstitucionalidade normativa, vários efeitos defluem de sua decisão.

Inicialmente o STF, ao julgar a ADI, em sede de controle abstrato, tem como primeiro efeito (não necessariamente nesta ordem, os ditos Efeitos gerais (*erga omnes*). Tais efeitos da declaração abstrata de inconstitucionalidade são aqueles que atingem a todos. Os efeitos são genéricos e automáticos, pois se estendem a todos e não apenas aos litigantes envolvidos no caso sub judice.

Cabe ressaltar que os atos praticados com base na lei inconstitucional que não foram afetados de nenhuma maneira pelo veredicto do STF, continuam válidos. Em tais hipóteses excepcionais seria ilógico admitir a eficácia *erga omnes* das decisões do STF, porque as técnicas de defesa da Constituição desservem ao formalismo exacerbado. Não devem e não podem ser utilizadas como instrumentos de odiosidade pública, empreendendo a discussão de matérias que não mais comportam questionamentos, porquanto acobertadas pelo manto da segurança jurídica e do bom senso.

Num segundo momento, os efeitos das decisões terão efeitos repristinatórios, ou seja, são os que revalidam normas revogadas, ressuscitando-lhes automaticamente a eficácia.

Justificam-se pela própria nulidade das normas inconstitucionais. No exato momento em que o STF torna pública a sua decisão cassando a constitucionalidade de lei em tese ou ato normativo, voltam à vigência as previsões legais que haviam sido revogadas pela lei ou ato normativos declarados inconstitucionais.

Portanto, a amplitude dos efeitos genéricos ou *erga omnes* do controle

abstrato, conseqüentemente enseja a eficácia repristinatória da norma ou ato normativos declarados inconstitucionais.

Impende ressaltar, que essa eficácia é automática, não sendo imprescindível vir anunciada, de forma expressa, no acórdão para tornar-se válida, e conseqüentemente ter o efeito dito, pois do acórdão, já se subentende tais efeitos.

Caba ainda ressaltar, que o efeito repristinatório do controle concentrado das normas, não se confunde com a repristinação da norma que é a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada, encontrando-se disciplinada no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil; enquanto aquele é a reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Justifica-se pelo restabelecimento da lei declarada inconstitucional, que, como tal, é nula, desde a sua origem, não possuindo sequer eficácia revogatória.

Apenas para enfatizar, em sede legislativa, o art. 11, § 2º, da Lei 9.868/99, previu a eficácia repristinatória¹⁹:

"art. 11.....

§ 2º, a concessão da medida cautela torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário".

Desta feita, com fundamento na melhor doutrina, incluem-se, no bojo desse preceito, as decisões de mérito, proferidas em sede de ação direta, de ação declaratória e de arguição de preceito fundamental. Desse modo, é dado ao STF, restaurar normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato.

Terceiro efeito, é com relação a retroatividade da decisão, efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade são aqueles que voltam no tempo para alcançarem as condutas pretéritas, praticadas sob a égide da lei ou ato normativo declaradas inconstitucionais.

¹⁹ . Site www.planalto.gov.br, acessado em 28/09/2012.

Sobre os efeitos retroativos da sentença que declara a inconstitucionalidade abstrata, devemos ter em mente, que tal efeito desfaz, desde a origem, o ato que o STF considerou contrário à Constituição da República, nulificando todas as conseqüências dele advindas. Assim, normas declaradas inconstitucionais são nulas, e, por isso, despojadas de qualquer carga de eficácia jurídica, além de nulificar atos emanados dos Poderes Públicos alcança atos pretéritos praticados com lastro na norma inconstitucional.

Além dos efeitos retroativos, temos os ditos efeitos prospectivos (ex nunc, pro futuro ou a posteriori), esses efeitos da declaração concentrada de inconstitucionalidade são aqueles que se postergam para o futuro, tendo aparo legal no art. 27, da Lei 9.868/99.

Por seu intermédio, as decisões do STF, proferidas em sede de ADI, apresentam eficácia pro futuro.

Por fim, temos os efeitos vinculantes, são aqueles que ligam, prendem, submetem as decisões do STF à sociedade como um todo, funcionando como parâmetro de observância geral e obrigatória.

Esse parâmetro de observância geral e obrigatória deriva do fato de que a Constituição da República de 1988, de forma expressa, elevou o Supremo Tribunal ao posto de guardião do ordenamento (art. 102, caput).

Desta feita, no momento em que a sentença declaratória de inconstitucionalidade transita em julgado, ou seja, não sendo mais passível de qualquer recurso, todos os órgãos estatais devem tomar como premissa o veredicto do STF.

A força obrigatória dos precedentes do Supremo advém do fato de que, no ordenamento jurídico pátrio, ele é quem profere a última palavra em matéria de jurisdição constitucional.

4. TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA NO CONTROLE DIFUSO E A APLICABILIDADE DO Art.52, X da CF 1988.

Chegamos ao ponto mais importante deste trabalho, que é justamente discorrer sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões em sede de ADI no controle difuso e o art. 52, X da CF 1988, que dispõe da atuação do Senado Federal diante da referida teoria.

Vimos em linhas pretéritas que através da interposição de recurso extraordinário, nas hipóteses constitucionalmente previstas, a questão poderá ser levada à apreciação do STF, que realizará o controle difuso de constitucionalidade, na forma incidental.

Declarada inconstitucional a lei ou ato normativo pelo STF em sede de controle difuso, desde que tal decisão tenha transitado em julgado, depois de deliberada pelo pleno do STF, em conformidade com o art. 97, da Constituição de 1988²⁰, além do art. 178 do Regimento Interno da Suprema Corte que estabelece que será feita a comunicação logo após a decisão transitada em julgado à autoridade ou órgão interessado, que no caso em tela é o Senado Federal, para fins aplicação do art. 52, X da Constituição Federal de 1988.

“Art. 97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”.

Por sua vez, o art. art. 52, X, da Constituição da República²¹, determina a competência privativa ao Senado Federal, suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

“art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

....

²⁰ . Site www.planalto.gov.br, acessado em 28/09/2012.

²¹ . Site www.planalto.gov.br, acessado em 28/09/2012.

X- suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Cabe ressaltar que a aplicação do art. 52, X, da Constituição da República, é aplicável somente em sede do controle incidental, campo em que o STF, mediante exame de Recurso Extraordinário poderá declarar a inconstitucionalidade no caso concreto.

Observamos que no controle concentrado é desnecessário o Senado Federal atuar suspendendo a exequibilidade da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, pois a decisão, conforme exposto nesta pesquisa, já atinge a todos indiscriminadamente e automaticamente, coisa que não acontece em sede do controle difuso, visto que, neste controle se faz necessário a intervenção do Senado para que a declaração de inconstitucionalidade do STF alcance a toda sociedade.

Cabe lembrar ainda, que o próprio Regimento Interno do Senado Federal, em seus arts. 386 e seguintes, regula o assunto. In verbis²²:

“Art. 386 O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante:

- I- comunicação do Presidente do Tribunal;**
- II- representação do Procurador Geral da República;**
- III- projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição e Justiça e**

Cidadania

Art. 387 A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o artigo art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Art. 388 Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte”.

²² . Site. www.senado.gov.br, acessado em 28/09/2012

Desta feita, extrai-se do artigo que o Senado Federal conhecerá da declaração proferida em decisão definitiva pelo STF, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei, mediante comunicação ao presidente do STF; representação do PGR; e projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Depois de ultrapassada esta fase e preenchido os requisitos do parágrafo anterior, se junta ao procedimento o parecer do PGR, em relação ao texto da lei ou ato normativo impugnado e a cópia da decisão do STF, devidamente acompanhada do seu registro taquigráfico, e a matéria é lida no plenário da respectiva casa. Depois de vencidas tais barreiras, o texto é encaminhado para Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que fará o texto definitivo, ou seja, a resolução suspendendo no todo ou em parte a lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

Cabe salientar, que a resolução do Senado, suspendendo a executoriedade do ato inconstitucional, acontece apenas quando o STF pela maioria absoluta de seus Ministros declara na via incidental a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

É justamente neste ponto da pesquisa que aprofundaremos os ensinamentos com o objetivo de esclarecer e ao mesmo tempo colocar o problema que vem acontecendo quando da atuação do Senado ao confeccionar a resolução diante das decisões do STF e da teoria em comento.

Na prática, o papel do Senado Federal, na suspensão da executoriedade da lei ou ato normativo declarado inconstitucional em decisão definitiva pelo STF, por maioria de seus membros, e em conformidade com a Constituição, bem como, com o regimento interno do Senado, não estão sendo observados diante da teoria pesquisada, visto que, o Senado Federal tem desempenhado um papel meramente figurativo, destinando-se a dar apenas publicidade à decisão do STF.

Não podemos dizer que em todas as circunstâncias a declaração difusa de inconstitucionalidade, proferida pelo STF, apresentará efeitos gerais (erga omnes) e

retroativos (ex tunc).

Também não convém afirmar que a declaração difusa jamais logrará efeitos futuros ou prospectivos.

Diante de tais argumentos é que o STF vem considerando legítima a ampliação dos efeitos das suas sentenças, até mesmo em sede de controle incidental.

Estamos diante da teoria em estudo, que diante das ditas decisões, não houve a necessidade de o Senado Federal dar publicidade as decisões, haja vista, o STF, ao declarar a inconstitucionalidade, apoiando-se na teoria da transcendência dos motivos determinantes, conferiu efeitos vinculantes, extrapolando e avançando em um julgamento onde sua decisão vinculou toda sociedade e não tão somente as partes litigantes, dispensando, conforme o exposto acima, a atuação do Senado.

O que se pergunta num primeiro momento é se no Brasil, mais precisamente no Direito Constitucional brasileiro, o qual temos um controle misto de constitucionalidade (controle difuso e controle concentrado), e que dentre os existentes no mundo, é um dos mais complexo e eficaz, é se houve a unificação dos controles difuso e concentrado, diante desta teoria.

Levanta-se esta questão, pois diante da teoria da transcendência, o Senado Federal passou a exercer o papel de um mero despachante, se manifestando apenas para publicar e dar ciência das decisões do STF.

A depender do caso concreto, nada impede o Supremo de proferir a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente para o futuro, ao invés de seguir o caminho ortodoxo de se imprimir à sua sentença, eficácia retroativa (ex tunc), sob o argumento de que se está lidando com o controle difuso.

Evidente que essa margem de discricionariedade conferida ao STF, para a fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não pode conduzir ao arbítrio nem ao abuso. Tanto é assim que se condiciona pelo princípio da

proporcionalidade.

Há, no STF, decisões entendendo que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso podem apresentar uma amplitude muito maior, com eficácia vinculante para os demais Tribunais brasileiros.

Essa nova tendência, ainda não pacificada no seio Pretório Excelso, é uma aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes (*ratio decidendi*) na seara do controle difuso de normas e atos normativos.

Diante do exposto, trazemos a baila decisões em sede de controle difuso, ao qual o STF modulou suas decisões, passando como um rolo compressor sob os ditames constitucionais, mais especificamente, quanto à atuação do Senado Federal, que passou a exercer o trabalho de despachante. Nesse sentido, merecem destaque os seguintes julgados que promoveram uma verdadeira aproximação do controle concentrado e do controle difuso²³:

RE 197.917/SP - o Relator foi o Ministro Maurício Corrêa, cuja decisão, publicada no DJ de 7-5-2004, o plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, reduzindo o número de vereadores de 11(onze) para 9 (nove). Ocorre que, se esta decisão tivesse efeitos retroativos (*ex tunc*), todas as leis do Município elaboradas com o número irregular de vereadores seriam invalidadas. Assim, para garantir a segurança jurídica o STF declarou a inconstitucionalidade, porém determinou que esta só produzisse efeitos a partir da legislatura seguinte (ou efeitos futuros), conferindo ao legislativo municipal tempo hábil para adequar-se à decisão do STF. Neste julgado, STF, conferiu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que ampararam o julgamento plenário do RE 197.917/SP' Resultado: aplicou, ao Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, o efeito vinculante, emergente da própria *ratio decidendi*, que ensejou o julgamento do referido caso.

Dito de outro modo: a decisão do STF vinculou o Tribunal Eleitoral, que teve de seguir os motivos determinantes por aquele fixados. E, nada obstante o fato de que a declaração de inconstitucionalidade foi proferida no campo do controle difuso, veja-se que o STF, conferiu eficácia *ex nunc* em sua decisão, a qual só deveria atingir a próxima legislatura.

²³ . Site: www.stf.jus.br, acessado em 28/09/2012

Desse modo, os Juízes do Tribunal evitaram que certas situações constituídas ficassem desamparadas, justificando-se, assim, a eficácia pro futuro do julgado;

Percebe-se que o papel do legislativo, no caso acima transcrito, foi apenas de dar publicidade a referida decisão, caso este em que ao aplicar a teoria da transcendência, o papel do legislativo, nesta ótica é de apenas informar.

Sobre este assunto, transcrevemos outro julgado, em que a Suprema Corte aplicou a teoria em estudo. *In verbis*²⁴:

HC 82.959/SP - o Relator foi o Ministro Marco Aurélio, cuja decisão, proferida em 23-2-2006, declarou, no caso concreto, via controle difuso, a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos (Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º). Por unanimidade, o STF decidiu que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Quer dizer, o STF, saiu do raciocínio ortodoxo de que, no controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade somente ocorre incidentalmente, como questão prejudicial, para, desse modo, aplicar a tese da transcendência da ratio decidendi.

Vejamos nesta decisão, em sede de controle difuso, que a inconstitucionalidade é um vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, e que conseqüentemente é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados.

Desta feita, não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade, no caso em comento, de modo que, embora tenha sido tomada em sede de controle difuso, é uma decisão de inquestionável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais Tribunais, inclusive o STJ.

In casu, verifica-se a idêntica força de autoridade nas decisões do STF, nas

²⁴ . Site: www.stf.jus.br, acessado em 28/09/2012

ações diretas quanto nas proferidas na via recursal, tendo como consequência, a manifestação do Legislativo, para dar publicidade do ato decisório, não tendo o que ampliar ou reduzir, através de resolução.

Trazemos a síntese de mais um exemplo de aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões de inconstitucionalidade no controle difuso e a atuação do Senado. No informativo nº 454/STF, Reclamação n. 4.335/AC - o Relator foi o Ministro Gilmar Mendes, cuja decisão, proferida em 1º-2-2007, procurou aproximar o controle difuso do controle concentrado de normas²⁵.

Concluiu o Ministro:

reputou ser legítimo entender que, atualmente, a formula relativa a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, o STF, em sede de controle incidental, declarar definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa Legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas em juízo reclamado desrespeitariam a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SP (progressão de regime na lei dos crimes hediondos e na Reclamação 4.335/AC).

Cabe ressaltar, que a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões em sede de controle incidental, é perfeitamente cabível a partir da aplicação por analogia do art. 27 da lei nº 9.868/99, aplicável ao controle concentrado de constitucionalidade. In verbis²⁶:

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.

Através da aplicação por analogia do artigo acima transcrito, revela-se ser possível proteger a segurança jurídica e a previsibilidade das relações jurídicas enfatizando-se os efeitos econômicos da decisão, com o objetivo de proteger uma

²⁵ . Site: www.stf.jus.br, acessado em 28/09/2012.

²⁶ . Site www.planalto.gov.br, acessado em 28/09/2012.

decisão que possa representar um verdadeiro retrocesso em desfavor da sociedade como um todo.

A respeito do assunto, trazemos a baila o ensinamento do Ministro Gilmar Mendes, em sua obra Curso de Direito Constitucional:²⁷:

....., trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental. O Supremo Tribunal Federal, já teve a oportunidade de discutir a aplicação do art. 27 da lei nº 9.868/99, em alguns casos.....

Desta feita, vimos conforme os ensinamentos de Gilmar Mendes, bem como, da leitura do art. 27 da lei nº 9.868/99, ser perfeitamente o mesmo aplicável, por analogia, quando da apreciação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em sede de controle difuso.

Assim temos uma verdadeira tendência do STF, que o art. 52, X da CF, que proclama a suspensão da excoutoriedade pelo Senado da lei inconstitucional, apenas confere publicidade no Diário do Congresso, ao ato que o próprio STF declarou contrário à Constituição. Como essa declaração da Suprema Corte, em sede de controle difuso, é geral (*erga omnes*), todos devem obediência a ela, independentemente do que preconiza a regra do referido art. 52, X, da Constituição da República.

Mas o que se indaga é se diante desta teoria e as decisões do STF, em sede de controle difuso, houve mutação constitucional, visto que o art. 52, X c/c art. 97, ambos da Constituição da República, deixaram no plano de aplicabilidade de existirem, tornando-se obsoletos e em desuso.

²⁷ . Mendes, Gilmar, Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, ed. 4ª, 2009, pág. 1131

5. CONCLUSÃO

A aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões em sede de controle incidental é um modelo de controle das leis ou atos normativos, que deriva de uma criação dos Ministros do STF acompanhado das inovações legislativas.

Parece que estamos passando por uma mutação constitucional, pois o entendimento atual é que este artigo constitucional teria perdido sua aplicação, o que ressaltaria a força da teoria, uma vez que o próprio Supremo estenderia os efeitos de sua decisão e o Senado apenas daria publicidade, verificamos isto na Reclamação 4.335/AC.

Parece-nos que hoje o que está havendo é uma aproximação do controle difuso com o controle concentrado, estão cada vez mais unidos, o que decorre até mesmo de uma lógica, pois se o Supremo Tribunal Federal decide em caso concreto a respeito da constitucionalidade de uma norma, me parece uma tremenda irrazoabilidade ele ter que decidir em controle concentrado para expandir os seus efeitos.

Em que pese se tratar de um tema delicado, pois pode até dar ensejo a uma afronta a separação dos poderes, pois claramente a Constituição dá ao Senado o poder de decidir sobre a suspensão ou não da norma considerada inconstitucional, considerando todo o sistema legislativo, é melhor entendermos por uma mutação constitucional, pois assim o STF não estaria extrapolando os seus poderes.

Vejamos que todo o sistema nos leva a acreditar que estender os efeitos da decisão seria o melhor caminho, pois o legislador cada dia mais lança recursos que nos leva a acreditar nisso.

A repercussão geral, inserida pela emenda constitucional nº 45 de 2004, estabelece que o recorrente do recurso extraordinário deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais envolvidas no caso, ou seja, o

Supremo só passará a examinar recursos extraordinários que demonstre um interesse público relevante, sendo assim, por consequência, uma norma que seja reconhecida inconstitucional neste recurso, deverá ser estendida a todos, pois o caso antes de analisado já foi decidido pela Corte que é de interesse geral aquele resultado²⁸.

A legislação sobre o instituto enfatiza a necessidade de que a argumentação desenvolvida pelo recorrente seja apresentada em preliminar formal e fundamentada na petição do recurso extraordinário. Assim, a demonstração de que as questões constitucionais suscitadas, além de relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassam os interesses subjetivos das partes, deverá ser apresentada em um tópico destacado na petição do seu recurso. (...). (RE 569.476-AgR, voto da Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 2-4-2008, Plenário, DJE de 25-4-2008.)

Outro elemento que contribui é o entendimento do Supremo Tribunal Federal em acolher neste julgamento, em sede de controle difuso, abaixo transcrito, a figura do “amicus curiae”, figura então só admitida no controle concentrado. Esta aceitação é mais uma forma de vermos a importância da decisão²⁹.

“DECISÃO: [PET SR/STF n. 113.111/2008]

Junte-se.

2. A Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul - FAMURS requer sua admissão no feito na qualidade de amicus curiae.

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a presença do amicus curiae no momento em que se julgará a questão constitucional cuja repercussão geral fora reconhecida não só é possível como é desejável.

4. A pertinência do tema a ser julgado por este Tribunal com as atribuições institucionais da requerente legitima a sua atuação.

Admito o ingresso da Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul no feito, na qualidade de amicus curiae.

[...]”. (RE 547.245/SC. Rel. Min. Eros Grau. 2009)

O amigo da corte trata da possibilidade de participação da sociedade em julgamentos que possuam grandes questões técnicas específicas com relevantes interesses sociais, ou seja, num julgamento deste trará em seu resultado um interesse público importantíssimo.

²⁸ Site: www.stf.jus.br, acessado em 29/09/2012

²⁹ Site: www.stf.jus.br, acessado em 29/09/2012

Temos também a súmula vinculante que surgiu igualmente com a emenda constitucional nº 45, tal enunciado tem o condão de sempre que o STF tiver um determinado entendimento sobre um assunto poderá sumulá-lo e conferir efeito vinculante para todo o judiciário e a administração pública.

O que coaduna para a extrapolação dos efeitos é o fato que a súmula vinculante surgiu do exame de um fato concreto, pois se surgisse do controle concentrado não haveria necessidade de criação, pois já se teria o efeito vinculante para todos.

Diante de tudo que dissemos aqui fica claro o estreitamento entre o controle concentrado e o controle difuso, demonstrando a importância da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com decisões que com toda a lógica e razão de ser, garantem uma enorme economia de tempo e gastos, expandindo os efeitos das decisões para toda coletividade.

Observamos também o caminhar jurisprudencial e legislativo que trilhou esta estrada até os dias de hoje por meio da analogia feita a Lei 9868/99 possibilitando modulação dos efeitos, podendo dar crédito também a repercussão geral, a participação do “amicus curiae” no caso concreto, e a súmula vinculante.

Parece-nos que hoje o controle de constitucionalidade no Brasil se apresenta de forma bastante racional e eficiente, numa nova estruturação que aperfeiçoou todo o sistema, e o fato do Senado Federal ter perdido seu papel, feito por meio das resoluções, decorreu da modernização de todo o cenário que envolve o tema.

Na verdade, o que podemos concluir, é que parte da legislação avançou bastante nestes últimos anos, inclusive o entendimento jurisprudencial e doutrinário a respeito da questão discutida.

E em contrapartida a Constituição da República continuou engessada no tocante ao artigo 52, X, que ainda em vigor, dá ao Senado Federal o papel de, por meio de resolução, expandir os efeitos das decisões do STF em sede de controle difuso.

O Supremo Tribunal Federal estando correto no que vem fazendo, se modernizando, adequando seus julgamentos a realidade social atual, podendo dizer até mesmo que estaria realizando um ativismo judicial, estaria então, nas mãos do Poder Legislativo, o papel de manter a Constituição de acordo com esta nova realidade enfrentada em nossa Suprema Corte.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Agra, Walber de Moura, **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, editora. FORENSE, 2011.

_____. **Aspectos controvertidos do Controle de Constitucionalidade**, Salvador, editora Podivm, **2008**.

Alexandrino, Marcelo; Paulo, Vicente, **Controle de Constitucionalidade** - São Paulo, editora. METODO, 2010.

Appio, Eduardo, **Controle de Constitucionalidade: Modulação dos Efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**, editora. Juruá, 2009.

Ávila, Ana Paula, **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**, Porto Alegre, editora. Livraria do Advogado, 2009.

Barroso, Luis Roberto, **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** - São Paulo, editora. SARAIVA, 2009.

Branco, Paulo Gustavo Gonet; Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocencio Mártires, **Curso de Direito Constitucional**- São Paulo, editora. SARAIVA, 2009.

Bulos, Uadi Lammego, **Direito Constitucional ao Alcance de Todos - Ideal para Concursos**, São Paulo, editora. SARAIVA, 2011.

Carvalho, Kildare Gonçalves, **Direito Constitucional**, Ed. 15ª, editora. Del Rey.

Cunha Júnior, Dirley da, **Curso de Direito Constitucional**- Salvador, Editora. Juspodivm, 2011

Holthe, Leon Van, **Direito Constitucional** – 5ª Ed., Salvador, editora. Juspodivm, 2009.

Ferreira, Olavo A.V. Alves, **Controle de Constitucionalidade e Seus Efeitos**, 2ª Ed., São Paulo, Editora Método, 2006.

Filho, Manuel Gonçalves Ferreira, **Curso de Direito Constitucional** – 38ª Ed. SARAIVA, 2012.

Lenza, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado** - São Paulo, editora. SARAIVA, 2009.

Medina, Paulo Roberto de Gouveia, **Direito processual constitucional**, Rio de Janeiro, editora forense, 2004.

Moraes, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 27ª Ed. São Paulo, editora. ATLAS, 2011.

Motta, Sylvio, **Controle de Constitucionalidade - Uma Abordagem Teórica e Jurisprudencial**, editora Impetus / Campus, 2008.

Nery, Rosa Maria de Andrade; Nery Jr, Nelson, **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**, São Paulo, editora. Revista dos Tribunais, 2009.

Souza, Nelson Oscar de, **Manual de Direito Constitucional**, 3ª Ed. Rio de Janeiro, editora Forense. 2006.

INTERNET:

www.stf.jus.br

www.senado.gov.br

www.planalto.gov.br