

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

EDUARDO ALBUQUERQUE SOUSA

**TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES DO STF**

São Luís
2014

EDUARDO ALBUQUERQUE SOUSA

**TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES DO STF**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Me. Felipe Costa Camarão

São Luís

2014

Sousa, Eduardo Albuquerque.

Tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade nas decisões do STF / Eduardo Albuquerque Sousa. — São Luís, 2014.

62 f.

Impresso por computador (Fotocópia).
Orientador: Felipe Costa Camarão.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Direito constitucional. 2. Controle difuso – Abstrativização. 3. Controle concentrado. 4. Supremo Tribunal Federal – Atuação. I. Título.

CDU 342:347.991

EDUARDO ALBUQUERQUE SOUSA

**TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES DO STF**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Felipe Costa Camarão (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela vida cheia de bênçãos e alegrias, pelas quais sempre fui agraciado.

À minha família, em especial à minha mãe Gláucia, ao meu pai Luís Jorge, ao meu irmão Luís Henrique e ao meu segundo pai que a vida me permitiu ter Sebastião. Muito obrigado por toda dedicação e empenho dispensados a mim.

À minha namorada, Iara, pela compreensão e paciência no dia a dia. Obrigado por ser uma das maiores torcedoras do meu sucesso.

Aos meus grandes amigos, Christian, Gabriel, Rafael, Rayan e Pedro, que sempre estiveram presentes, ainda que de lugares distantes, dos momentos mais importantes da minha vida.

Agradeço imensamente aos amigos da graduação que, junto comigo, souberam enfrentar as dificuldades de todo o processo acadêmico e me deram forças para que eu chegasse até aqui.

Não poderia me esquecer, de agradecer aos demais familiares e amigos, que pela grande quantidade, seria uma tarefa quase impossível de enumerá-los.

Agradeço, ainda, aos professores de toda uma vida. Em especial, ao querido amigo e orientador Felipe Camarão, pelas aulas, pelos livros emprestados e pela oportunidade de estágio. Sem vocês, esse sonho não seria possível.

A todos que, das mais diversas formas possíveis, contribuíram para que esse momento chegasse. Muito obrigado por tudo.

RESUMO

Esse trabalho visa estudar a possibilidade de sincretismo das características do controle difuso e do controle concentrado, sobretudo a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Esse instituto identifica-se pela inserção de efeitos do controle concentrado (abstrato) no controle difuso, na qual foi dada ênfase ao efeito vinculante e *erga omnes* que possam nortear as decisões do Supremo Tribunal Federal. Além da análise da possibilidade das decisões judiciais do Supremo se revestirem de características inerentes do controle concentrado, quando diante de uma ação do controle difuso, foram abordados outros elementos abstrativizadores do controle difuso que não necessariamente encontram-se presentes em decisões judiciais, mas são editadas por este órgão jurisdicional, como é o caso das súmulas vinculantes. Busca-se, assim, verificar a atuação do Supremo Tribunal Federal, através de uma abordagem doutrinária e jurisprudencial, nos mais diversos mecanismos que possam consolidar o seu entendimento sobre determinada matéria constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade. Abstrativização do controle difuso.

ABSTRACT

The present paper aims to study the possibility of syncretism amongst the diffuse and concentrated control characteristics, mainly the abstractivization of constitutionalism's diffuse control. This intention can be identified by the insertion of effects of the concentrated control (abstract) on diffuse control, in which is has been given emphasis on the binding effect and *erga omnes* that might guide the Brazilian Federal Supreme Court. Beyond the analysis of the possibilities of judicial actions by the Supreme Court being clothed with characteristics inherent to the concentrated control whilst facing a diffuse control action, other abstractivization elements of diffuse control that are not necessarily found in judicial decisions but are edited by the jurisdictional organ have also been addressed, such as the binding precedents. It is sough, then, to verify the performance of the Federal Court through a doctrinal and jurisprudential approach in diverse mechanisms that might consolidate their understanding on some constitutional law subject.

Keywords: Constitutional Law. Brazilian Federal Supreme Court. Constitutionality control. Abstractivization of diffuse control.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURA

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
DPE	Defensoria Pública do Estado
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
RE	Recurso Extraordinário
Recl.	Reclamação Constitucional
SF	Senado Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: origem, conceito e momento de realização	12
2.1	Marco histórico do controle de constitucionalidade	12
2.2	Conceito e noções gerais de constitucionalidade e inconstitucionalidade	15
2.2.1	Parâmetro de constitucionalidade e bloco de constitucionalidade	16
2.2.2	O preâmbulo da Constituição como parâmetro de controle de constitucionalidade	18
2.3	Espécies de inconstitucionalidade	19
2.3.1	Inconstitucionalidade por ação e por omissão	19
2.3.2	Inconstitucionalidade formal e material	20
2.3.3	Inconstitucionalidade parcial e total	21
2.3.4	Inconstitucionalidade originária e superveniente	21
2.3.5	Formas peculiares de declaração de inconstitucionalidade: Inconstitucionalidade por arrastamento ou reverberação, inconstitucionalidade progressiva e inconstitucionalidade sem redução de texto	22
2.4	Momento de realização do controle de constitucionalidade e natureza do órgão competente para o controle	24
2.4.1	Controle preventivo e repressivo	24
2.4.2	Controle político e judicial	25
3	SINCRETISMO ENTRE O CONTROLE DIFUSO E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	27
3.1	Controle difuso de constitucionalidade	27
3.1.1	Normas sujeitas ao controle difuso	28
3.1.2	Procedimento do controle difuso-incidental de inconstitucionalidade	29
3.2	Controle concentrado de constitucionalidade	30
3.2.1	Ação direta de inconstitucionalidade	31
3.2.2	Ação declaratória de constitucionalidade	33
3.2.3	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	33
3.2.4	Arguição de descumprimento de preceito fundamental	34

3.2.5	Ação direta de inconstitucionalidade interventiva	36
3.3	Da miscigenação das características do controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade	37
3.1	Da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade	38
3.2	Da concretização do controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade	39
4	ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES DO STF	41
4.1	Surgimento do debate acerca da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade	41
4.1.1	Emenda Constitucional nº 45	41
4.1.2	Reclamação 4335/AC	42
4.2	Atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade	44
4.2.1	Edição de resolução pelo Senado: ato vinculado X ato discricionário	44
4.2.2	A mutação constitucional e o art. 52, X, da Constituição Federal	45
4.3	O Recurso Extraordinário e a objetivação do controle difuso	47
4.3.1	Da causa de pedir aberta	47
4.3.2	A repercussão geral e sua análise incidental por amostragem	48
4.4	Requisitos essenciais para abstrativização do controle difuso nas decisões do Supremo Tribunal Federal	50
4.4.1	A influência do instituto norte-americano do <i>stare decision</i> no direito brasileiro	51
4.3.2	Transcendência dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal	52
4.5	O desfecho da Reclamação 4.335/AC e análise crítica da abstrativização do controle difuso	53
5	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O ramo do Direito Constitucional, devido ao seu conteúdo normativo, possui grande relevância na ciência do Direito e está presente no cotidiano de todos. Por sua grande importância, é um diploma legal que ocupa o ápice da pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico, devendo pautar e servir de fundamento de validade para as demais leis infraconstitucionais. Por tais motivos, é de suma relevância poder repercutir o debate, no âmbito da comunidade acadêmica, sobre o controle de constitucionalidade e suas atuais mudanças, pois esse ambiente é propício para novas ideias e concepções que influenciam diretamente o mundo jurídico.

O texto da Constituição trata de matérias como a estrutura do Estado, Direitos Fundamentais e a Organização dos Poderes. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal (STF), no papel de guardião da Constituição, tem o dever de observar os dispositivos da Carta Magna como forma de preservar o Estado Democrático de Direito. Portanto, a princípio, qualquer lei ou ato editado em desconformidade com a Constituição Federal deve ser considerado nulo ou inexistente. Esse controle se dá através do controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso.

Já que o Brasil adota a teoria do controle misto de constitucionalidade, em que está presente tanto o controle concentrado como o difuso, muitas vezes ocorre uma miscigenação entre as características que identificam e distinguem cada uma dessas formas de controle. Nesse ponto, reside o objetivo geral de estudo da presente pesquisa.

A tendência de sincretização do controle concentrado com o controle difuso nas decisões do Supremo Tribunal Federal é um tema atual, em que há uma busca de melhor adequar o controle de constitucionalidade em determinadas situações, não se atendo às formalidades inerentes de cada uma das espécies de controle. Propondo, assim, uma resposta à morosidade do sistema judiciário brasileiro e à insegurança jurídica das decisões proferidas por juiz ou Tribunal.

Ante ao exposto, o primeiro capítulo deste estudo abordará a origem, noções gerais e o momento de realização do controle de constitucionalidade, assim como as principais espécies de inconstitucionalidade. Nesse interim, pretende-se facilitar a compreensão do que é e como surgiu o controle de constitucionalidade,

para só então, iniciar o estudo do fenômeno de miscigenação das formas de controle de constitucionalidade.

No segundo capítulo, a preocupação centra-se na análise do sincretismo entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, tratando, inicialmente, as individualidades de cada uma das formas de controle. Faz-se, então, uma menção tanto às características próprias do controle difuso inseridas no controle concentrado quanto às características próprias do controle concentrado inseridas no controle difuso.

O terceiro e último capítulo, estuda de forma mais aprofundada a tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade nas decisões do STF, ou seja, a possibilidade de o STF aplicar em suas decisões do controle difuso algumas características inerentes ao controle concentrado. Por isso, é de grande valia: verificar as consequências trazidas com a Emenda Constitucional nº45; analisar a atuação do Senado Federal disposta no art.52, X, da Constituição; a influência do recurso extraordinário nas decisões do Supremo; os requisitos essenciais para que haja a abstrativização do controle difuso; e, por último, o desfecho da Reclamação 4335/AC encerrada no ano de 2014, além de fazer uma abordagem crítica sobre como esse julgamento repercute no tema.

Portanto, tendo em vista a grande repercussão que esse tema tem gerado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é importante fazer uma análise detalhada sobre suas nuances. Essa importância se deve ao fato de a matéria afetar diretamente o conteúdo normativo da Constituição e conseqüentemente provocar uma mudança na visão de como deve ser preservado e consolidado o modelo de controle de constitucionalidade.

Para tanto, a confecção do trabalho monográfico sobre o qual trata este plano de pesquisa adotará o Método Dedutivo de Abordagem, por meio do qual, através da utilização correta de cadeias de raciocínio, se pretende alcançar uma conclusão baseada no levantamento de enunciados e premissas. Também será utilizado o Método Indutivo, em oportunidade paralela ao Método Dedutivo, na medida em que, para se chegar ao objetivo principal do estudo, qual seja, obter uma conclusão verídica com base em enunciados e premissas, torna-se necessário lançar mão de uma técnica argumentativa que se perfaz a partir de ambos os Métodos de Abordagem, de modo que um deles não exclui o outro.

Já o Método Procedimental a ser utilizado, assumirá a forma de um estudo doutrinário e teórico sobre a temática enfrentada, assim como também analisar-se-á a jurisprudência atualizada, com ênfase nas decisões do STF. Torna-se essencial a utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental: a bibliográfica consiste na leitura, compreensão e interpretação de livros e artigos científicos, os quais correspondem à fonte preponderante dos enunciados cognitivos que servirão de subsídio para a compreensão do assunto. A documental, por seu turno, pode ser considerada uma das vertentes da técnica bibliográfica.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: origem, conceito e momento de realização

2.1 Marco histórico do controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade presente na Constituição Federal de 1988 nem sempre possuiu as características que perduram até hoje. Algumas, inclusive, encontram-se em modificação devido a novos entendimentos e decisões dos Tribunais. Por isso, nada mais oportuno do que tratar sobre o surgimento do controle de constitucionalidade e suas modificações ao longo das Constituições.

A Constituição de 1824 trazia institutos como o Parlamento e o Poder Moderador. O primeiro representava o Poder Legislativo e era chamado de Assembleia Geral, cuja função era elaborar leis e velar na guarda da Constituição, segundo previsto no art. 15, VIII e IX. Já o segundo, era representado pelo imperador e tinha atribuição de estabelecer a harmonia entre os Poderes. Nesse cenário, difícil seria imaginar um sistema de controle de constitucionalidade sustentado pelo próprio feitor da norma, e, por isso, não havia nenhum instituto que se assemelhasse a um efetivo controle de constitucionalidade (LEAL, 2014).

A Constituição de 1891 inovou em seu texto com a inserção do controle difuso de constitucionalidade, inspirado na famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury Vs. Madson*¹. No entanto, o modelo brasileiro carecia de mecanismos para atribuir efeito vinculante às suas decisões, o que foi alvo de muitas críticas (COSTA JÚNIOR, 2012).

Aparentava-se que a próxima Constituição, a Carta Magna de 1934, não inovaria quanto ao controle de constitucionalidade, mas não foi o que aconteceu. A cláusula de reserva de plenário surgiu com ela, e tal cláusula determinava que qualquer lei ou ato do Poder Público só poderia ser considerado inconstitucional se houvesse o quórum de maioria absoluta de votos dos membros dos Tribunais, não

¹ O caso *Marbury Vs Madson* ficou conhecido a partir de 1800 nos Estados Unidos, onde Marbury propôs uma ação para ver reconhecido seu direito ao cargo de juiz de paz concedido como uma jogada política dos federalistas para conservar o poder em suas mãos. Thomas Jefferson, eleito novo Presidente republicano, deu claras ordens para que o então Secretário de Estado James Madson não entregasse os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido durante o governo anterior, e Marbury era um deles que não havia tomado posse ao cargo (BARROSO, 2008).

podendo fazê-lo por decisões monocráticas e nem através de seus órgãos fracionários² (BARROSO, 2009).

Segundo Campos (1990, p. 198), a Constituição de 1937 foi um marco para o “avanço do retrocesso”. Nesse período, o controle de constitucionalidade estava se desfigurando e tomando rumos cada vez mais ditatoriais, já que o Supremo Tribunal Federal estava enfraquecido no papel de guardião da Constituição e o poder Executivo agigantando-se cada vez mais. Além dessa crise institucional entre os Poderes, o grande benefício trazido com a Constituição anterior ao permitir que o Senado Federal pudesse atribuir efeito *erga omnes* às decisões no controle difuso fora extinto, assim como também foi posto fim à representação interventiva federal.

Já a Constituição de 1946 marcada pelo fim da Segunda Guerra Mundial, de acordo com Costa Júnior (2012), trouxe de volta ares de democracia Constitucional. O STF, por meio do art. 101, voltava a possuir suas históricas atribuições, entre elas a de julgar por meio de recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes. Além desse avanço, o Senado Federal retorna o seu papel de poder suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

Toda forma de controle citada até então, faz referência apenas ao controle difuso de constitucionalidade. O controle concentrado, cujo significado e diferenças em relação ao controle difuso será visto em tópico específico, foi batizado por meio da Emenda Constitucional nº16, de 1965, que atribuiu status constitucional ao Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Essa forma de controle além de ser inaugurado no plano federal onde o STF possui a competência originária para processá-lo e julgá-lo, também deu início ao modelo estadual, em que o Tribunal de Justiça possui a competência atribuída ao Supremo no plano federal (LEAL, 2014).

As próximas Constituições e as que antecederam a atual CF de 1988, a Constituição de 1967 e 1969, não inovaram em torno do tema, apenas mantiveram o controle misto de constitucionalidade, ou seja, tanto a forma difusa quanto a forma

² Com a Constituição de 1934 surge outro fenômeno muito interessante que tenta pôr fim às críticas dadas à Constituição de 1891. Aqui, o Senado Federal detém a competência de suspender no todo ou em parte, a execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando houvesse sido declarado inconstitucional em sede de controle difuso pelo Poder Judiciário. Portanto, foi estabelecido efeito *erga omnes* às decisões proferidas em decisões oriundas de casos concretos.

concentrada; e ampliaram o instituto da representação interventiva (BARROSO, 2009).

Realizado esse retrospecto, é de suma importância fazer uma análise detida a respeito do controle de constitucionalidade da atual Constituição Federal de 1988. É certo que tal pesquisa será empreendida ao longo de todo trabalho, mas os principais apontamentos e institutos criados com essa Constituição serão tratados a seguir.

Leal (2014) aponta que a Constituição de 1988 marcou a era da democracia constitucional em sua maior plenitude, uma vez que os direitos e garantias fundamentais ganhavam destaque e inúmeros dispositivos que zelassem pela sua proteção foram criados. A Carta Cidadã manteve o controle difuso de constitucionalidade, prestigiando bastante o controle concentrado; fortificou as Instituições; e incrementaram-se mecanismos de controle da Administração Pública.

A primeira alteração foi a ampliação do rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade³. O que antes apenas era competência do Procurador Geral da República foi ampliado para os partidos políticos, entidades de classe de âmbito nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os Governadores e o povo por meio de variados grupos de pressão (LEAL, 2014).

O art. 102 da Constituição prevê uma nova espécie de controle de constitucionalidade, a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental⁴, utilizada para coibir violação a preceitos fundamentais da Constituição. Leal (2014) aborda que outra inovação está na presença da ação declaratória de constitucionalidade⁵, inserida no ano de 1993 através da Emenda nº3, com o fim de pôr término à controvérsia judicial que recai sobre a validade de lei ou ato normativo federal.

Ainda nesse contexto das novas ações do controle concentrado de constitucionalidade, introduziu-se uma nova possibilidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Através dela, o legislador constitucional

³ Espécie de ação do controle concentrado de constitucionalidade.

⁴ Espécie de ação do controle concentrado de constitucionalidade, regulada por lei própria: lei nº 9.8882, de 3 de dezembro de 1999.

⁵ Espécie de ação do controle concentrado de constitucionalidade, cujos legitimados ativos para sua propositura são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade.

objetivava combater a mora do Poder Público na regulamentação de determinada matéria (LEAL, 2014).

Dentre todas as novidades que a Constituição trouxe, Leal (2014) cita que talvez a mais significativa veio com a Emenda Constitucional nº45. A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, criou as súmulas vinculantes (art. 103-A) e a exigência do requisito da repercussão geral como forma de admissibilidade do recurso extraordinário no STF.

Em suma, a atual Constituição Federal visando um sistema jurídico seguro onde os principais valores abarcados por ela pudessem ser protegidos, manteve o controle misto de constitucionalidade e reforçou o controle concentrado para poder conceder efeito *erga omnes* e vinculante às decisões do STF. Conseqüentemente, o número de causas repetitivas e com decisões muito próximas diminuíram, o que contribuiu em um considerável desafogamento do Judiciário.

2.2 Conceito e noções gerais de constitucionalidade e inconstitucionalidade

Para que a noção de constitucionalidade e inconstitucionalidade fique clara é preciso entender alguns pressupostos que tornam possível esse exame de conformidade ou desconformidade com a Constituição. Entre eles, destacam-se a supremacia constitucional e o princípio da rigidez.

Rígidas são aquelas Constituições que só podem ser alteradas através de um procedimento solene, ou seja, bem mais específico e rigoroso. Essa característica traz vantagens indiscutíveis, como por exemplo, a proibição de reformas constitucionais inoportunas (BULOS, 2011).

Nos dizeres de Bulos (201, p. 125):

Ao dificultar a realização de revisões e emendas constitucionais, o princípio da rigidez resguarda os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à defesa da ordem jurídica. Nesse particular, cumpre a tarefa de balizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, impedindo violações à supremacia dos preceitos fundamentais.

Já o princípio da supremacia constitucional está intimamente ligado ao princípio da rigidez, pois para manter a Constituição no topo do ordenamento jurídico se faz necessário um mecanismo que dificulte sua modificação.

Segundo Bulos (2011), a supremacia constitucional é o vínculo de subordinação dos atos públicos e privados à Constituição de um Estado, e tal fato se

deve por termos um ordenamento jurídico em que as normas ocupam planos distintos de escalonamento. E seguindo essa ideia de hierarquia, a Constituição Federal ocupa o nível mais elevado do Direito Positivo⁶, de onde as demais leis e atos normativos devem adequar-se a ela.

Dessa forma, uma lei positivada no ordenamento jurídico e que, portanto, existe, também é considerada como válida e eficaz até que se prove o contrário. O fenômeno é chamado de presunção de constitucionalidade, onde qualquer lei é presumidamente constitucional, ou seja, foi criada em conformidade com a norma de observância obrigatória: a Constituição Federal. É uma presunção *juris tantum*, na qual a lei deve ser observada até que um órgão competente diga que seja inconstitucional (LEAL, 2014).

Portanto, de acordo com Bulos (2001), a noção de constitucionalidade está ligada à relação de conformidade hierárquica entre as condutas públicas e privadas com a Constituição de um Estado, revelando um vínculo de correspondência, adequação ou idoneidade de um comportamento com o texto maior. E, por isso, o conjunto normativo visa ser harmônico por nunca poder contrariar os principais valores resguardados pela Constituição.

Do outro lado, ainda de acordo com Bulos (2011), encontra-se a noção de inconstitucionalidade representando o contraponto da definição do que é constitucional. Inconstitucional é toda conduta pública e privada criada em desconformidade com a Constituição de um Estado. Vale lembrar que, para uma lei ou ato normativo ser considerado inconstitucional, por óbvio, deve ter sido criada em momento posterior à Constituição Federal de 1988 ou posterior a uma de suas Emendas, caso essa última seja o parâmetro do controle.

2.2.1 Parâmetro de constitucionalidade e bloco de constitucionalidade

Descritas as primeiras noções sobre o conceito de constitucionalidade, também é importante narrar acerca do modelo que deve servir de base para que um ato público ou privado seja considerado constitucional ou inconstitucional. Pela

⁶ Confirmando a superioridade hierárquica ocupada pela Constituição frente às demais leis e atos normativos: “[...] sendo a Constituição a lei máxima, a lei das leis, o fundamento último de validade de toda e qualquer disposição normativa, não se admitem agressões à sua magnitude.[...]. Em virtude de sua supremacia, subordinam-se a ela os atos materiais exercidos pelos homens e os atos jurídicos que criam direitos e estabelecem deveres.” (BULOS, 2011, p. 127).

própria nomenclatura, é fácil destacar que a Constituição Federal e as Emendas Constitucionais sirvam como esse modelo, mas para a maioria doutrinária não são apenas estes, dessa forma existem duas correntes.

A primeira corrente é a que defende que o modelo para aferir a constitucionalidade de um ato normativo se chama de parâmetro de constitucionalidade. O parâmetro de constitucionalidade que, segundo Leal (2014, p. 71-72), serve de referencial é constituído de: “dispositivos constitucionais introduzidos pelo Poder Constituinte Originário; emendas constitucionais; emenda constitucional de revisão (resultantes do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT); dispositivos da ADCT (exceto aqueles que já tiveram exaurida sua eficácia; tratados internacionais de direitos humanos entronizados pelo rito exigido para emenda constitucional; princípios constitucionais implícitos”.

A segunda corrente, resultante da função criativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal, defende a ideia de bloco de constitucionalidade. O bloco de constitucionalidade explica que não só a Constituição Federal serve de parâmetro de controle, mas também um conjunto de regras e princípios que não estão na Constituição, são materialmente constitucionais (LEAL, 2014).

Canotilho (2003, p. 919-921) elucida a existência das duas correntes e reconhece que o posicionamento de uma não exclui a outra. Para ele, o alargamento trazido pelo bloco de constitucionalidade, ao acrescentar como parâmetro outros elementos normativos que não a Constituição, é possível apenas se estas normas puderem ser “reconduzidas ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”.

Para outros autores, como Bulos (2011), não existe razão para tal diferenciação de nomenclatura, tratando como sinônimas o bloco de constitucionalidade e o parâmetro de constitucionalidade. Na visão dele:

Bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas e princípios, extraídos da constituição, que serve de paradigma para o Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade das leis. Também é conhecido como parâmetro constitucional, pois, por seu intermédio, as Cortes Supremas, a exemplo do nosso Pretório Excelso, aferem a parametricidade constitucional das leis e atos normativos perante a Carta Maior, requisito indispensável para o exame da ação direta de inconstitucionalidade (BULOS, 2011, p. 174).

2.2.2 O preâmbulo da Constituição como parâmetro de controle de constitucionalidade

O preâmbulo é uma espécie de prefácio da Constituição, no qual demonstra o ambiente a qual se dera o Poder Constituinte e mais, marca a transição do modelo constitucional pretérito à nova perspectiva do Estado brasileiro (LEAL, 2014).

Diferentemente da França, o nosso preâmbulo não possui força cogente e é irrelevante do ponto de vista jurídico, por isso não serve como parâmetro de Constitucionalidade. Em sentido contrário, Ronaldo Polleti, de acordo com Bulos (2011) defende que se uma lei ferir o preâmbulo da Constituição, mesmo que não na sua literalidade, será igualmente constitucional.

É certo que existe muita diferença de posicionamento para o tema, existem aqueles que consideram que o preâmbulo é irrelevante do ponto de vista jurídica por possuir caráter meramente político⁷ e aqueles que defendem que possui caráter normativo e serve de parâmetro de controle.

O STF, juntamente com a maioria doutrinária, se posiciona em favor da irrelevância jurídica do texto do preâmbulo. O que pode ser comprovado por inúmeros julgados e aqui será exemplificado pelo fundamento extraído do voto do relator Ministro Carlos Velloso proferido no julgamento da ADI 2076 AC:

O preâmbulo, ressei das lições transcritas, não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local (BRASIL, 2002, p. 226).

⁷ O caráter meramente político do preâmbulo da Constituição simboliza a opção política do Poder Constituinte, a externar valores e propostas para o Estado de Direito brasileiro. Todo o seu texto é condizente com as demais normas do Direito positivo. Além de que não poderia ser revestido de caráter jurídico, pois no final do preâmbulo existe uma passagem com os dizeres “promulgamos, sob a proteção de Deus”, e como bem sabido o Estado brasileiro é laico (BULOS, 2011, p. 176)

2.3 Espécies de inconstitucionalidade

Antes de realizar a classificação dos tipos de controle de constitucionalidade com suas principais características, faz-se necessário analisar as espécies de inconstitucionalidade para só assim saber como o controle de constitucionalidade irá incidir em determinado ato público ou privado que esteja em dissonância com os dispositivos constitucionais.

Diversas são as classificações dos tipos de inconstitucionalidade, e será objetivo do trabalho demonstrar aquelas principais tratadas pela maioria doutrinária, de forma a facilitar a compreensão e fazer uma abordagem mais didática possível.

2.3.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A primeira espécie de inconstitucionalidade é a inconstitucionalidade por ação sendo aquela que deriva da prática de um comportamento positivo que viola a Carta Magna. Tal conduta é advinda de uma conduta positiva do Poder Público, ou até mesmo de particulares que fazem algo contrário à Constituição (BARROSO, 2009).

Outra espécie é a inconstitucionalidade por omissão e merece uma análise mais detida por ser uma modalidade de inconstitucionalidade que deriva de um comportamento negativo proveniente do Poder Público. Ou seja, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo são omissos frente a uma obrigação de fazer previsto no texto constitucional (BULOS, 2011).

A omissão proveniente de medida política-administrativa e a do campo judicial são mais fáceis de serem resolvidas, pois os reclamos interpartidários, apelos políticos ou reivindicações de grupos organizados da sociedade podem suplantá-la. O problema maior se encontra na esfera da omissão legislativa, por ocasionar o fenômeno da síndrome da inefetividade das constituições, e, por isso, são chamadas de omissões inconstitucionais. Esse tipo de omissão é exteriorizado através das normas constitucionais de eficácia limitada, na qual os preceitos constitucionais possuem brechas propositais para que a atividade legiferante ocupe essas lacunas.

A Constituição de 1988 tem como característica ser uma Constituição programática, ou seja, estabelece metas e diretrizes a serem cumpridas com o

tempo. No entanto, alguns desses programas dependem da atuação posterior do Poder Legislativo, que não se sabe quando serão tomadas. As ações constitucionais voltadas para combater as omissões inconstitucionais, que serão vistas mais à frente, são duas: o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) (BULOS, 2011).

2.3.2 Inconstitucionalidade formal e material

Segundo Leal (2014), a inconstitucionalidade formal se distingue da material, mas não impede que haja a cumulatividade entre as duas formas de inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade material ou nomoestática se refere a incompatibilidade quanto ao conteúdo, seja dos princípios ou regras. Já a inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica está relacionada com a violação ao processo legislativo constitucional.

Esta última forma de inconstitucionalidade, ainda se subdivide em outras duas classificações: subjetiva e objetiva. A inconstitucionalidade formal do tipo objetiva é aquele vício que recai na iniciativa ou competência do processo legislativo. A segunda forma de inconstitucionalidade formal, a do tipo subjetiva, é aquele vício que recai nos demais atos do processo legislativo (BULOS, 2011). Existe outra parte da doutrina adepta a outra classificação, defendendo que a inconstitucionalidade formal possa ser: orgânica ou propriamente dita. Orgânica, quando o vício ocorre na competência referente ao processo legislativo; e propriamente dita, quando o vício é de iniciativa ou nos demais atos do processo legislativo.

Leal (2014) exemplifica as duas formas de inconstitucionalidade para facilitar a compreensão. A exemplo da inconstitucionalidade material, imagine-se que o Congresso Nacional tenha aprovado um projeto de lei ordinário que estabelece hipóteses de desapropriação da terra produtiva, violando desse modo o conteúdo da Constituição Federal em seu artigo 185, inciso II, que veda a desapropriação, para fins de reforma agrária, da terra produtiva. Enquanto na inconstitucionalidade formal, é elucidada a situação em que um deputado federal possui a iniciativa de elaboração de lei que aumenta a remuneração dos servidores públicos, contudo tal competência é privativa do Presidente da República (art. 61, §1º, II, “a” c/c art. 84, III).

2.3.3 Inconstitucionalidade parcial e total

A inconstitucionalidade total é aquela em que a lei ou ato normativo é em sua inteireza, inconstitucional. A inconstitucionalidade parcial sinaliza que parte da lei ou do ato normativo está contaminada, e nada obsta que apenas uma palavra ou expressão possa ser considerada como inconstitucional (BULOS, 2011).

Portanto, pelo princípio da parcelaridade, apenas a parte que se encontra maculada será alvo da decisão de inconstitucionalidade, enquanto que a outra parte continua válida. Logo, se a parte que se encontra viciada contaminar a outra parte da lei ou ato normativa, será declarada a inconstitucionalidade na modalidade total.

2.3.4 Inconstitucionalidade originária e superveniente

Da mesma forma como nas demais classificações, o momento de criação de uma norma em relação à Constituição se faz necessário para defini-la como possível objeto do controle de constitucionalidade, caso exista uma desconformidade com o texto constitucional.

A inconstitucionalidade originária verifica-se quando a norma dita como inconstitucional foi criada em momento posterior à Constituição, e, por isso, já foi promulgada na vigência e nos moldes desta. Portanto, a análise da inconstitucionalidade originária da norma possui como parâmetro a atual Constituição e é a forma de controle de constitucionalidade mais aceita na doutrina e na jurisprudência (FAIDIGA, 2008).

Diferentemente da primeira, a inconstitucionalidade superveniente é aquela em que se realiza uma análise de constitucionalidade de uma norma que foi criada antes da Constituição. Desse modo, a norma anterior à Constituição de 1988 foi criada nos moldes de outra Constituição, então não haveria que se falar em constitucionalidade de algo que nem mesmo fora criada na vigência do seu parâmetro de constitucionalidade (FAIDIGA, 2008).

Segundo a maioria doutrinária e expoentes como Oswaldo Luiz Palu e André Ramos Tavares, o STF não admite a apreciação da inconstitucionalidade superveniente, tendo em vista que não seria hipótese de inconstitucionalidade e sim de mera não recepção do dispositivo tido como inconstitucional. Outro argumento

relevante, é que a inconstitucionalidade superveniente “redundaria em inexistência da lei, razão pela qual haveria até uma impropriedade em utilizar-se o termo inconstitucionalidade superveniente” (FAIDIGA, 2008, p. 48).

2.3.5 Formas peculiares de declaração de inconstitucionalidade: Inconstitucionalidade por arrastamento ou reverberação, inconstitucionalidade progressiva e inconstitucionalidade sem redução de texto

Essa primeira espécie de inconstitucionalidade pode ser conhecida inclusive por outros nomes, adotaremos, no entanto, a mais comum que é inconstitucionalidade por arrastamento ou por reverberação. Tal inconstitucionalidade decorre da possibilidade de decretar a inconstitucionalidade de alguma lei ou ato normativo, mesmo que esta não seja objeto de nenhuma demanda judicial nesse sentido (LENZA, 2012).

Em síntese, a inconstitucionalidade por arrastamento está configurada na hipótese de o STF declarar a inconstitucionalidade de uma norma que não é objeto do controle concentrado de constitucionalidade, mas possui alguma correlação lógica com este.

Assim sendo, a norma não questionada somente tem razão de existir se vigente à norma objeto da impugnação, razão pela qual, declarada a inconstitucionalidade da principal, a acessória não subsiste por si só, forçando, assim, a declaração por arrastamento, por atração ou por reverberação normativa, de sua inconstitucionalidade (LENZA, 2012).

Portanto, em regra, o Supremo Tribunal Federal somente pode declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal quando este fora devidamente impugnado sendo ainda que lhe é vedado pronunciar-se fora daquilo que lhe fora delineado no pedido inicial. Contudo, com o intuito de preservar os princípios da economia processual, da razoável duração do processo e a supremacia da Constituição, o STF poderá declarar a inconstitucionalidade por arrastamento de norma que não é objeto do controle, como enfatiza Mendonça (2007).

Outra forma de inconstitucionalidade tida como peculiar em relação às demais formas de declaração de inconstitucionalidade, é a inconstitucionalidade progressiva. Também chamada de “declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade”, a inconstitucionalidade progressiva é aquela

em que por determinado período a lei ou ato normativo continuará sendo constitucional e com o tempo se tornará inconstitucional (BULOS, 2011, p. 158).

A inconstitucionalidade progressiva é uma tese oriunda do direito alemão, e possui como principal finalidade a proteção de direitos e garantias fundamentais, observadas as necessidades de ordem política, econômica, social ou jurídica, conferindo um status de constitucionalidade apenas temporária, até que determinado fato ocorra e possibilite a inconstitucionalização da norma (CAMARÃO, 2007).

É o caso que ocorre com a prerrogativa dos membros da Defensoria Pública que em qualquer processo e grau de jurisdição, contam com o dobro de todos os prazos (art. 44, I, 89, I, e 128, I, da LC nº80/94). Tal regra foi contestada principalmente no âmbito do processo penal, pois o Ministério Público não goza dessa prerrogativa, mas é legitimado para propositura da ação civil *ex delicto* nos Estados em que a Defensoria não esteja devidamente organizada e instalada nos Estados. Sabendo que a Defensoria Pública foi instituída com a nova Constituição de 1988, o STF decidiu que o prazo em dobro no processo penal será constitucional até que a Defensoria esteja efetivamente instalada, mas quando esse fato se concretizar, a regra se tornará inconstitucional (LENZA, 2012).

Por conseguinte, segundo Camarão (2007, p. 184):

Portanto, a concepção de inconstitucionalidade progressiva pode e deve ser compreendida como uma moderna técnica de interpretação constitucional, apta a ser utilizada em ambos os sistemas de controle de constitucionalidade existentes no Brasil (difuso e concentrado) e que, muito embora seja dotada de alta carga política, até agora trouxe benefícios à população brasileira, utilizada que foi de maneira proporcional e razoável, de forma a assegurar direitos e garantias fundamentais.

Por último, no entanto, com a mesma importância que as demais, a inconstitucionalidade sem redução de texto. Essa forma de inconstitucionalidade consiste em uma técnica de decisão judicial para que determinada aplicação da lei seja declarada inconstitucional, sem que com isso exista qualquer alteração no seu texto, daí o nome “inconstitucionalidade sem redução de texto”. Novelino (2008, p. 162) afirma ainda que, o dispositivo da decisão judicial que utiliza tal técnica deverá ser proferida, por exemplo, nos seguintes termos: “a norma X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese ou a norma Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança de tributo em determinado exercício financeiro”.

2.4 Momento de realização do controle de constitucionalidade e natureza do órgão competente para o controle

2.4.1 Controle preventivo e repressivo

O controle preventivo e o controle repressivo de constitucionalidade são duas espécies de controle que se referem à classificação do momento de realização do controle de constitucionalidade.

Se o controle é realizado no momento em que a lei ou ato são ainda atos imperfeitos, ou seja, carecem de eficácia jurídica, diz-se que o controle é preventivo. Por isso, o controle preventivo recai no momento do processo de elaboração do ato, antes mesmo da sua existência ou perfeição (CANOTILHO, 2003).

A título de exemplo do controle preventivo no direito brasileiro, as Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas emitem pareceres sobre os projetos de leis apresentados, bem como os vetos jurídico-constitucionais provenientes dos Chefes do Executivo, sejam estes da esfera federal, estadual ou municipal, também obstaculizam a eficácia de projeto de lei (COSTA JÚNIOR, 2012).

O controle repressivo, também chamado de controle sucessivo, ocorre quando o ato normativo já possui plena eficácia jurídica, e, assim, quando o processo de elaboração do ato está concluído. Para Canotilho (2003), o controle sucessivo terá incidência quando o ato normativo já tiver sido “aperfeiçoado”, isto é, fora promulgado, referendado, publicado e entrado em vigor. Contrariamente, na visão de Costa Júnior (2012), o controle será verificado após o processo de elaboração do ato normativo, independente de este encontrar-se em vigor.

Essa segunda forma de controle, a repressiva, é a forma mais comum encontrada no Brasil de controle de constitucionalidade. É de fácil constatação o trabalho exercido não só pelo STF, como guardião da Constituição, mas também de juízes e outros órgãos do Poder Judiciário, em verificar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo já inserido no ordenamento jurídico.

2.4.2 Controle político e judicial

Haverá o controle político⁸ quando o controle de constitucionalidade das leis é realizado por um órgão essencialmente político, estranho à estrutura do Poder Judiciário ou cuja atuação não possui natureza jurisdicional. O fundamento para a existência desse controle é de que a Constituição deve ser interpretada através de um olhar político, pois a Constituição é um “projeto dinâmico de vida”. Além disso, se o controle fosse unicamente judicial, haveria uma violação ao princípio da separação de poderes, de forma que o juiz deteria o poder de recusar as deliberações majoritárias do Legislativo e do Executivo (COSTA JÚNIOR, 2012).

A outra forma de controle quanto à natureza do órgão competente para realização do controle é o controle judicial. Através deste, os órgãos do Poder Judicial e aqueles fora dessa estrutura, mas que possuem função jurisdicional, desempenham a função de controle de constitucionalidade. Na visão de Costa Júnior (2012), essa é a forma mais comum de controle de constitucionalidade no Brasil, contudo o Judiciário não é o único responsável pela feitura do controle e, em hipóteses bem específicas, constata-se a presença do controle político.

Elucidadas tais considerações, insta ressaltar como se verifica a associação da classificação do controle quanto ao momento de realização e a natureza do órgão competente para o controle.

Assim, o controle preventivo pode ser político ou judicial. Político quando exercido pelo Poder Legislativo, como por exemplo, nos pareceres emitidos pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas; ou quando exercido pelo Poder Executivo, casos em que o Presidente da República pode vetar juridicamente um projeto de lei incompatível com a Constituição. De forma excepcional, o controle preventivo será judicial, quando o parlamentar impetra mandado de segurança contra proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea (LEAL, 2014).

Da mesma forma, ainda segundo Leal (2014), o controle repressivo também poderá ser político ou judicial. Judicial quando o controle é realizado pelo

⁸ O controle político segue o modelo francês de controle de constitucionalidade quanto à natureza do órgão competente, em que, historicamente, sempre adotou uma rígida separação de poderes, e onde o abade de SIEYÈS desde a Constituição VIII sugeriu que somente as Assembleias Legislativas estariam incumbidas a realizar o controle político das leis. A vigente Constituição da França, de 04 de outubro de 1958, prevê um órgão político chamado de Conseil Constitutionnel com atribuição de realizar o controle de constitucionalidade das leis francesas.

STF em sede de controle concentrado ou por qualquer juiz e tribunal, em sede de controle difuso. Excepcionalmente, o controle preventivo será político, quando o Poder Executivo, por exemplo, recusa o cumprimento da lei que reputa inconstitucional; ou quando o Poder Legislativo, em hipóteses que o Congresso Nacional susta atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou rejeita medidas provisórias por inobservância do requisito constitucional de relevância e urgência.

3 SINCRETISMO ENTRE O CONTROLE DIFUSO E O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Controle difuso de constitucionalidade

Antes de tratar a respeito das características de miscigenação entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade, será elaborada uma análise acerca das nuances que identificam cada um dos controles.

O controle difuso de constitucionalidade, como já mencionado no primeiro capítulo dessa pesquisa, possui influência norte-americana por meio do famoso caso *Marbury v. Madison*. No Brasil, esse modelo foi iniciado a partir da Constituição de 1891, sendo recepcionado nas demais constituições posteriores e possui previsão no artigo 102, inciso III, da Constituição de 1988 (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Esse modelo de controle, ainda segundo Cunha Júnior (2012), ao aferir a constitucionalidade de ato ou omissão do Poder Público o faz através de uma demanda judicial concreta, na qual o exame da constitucionalidade ganha feição de questão incidental ao processo. Por isso, afirma-se que o controle difuso é um controle incidental. Combinado a essa característica, o controle difuso possui natureza de questão prejudicial, ou seja, deve ser decidida pelo juiz ou tribunal antes mesmo de julgar a própria controvérsia judicial.

É chamado, por sua vez, de controle difuso em razão do órgão competente para realizar o controle. Dessa forma, é atribuição de qualquer juiz ou tribunal exercê-lo, não sendo centralizado a um único órgão do Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre com o controle concentrado de constitucionalidade em que o controle está concentrado no STF.

Por último, também é conhecido como controle pela via de exceção ou de defesa, pela razão de que a constitucionalidade da lei ou ato normativo é apenas um fundamento do pedido e não a causa de pedir propriamente dita, ou seja, não é o fundamento jurídico principal que enseja a demanda judicial (LEAL, 2014).

Já nessa análise introdutória sobre características gerais do controle difuso, Leal (2014, p. 178) faz uma observação da possibilidade de existir características do controle concentrado inseridas no controle difuso de constitucionalidade:

Vale destacar que, no Brasil, a Constituição Federal possibilita a impetração perante o STF, por parlamentar integrante do Congresso Nacional, de mandado de segurança visando impedir a deliberação, pela Casa Legislativa, de proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea. Nessa hipótese, percebam que se trata de caso concreto, mas com competência exclusiva do STF, uma vez que é o foro competente para apreciar mandado de segurança contra ato de presidente de quaisquer das casas do Congresso Nacional. Logo, o controle de constitucionalidade exercido é concreto, mas concentrado (no STF) e exercido por legitimados diversos daqueles constantes no art., 10 da Constituição Federal. Seria, portanto, um controle concreto-concentrado excepcionalmente admitido para proteção das cláusulas pétreas.

3.1.1 Normas sujeitas ao controle difuso

Existem inúmeras leis ou atos normativos que podem se sujeitar ao controle de constitucionalidade pela via incidental ou difusa, pois para haver a solução da pretensão deduzida em juízo é necessário que a constitucionalidade do instrumento normativo que guarda relação com a lide seja analisada como questão prejudicial.

Primeiramente, vale destacar se as normas pré-constitucionais podem ser objeto do controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que o parâmetro de constitucionalidade é a Constituição Federal de 1988. Normas pré-constitucionais são aquelas que foram editadas em momento anterior a atual Constituição, e segundo a doutrina e a jurisprudência, é possível que o controle difuso incida nessas normas (LEAL, 2014).

A lei ou ato normativo municipal também é passível de controle difuso, quer tenha por parâmetro a Constituição Estadual ou a Constituição Federal. Se o parâmetro for a Constituição Estadual e a decisão for proferida por juiz, caberá recurso ao Tribunal de Justiça do respectivo Estado, caso a decisão seja proferida inicialmente pelo próprio Tribunal de Justiça, esta será irrecorrível. Mas, se porventura, a lei ou ato normativo municipal contrariar a Constituição Federal caberá recurso extraordinário da decisão do Tribunal ao STF (LEAL, 2014).

As emendas constitucionais possuem status de norma constitucional, porém também está pacificado de que se sujeitam ao controle de constitucionalidade, já que nada obsta que uma emenda posterior à Constituição de 1988 seja criada sem serem observados os procedimentos formais e materiais desta última (BULOS, 2011).

Com relação aos projetos de lei e aos projetos de emenda constitucional, não existem vedações à realização desse modelo de controle, desde que cumpridos duas exigências: a) proposta de emenda à Constituição manifestamente ofensiva à cláusula pétrea; e b) projeto de lei ou de emenda que configure manifesta violação ao devido processo legislativo (LEAL, 2014).

Os tratados internacionais com status de norma constitucional, supralegal ou de lei ordinária, também se sujeitam ao controle difuso. O mesmo ocorre com os atos normativos privados, como, por exemplo, o regulamento de um condomínio, a qual deve respeitar os dispositivos constitucionais. Por último, é lícito ao Poder Judiciário implantar medidas que tornem efetivas as políticas públicas, quando estiver configurada inescusável omissão estatal (BULOS, 2011).

3.1.2 Procedimento do controle difuso-incidental de inconstitucionalidade

De início, são legitimados para provocar o controle incidental de constitucionalidade as partes da relação processual que se discute em uma demanda de um caso concreto, portanto, autor e réu; os terceiros admitidos no processo⁹; o Ministério Público quando oficie no controle; e qualquer juiz ou tribunal, de ofício, à exceção do STF nos recursos extraordinários que dependem de pré-questionamento e se limita a declarar a inconstitucionalidade daquilo que se discute no recurso (CUNHA JÚNIOR, 2012).

De acordo com a posição de Cunha Júnior (2012), a competência para realizar o controle concreto será de qualquer juiz ou tribunal. No tocante aos tribunais, há a incidência de uma cláusula chamada cláusula de reserva de plenário¹⁰. Segundo essa cláusula, os tribunais ou seus órgãos especiais só podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo desde que haja o quórum de maioria absoluta dos seus membros, sob pena de acarretar a nulidade absoluta da decisão.

Desta modo, a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais não pode ser aferida pelos seus órgãos fracionários¹¹, salvo no caso em que já tenha sido

⁹ Exemplo: litisconsortes, assistentes, oponentes, entre outros.

¹⁰ A existência da cláusula de reserva de plenário se consubstancia através do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, por isso exige-se um quórum diferenciado para considerar uma lei ou ato normativo inconstitucional.

¹¹ São órgãos fracionários do tribunais as Câmaras, Turmas ou Seções.

declarada a inconstitucionalidade pelo STF, ou pelo próprio plenário ou órgão especial do respectivo tribunal, de acordo com o parágrafo único do artigo 481 do CPC acrescentado pelo art. 1º da Lei 9.756/98 (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade através do controle difuso possuirá efeito inter partes e retroativo (*ex tunc*), sendo válida apenas para as partes no processo e reconhecida como inconstitucional desde a criação da norma (NOVELINO, 2008). Por outro lado, é importante considerar o papel do Senado Federal no controle difuso e que efeitos trazem às decisões do STF.

O Senado Federal, segundo o art. 52, X da Constituição, poderá suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Para tanto, o STF, o Procurador-Geral da República ou a Comissão de Constituição e Justiça podem comunicar à mesa diretora do Senado sobre a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei. O Senado poderá, depois de realizada a comunicação, por meio de resolução, suspender a execução da lei, atribuindo efeito *erga omnes* e *ex nunc* (NOVELINO, 2008).

Existem algumas divergências acerca desse papel do Senado ser um ato discricionário ou vinculado. Contudo, o entendimento predominante é de que assim como o STF só comunica à mesa diretora se assim achar necessário, o Senado também não estaria obrigado a editar resolução suspendendo a execução da lei.

3.2 Controle concentrado de constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a existência de outra forma de controle distinta do controle difuso. O controle concentrado de constitucionalidade surgiu a partir da Emenda Constitucional nº16, de 1965, que atribuiu status constitucional ao Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, sendo prevista na Constituição de 88. Portanto, o sistema de controle adotado, atualmente, é o controle misto de constitucionalidade.

O controle concentrado pode se apresentar de maneiras diversas, a depender de sua finalidade. Pode surgir com fins concretos de intervenção da União, nos Estados, ou dos Estados em seus municípios; como também poderá se apresentar em abstrato, onde será analisada a constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal ou dos atos

normativos estaduais e municipais em face da Constituição dos Estados (RAMOS, 2000).

Assim, a competência para o exercício desse controle, a nível federal, é reservada ao Supremo Tribunal Federal, de acordo com a previsão do art. 102, I, a da Constituição Federal. Enquanto que em nível estadual, tal competência é exercida pelo Tribunal de Justiça (NOVELINO, 2008).

Novelino (2008, p. 180) elucida as principais características e peculiaridades do controle concentrado que muito o distinguem do controle difuso:

No controle concentrado abstrato, em razão de sua índole objetiva, há alguns aspectos e peculiaridades a serem observados: I) a *causa petendi* abrange todas as normas integrantes da Constituição, não se restringindo aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente; II) as informações dos poderes ou órgãos dos quais emanou o ato normativo impugnado são prescindíveis; III) não há partes propriamente ditas; IV) alguns princípios processuais constitucionais não lhe são aplicáveis (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição); V) não se admite desistência, assistência e intervenção de terceiro; VI) possui uma natureza híbrida (judicial/legislativa), sendo que nas declarações de inconstitucionalidade com redução de texto o STF atua como legislador atípico negativo; VII) a decisão de mérito é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios e, não pode ser objeto de ação rescisória.

Reafirmando parte das ideias acima, Ramos (2000) assevera que o controle concentrado de constitucionalidade parte de um processo objetivo em que se discuta a lei em tese, onde não existem partes, incabível recursos e intervenção de terceiros e a preocupação principal está em resguardar a ordem jurídica constitucional.

O controle supracitado é instrumentalizado através de cinco mecanismos: ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (Representação Interventiva).

3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade tem como finalidade garantir a supremacia da constituição, retirando do ordenamento aquilo que for incompatível com ela. É uma ação pela qual os legitimados do art. 103 da Constituição Federal provocam o STF para discutir a inconstitucionalidade de uma lei em tese, fruto de um processo objetivo (RAMOS, 2000).

Os legitimados ativos do art. 103 são classificados em legitimados universais e legitimados especiais. Legitimados universais são aqueles que não precisam comprovar a pertinência temática para propositura da ação, tais como: o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e partidos políticos com representação no Congresso Nacional (CUNHA JUNIOR, 2012).

Já os legitimados ativos especiais são aqueles que precisam comprovar pertinência temática, ou seja, relação entre o interesse de agir do legitimado e o objeto da ação. São legitimados especiais: os Governadores dos Estados e do DF, as Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Distrital e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (CUNHA JUNIOR, 2012).

É certo que os legitimados para propositura da ADI são os mesmos legitimados para propositura das demais ações do controle concentrado, incluindo a classificação dos legitimados universais e especiais. Vale ressaltar que, desses legitimados, apenas os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe não possuem capacidade postulatória (NOVELINO, 2008).

A ação direta de inconstitucionalidade terá como objeto as leis e atos normativos primários federais e estaduais e as leis distritais de natureza estadual. Portanto, as normas pré-constitucionais, projetos de lei e de Emenda Constitucional, atos normativos secundários e leis municipais e distritais de natureza municipal não poderão ser objeto da ADI, segundo Novelino (2008).

Não somente na ADI, mas em todas as ações do controle de constitucionalidade o Procurador-Geral da República deverá ser intimado, inclusive nas ações em que seja o agente provocador devendo atuar como *custos legis*. Também deverá ser ouvido o Advogado-Geral da União para que realize a defesa da lei ou ato impugnado, no entanto segundo a jurisprudência do STF o AGU não precisa realizar a defesa de tese jurídica da qual já houve manifestação do Supremo pela inconstitucionalidade (NOVELINO, 2008).

Insta observar que, segundo Ramos (200), nessa ação é cabível a tutela de urgência com natureza de medida cautelar, de acordo com o artigo 102, I, "p" da Constituição, devendo ser comprovado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A cautelar, se concedida, possuirá efeitos *ex nunc*.

3.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida na Constituição através da Emenda Constitucional n. 3/93 e possui com base legal o art. 102, I, “a” e §2, e regulado pela Lei nº 9869/99. Surgiu com a finalidade de confirmar a constitucionalidade de uma lei e pôr fim à controvérsia judicial que sobre ela se instala, tudo em nome da segurança jurídica (NOVELINO, 2008).

Ao contrário da ADI, a ADC possui um objeto mais restrito. O objeto dessa forma de controle são as leis ou atos normativos federais e de natureza primária, ou seja, retiram o fundamento de validade na Constituição Federal. No entanto, os legitimados ativos para propositura da ADC são os mesmo da ADI, inovação trazida com a Emenda Constitucional nº45/04 (CUNHA JUNIOR, 2012).

O art. 24 da Lei n. 9868/99 explicita o caráter dúplice da ADC, no sentido de que se for observada a improcedência do pedido na ação, qual seja, reconhecer a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, considerar-se-á como inconstitucional. A situação contrária também pode ser observada quando reconhecida a improcedência do pedido em sede de uma ADC.

Em relação à participação do Procurador-Geral da República, este deverá se manifestar no prazo de 15 dias, da mesma forma que na ADI. Porém, não há nenhuma previsão de que o Advogado-Geral da União deverá atuar, tendo em vista que não há lei ou ato impugnado a ser defendido (CUNHA JUNIOR, 2012).

Segundo Novelino (2008), o art. 21 da Lei n. 9868/99 prevê a possibilidade de ser discutida em sede de ADC, a concessão de cautelar com o fim de suspender os processos em curso que dependam da aplicação da lei objeto da ação.

3.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) foi criada com o intuito de defender a Constituição do fenômeno da síndrome da inefetividade das normas constitucionais. Possui previsão legal no art. 103, § 2º da Constituição Federal e visa dar plena efetividade às normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, àquelas que dependem de uma regulamentação posterior do Poder Público (NOVELINO, 2008).

Para fins classificatórios, Novelino (2008) aponta que a omissão do Poder Público pode ser tanto do legislador, quando deixa de elaborar uma lei, quanto do administrador, no momento que deixa de tomar alguma providência prevista na norma constitucional. Além dessa, a omissão poderá ser do tipo parcial ou total do Poder Público.

A competência para julgamento e os legitimados ativos para propositura da ADO são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade. Em relação ao Advogado-Geral da União, existe previsão no artigo 12-E, §2º da Lei 12.063/99, de que poderá se manifestar caso haja solicitação do relator¹², de forma semelhante ocorre com o Procurador-Geral da República que após notificado possuirá o prazo de 15 dias para se manifestar (CUNHA JUNIOR, 2012).

Com a Lei 12.063/99 foi acrescentado o art. 12-F na Lei 9.868/63, nesse dispositivo foi apreciada a possibilidade de medida cautelar em sede de ADO. Em face do artigo, em casos de relevância e urgência da matéria, o STF poderá conceder a medida cautelar para suspender a aplicação da lei ou ato impugnado, se for hipótese de omissão parcial, ou suspender processos judiciais ou administrativos sobre o tema objeto da ação (CUNHA JUNIOR, 2012).

Quando proferida a decisão definitiva da ação, caso seja declarada a omissão do Poder Legislativo, este será notificado da decisão e declarada sua mora, não sendo possível que o Supremo estipule prazo para o Legislativo legislar, em respeito ao princípio da separação de poderes. No entanto, se a omissão foi de órgão administrativo, este será certificado e terá prazo de 30 dias para que tome as providências cabíveis.

3.2.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A ADPF está prevista no art. 102, §1º da Constituição Federal e foi regulamentada por legislação especial no dia 3 de dezembro de 1999, por meio da Lei 9.882. A lei não definiu o conceito semântico da expressão “preceito fundamental”, e, por isso, um número amplo de soluções pode ser levado em

¹² Apesar de haver previsão no sentido de a Advocacia-Geral da União (AGU) poder se manifestar, entende-se que essa possibilidade só é possível no caso das omissões parciais, pois se a omissão do Poder Público for total não haverá um ato inconstitucional para ser defendido.

consideração quando não for cabível nenhuma outra forma de controle de constitucionalidade (NEVES, 2007).

Todavia, apesar de não haver uma definição legal, existe um rol que exemplifica alguns princípios e direitos que são princípios fundamentais. Dentro desse rol, estão os princípios fundamentais (arts. 1º ao 4º da Constituição), os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º ao 17º, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88), os princípios sensíveis (art. 34, VIII, da CRFB/88), os princípios da Administração Pública (art. 37, caput, da CRFB/88)¹³ e as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da CRFB/88) (RAMOS, 2000).

O presente modelo de controle, como já mencionado, possui um caráter subsidiário, ou seja, não será admitida a ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade que está sendo levada ao Judiciário, conforme disposição expressa do art. 4º, § 1º, Lei 9.882/99. Por isso, se diz que o princípio da subsidiariedade é um postulado inerente à ADPF, devendo ser proposta apenas em última análise (AGRA, 2008).

Então, por ter um caráter residual, a ADPF possui algumas hipóteses principais de cabimento. Cabe ADPF, segundo Agra (2008), quando uma lei municipal ou lei distrital de caráter municipal violar diretamente a Constituição Federal; se uma norma pré-constitucional violar a CRFB, devendo ser pedido que em razão da não recepção da norma por força da sua incompatibilidade material, pleiteia-se a revogação da mesma; quando um ato normativo secundário violar dispositivo constitucional¹⁴.

Em relação à legitimidade ativa para propositura da ADPF são competentes todos aqueles legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Levando em conta a participação do Procurador-Geral da República, segundo o art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.882/99, este deverá se manifestar em todas as arguições de descumprimento de preceito fundamental. Todavia, situação diversa ocorre na participação do Advogado-Geral da União em que sua manifestação é facultativa, a depender de citação do relator (NEVES, 2007).

Segundo o art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/99, é possível que seja pleiteado na ADPF uma tutela de urgência, mais precisamente a medida cautelar, para que os

¹³ São princípios expressos que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

¹⁴ Súmulas vinculantes ou não vinculantes, assim como o veto presidencial, não podem ser objeto de ADPF.

juízes ou Tribunais suspendam o andamento de processos ou efeitos das decisões que versem sobre a matéria objeto da ADPF, ou até mesmo para aplicação de qualquer outra medida necessária a critério do Supremo Tribunal Federal (LEAL, 2014).

3.2.5 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi inserida no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1934 e era designada como representação interventiva. A representação interventiva objetivava a proteção dos princípios constitucionais sensíveis, previstos no art. 7, I, alínea “a” a “h”, onde o Procurador-Geral da República detinha a legitimidade ativa para sua propositura e ficava a cargo exclusivo do STF o processamento e julgamento da ação (CUNHA JÚNIOR, 2012).

É necessário reforçar que a ação direta de inconstitucionalidade interventiva também possui previsão na atual Constituição Federal de 1988 e é um meio pelo qual se instrumentaliza a intervenção de um ente federativo em outro, visando a preservação dos princípios sensíveis. Contudo, existem dois princípios que norteiam esse instituto: princípio da não intervenção, onde a intervenção é apenas um mecanismo excepcional; e o princípio da necessidade, pelo qual as hipóteses de intervenção se darão em casos bem específicos dispostos em um rol taxativo que se encontra nos artigos 34 e 35 da Constituição Federal (BULOS, 2011).

A intervenção federal é a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, ou a intervenção da União nos municípios dos territórios, não sendo possível a intervenção da União nos municípios dos Estados, já que este último só poderá sofrer intervenção do Estado a que pertence. Na forma do art. 84, V, da Constituição, o ato que decreta a intervenção federal é um decreto interventivo federal de competência do Presidente da República.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade interventiva consiste na proteção dos princípios constitucionais sensíveis, que são assim chamados doutrinariamente devido à sua imensa relevância. Cunha Júnior (2012, p. 288) indica quais são os princípios constitucionais sensíveis:

[...] a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta; a aplicação do mínimo da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino nas ações e serviços públicos de saúde.

Assim como na Constituição de 1934, a legitimidade ativa para propositura desta ação continua a cargo do Procurador-Geral da República e a competência do STF para julgá-la. Portanto, se houver violação dos princípios sensíveis, caberá ao Procurador-Geral da República apresentar a ADI interventiva perante o STF que, se der provimento, realizará uma requisição ao Presidente da República, para que suspenda o ato violador do princípio ou, caso não seja suficiente, que decrete a intervenção federal (NOVELINO, 2008).

3.3 Da miscigenação das características do controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade

No início do capítulo foi mencionado que para se iniciar a abordagem da sincretização das características entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, fazia-se necessário, para fins de compreensão, uma análise sintética das características identificadoras de cada uma das formas de controle. Apesar da separação didática, não é demais lembrar que o sistema jurídico brasileiro adota o controle híbrido ou misto de constitucionalidade, ou seja, a verificação da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode se dar tanto de forma concentrada quanto difusa.

E, exatamente por adotar-se ambas as formas de controle, muitas das características de uma podem ser encontradas na outra. Destarte, está consolidada na doutrina e na jurisprudência essa inegável correlação no controle de constitucionalidade, sob a perspectiva de duas vertentes.

A primeira vertente se consubstancia na abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, onde se verificam as características do controle concentrado inseridas no controle difuso, e será objeto de análise, a primeiro momento, de forma mais horizontalizada, pois, devido à grande relevância do tema será destinado um capítulo próprio para tratar de maneira mais profunda sobre assunto.

A segunda vertente se encontra na concretização do controle abstrato de constitucionalidade, na qual as características do controle difuso podem ser visualizadas no controle concentrado.

3.1 Da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

Como já abordado, as decisões em sede de controle difuso possuem, em regra, efeito inter partes. De modo contrário, as decisões do STF no controle concentrado possuem eficácia *erga omnes*, característica identificadora dessa forma de controle. Todavia, as ações do controle difuso podem possuir efeito *erga omnes* desde que o Senado Federal edite resolução atribuindo este efeito às decisões do STF em um processo subjetivo, sendo assim, um elemento abstrativizador do controle difuso (COSTA, 2011).

Outro elemento que abstrativiza o controle difuso diz respeito à atuação do STF que, desde 2007, vem atribuindo efeito concretista geral no mandado de injunção¹⁵, ou seja, não se resume a declarar a mora do Poder Legislativo, mas, como também, a aplicar analogicamente uma lei já existente e atribuir efeito *erga omnes* a sua decisão. Aqui, através de um processo subjetivo, pretende-se dar plena efetividade às normas constitucionais que dependem de regulamentação, através de aplicação analógica de uma lei com efeito para todos (BULOS, 2011).

A súmula vinculante também possui o mesmo papel, segundo Costa (2011), considerando que o STF pode editá-las em face de inúmeras decisões no mesmo sentido que consolidam um entendimento acerca do processo subjetivo em que se discuta incidentalmente a constitucionalidade de uma norma. Dessa forma, a Administração Pública e o Poder Judiciário estariam vinculados à súmula, transcendendo o interesse das partes no processo.

Por fim, o recurso extraordinário (RE) deixou de ter o caráter predominantemente subjetivo, para assumir a função de defesa da ordem constitucional. Assim, a função do Supremo na análise do recurso extraordinário não é, de imediato, resolver o conflito das partes; pois a Emenda Constitucional nº45 introduziu o requisito da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do RE, funcionando como um filtro para que o STF julgue apenas os recursos que

¹⁵ Remédio constitucional com base legal no art. 5, LXXI, da CRFB/88.

transcendam os interesses subjetivos da demanda. Portanto, devido à relevância jurídica, política, social ou econômica da causa, é atribuição primordial do STF analisar a constitucionalidade da norma impugnada por meio do recurso extraordinário (AMORIM, 2010).

3.2 Da concretização do controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade

É bem verdade que no controle concentrado de constitucionalidade é vedada a participação de terceiros, como pode ser observado nos artigos 7º e 18º da Lei nº 9868/99, em que é defesa a participação de terceiros nas ações diretas de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. A mesma situação ocorre com as demais formas de controle concentrado, pois no controle concentrado não há uma pretensão resistida, mas apenas uma análise objetiva da conformidade da norma com o texto constitucional (AMORIM, 2010).

No entanto, ainda de acordo com Amorim (2010), é concebido como um elemento concretizador do controle abstrato a participação do *amicus curiae*, que não é propriamente um terceiro que ingressa no processo para se tornar parte¹⁶, e sim um auxiliar da Justiça que visa ajudar o Poder Judiciário prestando-lhe informações essenciais para o julgamento da ação. O *amicus curiae* é o amigo da Corte que se manifesta no processo para aprimorar a decisão a ser proferida.

É também uma característica marcadamente das decisões no controle difuso, o efeito temporal *ex nunc*, em que a decisão só produz efeitos a partir do momento em que é proferida, não retroagindo ao momento de criação da norma, como é o caso que ocorre no controle concentrado, que, em regra, possui efeito temporal *ex tunc*. Contudo, não é exclusividade do controle difuso a atribuição de efeito *ex nunc* às suas decisões, podendo o STF modular efeitos temporais da decisão em sede de controle concentrado (AGRA, 2008).

A modulação dos efeitos temporais da decisão consiste na possibilidade do STF, visando atender à segurança jurídica e ao interesse social, conferir efeito *ex nunc* ou pro futuro às suas decisões. Assim, a norma pode ser declarada

¹⁶ Há ainda uma minoria doutrinária que defende que a participação do *amicus curiae* é uma forma de intervenção de terceiro especial, já que ele ingressa no processo para discutir matéria constitucional controvertida, possuindo legitimidade extraordinária para estar em juízo.

inconstitucional, mas continuará a produzir seus efeitos até um momento definido no futuro, desde que para isso, a modulação seja aprovada pela maioria de dois terços dos ministros do STF (MEYER, 2008). De acordo com o artigo 27, da Lei 9.868/99:

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 direitos 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 (BRASIL, 1999, não paginado).

Até antes de 1999, predominava um entendimento clássico de que pelo fato do controle concentrado não dispor sobre interesses contrapostos, se tratando apenas de um processo objetivo, não haveria razões para que houvesse uma fase instrutória nessa forma de controle. Contudo, a lei 9.869 tratou de desmistificar essa concepção, pois prevê a possibilidade de existir audiências públicas nas ações diretas de inconstitucionalidade (COSTA, 2011).

Para Costa (2011 a.), a audiência pública, embora muito se distinga do procedimento instrutório nos processos subjetivos do controle difuso, é um elemento concretizador do controle abstrato, já que visa reunir um quantitativo maior de informações que influenciam o convencimento do magistrado e o auxilia a tomar uma decisão que melhor se aplique a análise de constitucionalidade. Conforme o artigo 9, da Lei 9.868/99, as audiências públicas são reguladas desta forma:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator (BRASIL, 1999, não paginado).

4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS DECISÕES DO STF

4.1 Surgimento do debate acerca da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

Conforme elucidado no capítulo anterior, é cediço que o sistema misto de controle de constitucionalidade, adotado no Brasil, abre margem para interferência das características do controle concentrado no controle difuso. Assim, será objeto primordial deste capítulo abordar o fenômeno da *abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*, termo este criado como fruto dos estudos de Fredie Didier sobre o assunto.

A abstrativização do controle difuso terá enfoque principal nas decisões proferidas pela Corte Suprema, onde há grande espaço para discussão, levando em consideração que muitos pontos relevantes não se encontram pacificados na jurisprudência e na doutrina. Além de ser um tema muito perquirido, a análise da abstrativização do controle difuso é um assunto atual, com decisões e posicionamentos recentes de grandes juristas.

Inicialmente, insta observar como se deu o surgimento do debate sobre o sincretismo das características do controle concentrado no controle difuso de constitucionalidade. Portanto, para melhor compreensão da discussão, nada mais salutar do que entender os fatos que lhe deram ensejo, que são basicamente dois: a criação da Emenda Constitucional nº45/2004 e a formulação da Reclamação 4335/AC.

4.1.1 Emenda Constitucional nº 45

A criação da emenda constitucional nº 45/2004 veio a confirmar a tendência de abstrativização do controle difuso. Através desta emenda, incorporaram-se ao ordenamento jurídico as súmulas vinculantes e o requisito da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário. As duas novidades do ordenamento trouxeram inúmeras consequências jurídicas, mas principalmente na atuação do Supremo Tribunal Federal (AMORIM, 2010).

A súmula vinculante somente poderá ser editada pelo STF¹⁷ e vinculará a Administração Pública Direta ou Indireta e os órgãos do Poder Judiciário¹⁸, desde que cumpra alguns requisitos cumulativos. Tais requisitos são: que a matéria a ser sumulada seja uma matéria constitucionalmente sedimentada; que a matéria esteja sendo controvertida judicial ou administrativamente; e o quórum de dois terços dos ministros do STF para aprovação, revisão ou cancelamento da súmula (LEAL, 2014).

Desta forma, o STF poderá atribuir efeito vinculante e *erga omnes* a uma matéria, sem que para isso tenha proferido decisão em um processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade. Por isso, nota-se a influência das características dos efeitos decisórios do STF em sede de controle concentrado através da súmula vinculante (NEVES, 2007).

No que concerne à repercussão geral, entende-se ser um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário pelo STF. Essa inovação foi uma tentativa de filtrar os recursos levados ao poder Judiciário e diminuir o quantitativo de processos no STF. Nas palavras de Leal (2014, p. 222):

A finalidade do instituto é a de delimitar a competência do Tribunal, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam aos interesses subjetivos da causa. Visa também uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que a Corte decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

O instituto da repercussão geral requer, no entanto, que seja comprovada a relevância social, política, econômica ou jurídica da causa, demonstrando-se a transcendência dos interesses subjetivos das partes em determinada questão constitucional. Sendo assim, mais um elemento caracterizador da abstrativização do controle difuso.

4.1.2 Reclamação 4335/AC

A Lei nº 8.072/90, no art. 2º, § 1º, vedava a progressão de regimes aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo a pena ser cumprida em regime integralmente fechado. Em vista dessa situação, o STF julgou no ano de

¹⁷ Apesar de ser editada pelo STF, a súmula poderá ser provocada pelos mesmos legitimados para propositura das ações do controle concentrado, pelo defensor público-geral da União e por todos os Tribunais brasileiros.

¹⁸ A súmula vinculante não tem o condão de vincular o Poder Legislativo.

2006 o Habeas Corpus 82.959/SP impetrado em favor de apenas um condenado, decidindo que a vedação da progressão de regime é inconstitucional por dois aspectos: a norma violava o princípio constitucional da individualização da pena, onde a pena deveria ser aplicada de acordo com o caso concreto; e impedia a ressocialização do preso (CAVALCANTE, 2014).

O STF, portanto, através de um caso concreto, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 conferindo efeito *erga omnes* e vinculante à sua decisão, sem que para isso houvesse a atuação do Senado Federal editando resolução para conferir tais efeitos (CAVALCANTE, 2014).

Após a decisão do STF, Silva (208) cita que o juiz da vara de execuções penais de Rio Branco (AC) indeferiu o pedido de progressão de regime a um condenado, alegando que a Lei de Crimes Hediondos vedava a progressão de regime e que a eficácia da decisão do STF só teria efeito *erga omnes* se o Senado Federal suspendesse a execução do art. 2º, § 1º, de acordo com o previsto no art. 52, X, da Constituição Federal.

Dessa forma, a Defensoria Pública da União ajuizou a Reclamação 4335/AC em defesa do réu, argumentando que a decisão do juiz da vara de execuções penais violava a autoridade da decisão do STF, que possui efeito *erga omnes* mesmo que em sede de controle difuso de inconstitucionalidade. Defendendo que o papel do Senado Federal, atualmente, é de tão somente dar publicidade às decisões do STF e não de suspender a execução de uma norma, tendo havido a mutação constitucional do entendimento do art. 52, X, da CRFB/88 (SILVA, 2008).

A análise do julgamento do STF desta reclamação ainda será analisada no decorrer do capítulo, apontando a forma como os ministros decidiram e o posicionamento que se extrai desse julgamento a respeito da abstrativização do controle difuso. No entanto, insta observar que, em 2009, o STF editou a súmula vinculante 26 permitindo a progressão de regime, mesmo para os crimes hediondos, momento este posterior ao julgamento do HC 82.959/SP e ao ajuizamento da Reclamação 4335/AC, o que nada interfere na discussão da questão.

4.2 Atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade

O Senado Federal possui um papel de suma importância no controle de constitucionalidade, mais precisamente no controle difuso¹⁹. O art. 52, X, da Constituição Federal prevê que o Senado Federal possui competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF por decisão definitiva, seja no todo ou em parte (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Em que pese no art. 52, X, da CRFB/88 constar expressamente que compete ao Senado suspender a execução da lei, há de se fazer uma interpretação extensiva para compreender que não somente a lei será objeto de suspensão, mas como também todo ato normativo declarado inconstitucional pelo STF. Além disso, esse ato político do Senado não possui o condão de realizar controle de constitucionalidade algum, mas de apenas conferir, por meio de resolução, efeito genérico às decisões do STF no controle difuso, que em regra possuem efeito inter partes (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Por conseguinte, o Senado Federal confere ao controle difuso uma característica típica do controle concentrado, onde este último, o Senado, não precisa atuar, tendo em vista que as decisões do STF já são carregadas de efeito *erga omnes*. Desse modo, verifica-se a presença da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, e, atualmente, a discussão vai mais além. Poderia o STF atribuir efeito *erga omnes* em sede de controle difuso, mesmo não havendo resolução do Senado?

4.2.1 Edição de resolução pelo Senado: ato vinculado X ato discricionário

A suspensão da execução da lei ou ato normativo²⁰ declarado inconstitucional é feita por meio de resolução do Senado Federal, que possuirá efeitos *erga omnes* e, em regra, efeito *ex nunc*. No entanto, uma vez editada resolução do Senado para esses fins, tal ato não será passível de revogação, pois o

¹⁹ O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade foi introduzido no direito brasileiro desde a Constituição de 1934, com o fim de sanar a falta de efetividade das decisões do STF e diminuir o número de ações judiciais propostas em casos parecidos.

²⁰ O Senado poderá suspender a execução de lei ou ato normativo advindo de qualquer esfera, seja ela da esfera federal, estadual ou municipal; tendo em vista que, o Senado é um órgão da federação que não representa apenas os interesses da União, mas de todo o Estado brasileiro (NOVELINO, 2008).

entendimento do STF é de que a competência de atuação do Senado se esgota no momento de deliberação pela suspensão da execução do ato considerado inconstitucional (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Ainda nessa seara, discute-se se a resolução do Senado é um ato vinculado ou discricionário, ou seja, este estaria obrigado ou não a editar resolução quando o STF o comunicasse a respeito da decisão declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. O entendimento dominante é que, o STF só comunica se quiser e quando quiser ao Senado, o qual também terá discricionariedade para editar ou não a resolução, independentemente de prazo, mas desde que tenha sido comunicado pelo STF (NOVELINO, 2008).

Para Cunha Júnior (2012), apesar de essa visão ser predominante, é válido considerar os argumentos daqueles que consideram como um ato vinculado a atuação do Senado na edição de resolução, quando comunicado pelo STF. Com efeito, Lúcio Bittencourt, Manoel Gonçalves Ferreira, Alfredo Buzaid, entre outros, entendem ser competência vinculada do Senado, que tem o dever jurídico-constitucional de suspender a execução da lei ou ato normativo, em vista da função obrigatória em prevenir quantidades excessivas de ações judiciais com o mesmo teor e evitar a existência de decisões judiciais conflitantes.

4.2.2 A mutação constitucional e o art. 52, X, da Constituição Federal

Como já elucidado, o art. 52, X, da CRFB/88 é o dispositivo legal que prevê a atuação do Senado Federal na suspensão da execução da lei ou ato normativo, atribuindo-se efeito *erga omnes* à uma decisão do STF que, a princípio, teria apenas efeito inter partes devido à natureza do controle de constitucionalidade ser de controle difuso.

Ora, o que se discute a respeito desse dispositivo legal é se haveria ocorrido uma mutação constitucional e qual seria a real função do Senado ao editar uma resolução suspendendo a execução de uma norma. Para tanto, faz-se mister entender no que consiste a mutação constitucional e quais consequências podem ser identificadas, quando verificada a sua ocorrência incidindo no art. 52, X, CF.

O processo de alteração da Constituição Federal não ocorre apenas através das emendas constitucionais, uma vez que além desse modo de alteração chamado de mecanismo formal de alteração do texto constitucional, existem outros

meios, entre eles, a mutação constitucional. A mutação constitucional, conhecida como processo informal de alteração da Constituição, modifica o conteúdo do dispositivo constitucional, mas não modifica o seu texto expresso (PEDRA, 2013).

Corroborando com esse conceito, segundo Camarão (2014, p. 36):

A mutação ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição sem alteração de seu texto. Altera-se o sentido da norma constitucional sem a modificação das palavras que a expressam. Esta mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume constitucional, ou, como é mais comum, pela via interpretativa.

Assim, a questão principal reside na possibilidade de ocorrer uma reinterpretção do art. 52, X, da CRFB/88, sem que para isso exista alteração do texto expresso. Segundo Mendes (2012), um dos principais defensores da mutação constitucional de tal artigo, a competência do Senado Federal consiste meramente em dar publicidade à decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade de uma norma. Desse modo:

[...] a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, 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 [...] (MENDES, 2012, p. 762).

Portanto, nessa visão, o Senado Federal não teria competência para atribuir efeito *erga omnes* a uma decisão do STF em sede de controle difuso, o que de fato comprova a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Pois, dessa forma, o STF, mesmo no controle difuso, possui competência para atribuir efeito *erga omnes* às suas decisões, característica essa, típica do controle abstrato (STRECK, 2007).

Na Reclamação 4335/AC, cujo objeto era a análise da vedação da progressão de regime aos crimes hediondos e se o STF poderia atribuir efeito *erga omnes* em meio ao controle difuso²¹, ainda foi questionada a possibilidade de ter ocorrido a mutação constitucional do art. 52. No entanto, o ministro Teori Zavasky²² salientou em seu voto que, apesar da previsão da competência senatorial presente no art. 52, X, da Constituição, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em um processo subjetivo (BRASIL, 2014).

²¹ Vide seção 4.1.2.

²² O entendimento do ministro foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello.

Desta feita, analisando detidamente a Reclamação 4.335, a maioria dos ministros em seus votos limitou-se a reforçar a eficácia expansiva das decisões do STF, não entrando no exame de ter ocorrido ou não a mutação constitucional da competência do Senado Federal. Contudo, tais manifestações não refutam a tese da abstrativização do controle difuso, muito pelo contrário, já que as decisões do STF são dotadas de efeito expansivo por si só, sem depender da atuação do Senado.

4.3 O Recurso Extraordinário e a objetivação do controle difuso

A partir da criação da Emenda Constitucional nº 45, que instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o STF passou a examinar a constitucionalidade da matéria objeto do recurso, devido a sua relevância social, política, econômica ou jurídica. Portanto, há uma transcendência do interesse subjetivo das partes, onde se prima pela defesa da ordem constitucional.

O art. 102, III, da Constituição indica as hipóteses de julgamento mediante recurso extraordinário, e será verificada quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. E, se, além de verificada a ocorrência de alguma dessas hipóteses, for comprovado o requisito da repercussão geral, o STF fará a análise da lei em tese para constatar a sua constitucionalidade (BRASIL, 1988).

No entanto, muito antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2008 ter inserido no ordenamento jurídico brasileiro as súmulas vinculantes e a repercussão geral nos recursos extraordinários, o Supremo já realizava o juízo de validade das normas, ainda que esta fosse dispensável para resolução da lide. Assim, a atuação do STF para declaração de inconstitucionalidade de uma norma não se restringe à análise da causa de pedir da petição (MENDES, 2012).

4.3.1 Da causa de pedir aberta

O Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso ou no controle concentrado, não fica adstrito à causa de pedir que motiva a provocação do

respectivo órgão jurisdicional. A competência do STF, acima de tudo, é resguardar a Constituição, e, possui o dever de agir quando houver a inobservância de leis ou princípios constitucionais. É um dever institucional do Supremo (MENDES, 2012).

No item 2.3.4 da presente pesquisa monográfica, ao tratar das formas peculiares de declaração de inconstitucionalidade, citou-se a inconstitucionalidade por arrastamento ou reverberação, que muito guarda relação com a declaração de inconstitucionalidade daquilo que não é objeto do controle de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade por arrastamento consiste na declaração de inconstitucionalidade, de forma exclusiva no controle concentrado, pelo STF, quando uma norma inconstitucional, que não é objeto do controle de constitucionalidade, guardar correlação com este. Assim, o STF pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma, que nem sequer era uma questão incidental no processo (MENDONÇA, 2007).

No mesmo sentido, Mendes (2012) reforça essa atuação do STF, no julgamento do RE 102.553²³, cujo objeto de apreciação era uma resolução do Senado Federal que versava sobre alíquota de ICMS. Neste julgado, o STF conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, contudo declarou a inconstitucionalidade da resolução do Senado. Portanto, ainda que não fosse de interesse do recorrente, a Corte examinou a (in) constitucionalidade de outra norma (resolução).

4.3.2 A repercussão geral e sua análise incidental por amostragem

Como já relatado, a EC 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição, dispondo sobre a necessidade de comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários. A lei federal nº 11/418/2006 regulamentou esse requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, além de outra inovação, o chamado “incidente de análise da repercussão geral por amostragem” acrescentado por meio do art. 543-B do Código de Processo Civil (DIDIER, 2007).

Quando houver multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral ficará a cargo do regulamentado no Regimento Interno do STF, observadas as disposições

²³ Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 13 de fevereiro de 1987.

presentes no art. 543-B do CPC. De acordo com o § 1º do referido artigo, caberá ao Tribunal *ad quo* selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até a análise da existência de repercussão geral pela Corte (BRASIL, 1973).

O STF ao analisar os recursos com fundamentação idêntica e negar-lhes a existência de repercussão geral por ausência de relevância social, política, econômica ou jurídica, todos os demais recursos que ficaram sobrestados no Tribunal *ad quo* também reputar-se-ão como não admitidos. Portanto, o STF julga um ou mais recurso(s) extraordinário(s) que envolva(m) a mesma questão de direito, e, caso, não o(s) admita(m) por ausência de repercussão geral, todos os outros sobrestados não serão conhecidos (DIDIER, 2007).

Contudo, se o STF admitir o recurso extraordinário²⁴ e analisar o mérito deste recurso-modelo, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (art. 543-B, CPC). Por isso, permite-se o juízo de retratação do órgão *ad quo*, tendo em vista que a decisão tomada pelo STF analisou o recurso extraordinário de forma abstrata, de modo a resolver o problema em tese e criar um novo precedente judicial (DIDIER, 2007).

De acordo com o art. 543-B, § 4º, do CPC, caso não seja realizado o juízo de retratação pelo órgão *ad quo* e mantiver a decisão, poderá o STF, nos termos do seu Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (BRASIL, 1973).

Assim, o incidente de análise da repercussão geral configura uma forma de julgamento por amostragem, na qual o julgamento do STF origina uma norma jurídica de caráter geral influenciadora dos casos com a mesma *ratio decidendi*, qual seja, análise da repercussão geral. Esse instituto é um procedimento de caráter objetivo e de grande interesse público, portanto, é mais uma característica relevante da existência do fenômeno da abstrativização do controle difuso, já que analisa a controvérsia abstratamente e influencia nas decisões dos demais Tribunais.

Devido aos efeitos do julgamento por amostragem, é indispensável a participação de todos os interessados, diga-se, do *amicus curiae*, para que haja um

²⁴ O STF admitirá o recurso extraordinário se verificar a existência de repercussão geral, cabendo-lhe, agora, analisar o mérito do recurso extraordinário.

aprimoramento da análise da repercussão geral, antes do julgamento de admissibilidade do STF.

4.4 Requisitos essenciais para abstrativização do controle difuso nas decisões do Supremo Tribunal Federal

Durante o transcorrer desse trabalho monográfico, a todo o momento foram citados elementos que caracterizam a integração das características do controle concentrado ao controle difuso, como por exemplo, a repercussão geral e as súmulas vinculantes introduzidas pela EC nº45, a intervenção do *amicus curiae*, a modulação dos efeitos temporais das decisões do STF, entre outros elementos. De mais a mais, vai se dar destaque aos requisitos essenciais caracterizadores desse fenômeno da abstrativização do controle difuso.

Como explica Camarão (2014, p. 47), são necessários três requisitos para caracterização da abstrativização do controle difuso, quais sejam:

- 1) que a decisão tenha sido tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal; 2) que a decisão tenha sido tomada pelo voto de 2/3 ou mais dos ministros do Supremo Tribunal Federal; 3) que a lei tenha sido discutida em tese e não apenas aplicada ao caso concreto.

O primeiro requisito indica que para haver a abstrativização ou objetivação, o controle difuso de constitucionalidade somente poderá ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, já que este órgão julgador não estará à disposição apenas para resolver o litígio de interesse das partes, mas como também de preservar a ordem constitucional.

O segundo requisito, que está intrinsecamente ligado ao primeiro, requer o quórum de 2/3 ou mais dos votos dos ministros do STF para que a decisão possa ter efeito *erga omnes* e vinculante. É cediço que o princípio da reserva de plenário, cuja declaração de inconstitucionalidade depende dos votos da maioria absoluta dos componentes do órgão jurisdicional, também se observa no controle difuso de constitucionalidade realizado por qualquer outro Tribunal. Portanto, não haveria razão de ser diferente no STF.

O terceiro e último requisito, sinaliza para a necessidade de o controle difuso conter uma das principais características do controle concentrado: a análise da lei em tese. Analisar a lei em tese significa, em outras palavras, que a lei tenha sido discutida como norma geral, e não simplesmente como norma individualizada

que guarda melhor aplicação ao caso concreto. Por isso, quando no controle difuso houver uma transcendência dos interesses subjetivos, a lei deverá ser analisada de forma abstrata, já que o interesse em jogo não é somente das partes dentro do processo.

Dessa forma, o controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, obtido o voto de 2/3 dos ministros e analisando a lei em tese, guardará os mesmos efeitos decisórios do controle concentrado, ou seja, a decisão terá efeito *erga omnes* e vinculante, ainda que o Senado Federal não tenha atuado conferindo tais efeitos. Tendo em vista, inclusive, o tema tratado no que diz respeito à mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal.

4.4.1 A influência do instituto norte-americano do *stare decision* no direito brasileiro

O *stare decision* é um instituto de origem norte-americana que possui alguns pontos em comum com a eficácia *erga omnes* e vinculante conferida às decisões do Supremo Tribunal Federal. Conforme a doutrina do *stare decision*, os órgãos judiciais devem dar o devido peso ao precedente judicial, valendo-se de duas acepções: sentido horizontal e sentido vertical (CAMARÃO, 2014).

O sentido horizontal do *stare decision* impõe respeito aos precedentes produzidos internamente pelo próprio Tribunal. Já no sentido vertical, também chamado de *binding effect*, o precedente vincula não apenas o Poder Judiciário, como também a Administração Pública (NOVELINO, 2008).

Diante dessa premissa, a influência do *stare decision* não é verificada apenas no controle concentrado, mas em todos os elementos identificadores da abstrativização do controle difuso. Tal condição decorre do fato de que não somente no controle concentrado possam existir efeitos *erga omnes* e vinculantes nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Passa-se, então à análise de algumas dessas situações.

Em sede de controle difuso, o Senado Federal editando resolução poderá atribuir efeito *erga omnes* e vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal. O mesmo ocorre quando a Suprema Corte edita uma súmula vinculante, vinculando, dessa forma, o Poder Judiciário e a Administração Pública ao precedente consolidado. O exame da repercussão geral nos recursos extraordinários faz com

que o Supremo analise a lei em abstrato e atribua os mesmos já citados à sua decisão.

Portanto, a mais importante influência do *stare decision* no direito brasileiro, seja no sentido vertical, ou seja, no sentido horizontal, é vincular os precedentes judiciais retirados das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado; e, até mesmo, vincular os precedentes de decisões diversas das proferidas no controle concentrado, desde que cumpridos os requisitos essenciais caracterizadores da abstrativização do controle difuso.

4.3.2 Transcendência dos motivos determinantes das decisões do Supremo Tribunal Federal

É cediço que a sentença é composta por três elementos: relatório, fundamentação e dispositivo. O relatório é a parte da sentença em que são narrados os fatos principais que possuem relevância para o direito. Na fundamentação, o juiz ou Tribunal enfrenta todas as questões incidentes relevantes para o julgamento, podendo analisar questões de direito e de fato, sob pena de nulidade da decisão. Já na parte dispositiva, o juiz ou Tribunal analisa a questão principal que motivou a atuação do Judiciário, caso contrário a decisão será inexistente.

Para Didier (2007), segundo a teoria da sentença como norma jurídica, a fundamentação da sentença contém a norma jurídica geral individualizada, ou seja, uma norma produzida pela jurisdição a partir de um caso concreto e serve como modelo para solução de casos futuros semelhantes, extraindo-se daqui, o precedente²⁵. Ainda de acordo com a mesma teoria, a parte dispositiva da sentença contém uma norma jurídica individualizada, que toma como base a norma jurídica geral para solucionar a lide e está passível de fazer coisa julgada.

Então, para a teoria da transcendência dos motivos determinantes, não só a parte dispositiva da decisão possui efeito vinculante, mas também os motivos determinantes que levaram a determinada conclusão traduzida na parte dispositiva,

²⁵ O *distinguishing* é o nome do instituto pelo qual se analisa o precedente cabível a um determinado caso concreto, ou seja, a norma jurídica geral de um caso concreto aplicável a um caso concreto semelhante.

a chamada razão de decidir (*rationes decidendi*)²⁶. No entanto, nem tudo que está na fundamentação da decisão é considerada como *ratio decidendi* e, por isso, não é correto afirmar que toda a fundamentação produz efeito vinculante (BERNARDES, 2007).

A fundamentação da decisão pode abranger a *ratio decidendi* e o *obiter dicta*, esse segundo consiste em todos os argumentos levantados na fundamentação que reforçam a razão de decidir, porém são desprovidos de motivação suficiente para que, autonomamente, sejam determinantes no conteúdo da parte dispositiva. Desse modo, o *obiter dicta* não possui força vinculante, apesar de estar contido na fundamentação (BERNARDES, 2007).

Para Bulos (2011, p. 341), a teoria da transcendência dos motivos determinantes, explicitada há pouco, não é uma teoria exclusiva do controle concentrado, sendo na realidade “um aporte à aplicação da tese de mitigação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade em casos específicos e determinados”. Assim, a teoria da transcendência é mais um elemento que objetiva o controle difuso, atribuindo-se efeito vinculante à parte dispositiva da decisão e à *ratio decidendi* dos julgados²⁷.

4.5 O desfecho da Reclamação 4.335/AC e análise crítica da abstrativização do controle difuso

Logo na subseção 4.1.1 da presente pesquisa foi feita uma abordagem inicial da Reclamação 4.335/AC. Naquele momento, falava-se sobre a influência desta reclamação no surgimento do debate no que diz respeito ao fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Para fins de revisão, a Reclamação 4.335/AC foi formulada pela Defensoria Pública do Acre na defesa de réu que teve sua progressão de regime vedada pelo juiz da vara de execuções penais de Rio Branco (AC), argumentando que a Lei de Crimes Hediondos veda tal progressão de regime aos condenados em crimes hediondos ou equiparados. Além disso, o juiz de 1º grau entendeu que

²⁶ Dado seu efeito vinculante, os precedentes só podem ser revogados quando existir um motivo que justifique tal alteração, que, em regra, terá efeito *ex nunc*. A esse fenômeno chamamos de *overruling*.

²⁷ Contudo, frisa-se novamente que, a teoria da transcendência só terá aplicação nas decisões do controle difuso, caso seja verificado o cumprimento de todos os requisitos caracterizadores da abstrativização do controle difuso.

o julgamento do Supremo Tribunal Federal no HC 82959/SP somente teria eficácia *erga omnes* se o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo do art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos, e, portanto, não estaria vinculado à decisão do Supremo nesse Habeas Corpus.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, julgou procedente a Reclamação por entender desrespeitada a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no HC 82959/SP, onde o STF já havia declarado a inconstitucionalidade art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) e o papel do Senado Federal se resumiria a dar publicidade a essa decisão. Tal posicionamento do ministro foi acompanhado por Eros Grau, no entanto, o ministro Ricardo Lewandowski, ao pedir vista do processo, acabou por suspendê-lo e prorrogando, assim, seu julgamento para o ano de 2014.

Contudo, após a decisão no HC 82.959/SP e depois de ajuizada a Reclamação 4.335/AC, o Supremo Tribunal Federal editou, em 2009, a súmula vinculante de nº 26 que permite a progressão de regimes em crimes hediondos. O que fez com que muitos ministros²⁸ ao julgarem a Reclamação 4.335, em 2014, a admitissem pelo fato da existência da súmula nº 26 e não por haver violação à autoridade das decisões do STF decorrentes do HC 82.959.

Já os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio julgaram inviável a Reclamação por considerar que a declaração de inconstitucionalidade no HC 82.959/SP possui apenas efeito inter partes, mas, de ofício, concediam habeas corpus para que os condenados por crimes hediondos tivessem seus pedidos de progressão de regime analisados, individualmente, pelo juiz da vara de Execuções Criminais (BRASIL, 2014).

Levando em consideração todos os votos dos ministros na Reclamação 4.335, percebe-se que o fenômeno da abstrativização do controle difuso por ocorrência da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, não foi muito bem acatada pelos ministros, a exceção de Gilmar Mendes e Eros Grau. Porém, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, julgaram pela procedência da Reclamação, em vista de outro elemento caracterizador da abstrativização, o efeito expansivo da súmula vinculante.

²⁸ Os ministros que admitiram a Reclamação pelo fato de existir súmula vinculante foram: Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello.

Dessa forma, mesmo em votos tão distintos, é inegável a existência de características do controle concentrado inseridas no controle difuso; seja pela mutação constitucional, seja através da súmula vinculante. O que é criticado, e com razão, ao fenômeno da abstrativização do controle difuso, é que há uma concentração muito grande de poder no STF, transformando-o em verdadeira “Corte Executiva” violadora do princípio da separação de poderes (BRASIL, 2014).

Portanto, para o ministro Teori Zavascki, uma interpretação mais restritiva e uma efetiva regulamentação corrigiria o problema da abstrativização e evitaria a atividade discricionária do Supremo Tribunal Federal (CAVALCANTE, 2014).

Por outro lado, Camarão (2014, p. 48) ao tratar do tema, levanta aspectos positivos da abstrativização do controle difuso, que solucionariam basicamente dois problemas:

o fato de que sempre que se quiser que uma determinada lei não seja aplicada a determinado caso, não haja necessidade de se ajuizar uma ação para que a lei seja considerada inconstitucional, o que oneraria em demasia o Poder Judiciário (seja pelo tempo, seja pelo gasto monetário propriamente dito); e 2) a possibilidade de divergência acerca da inconstitucionalidade de uma norma pelos vários juízes ou tribunais

Dessa maneira, dentre inúmeros aspectos positivos da aplicação da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, ganham destaque a economia e a celeridade processual²⁹, como também a uniformização de julgados sobre a mesma matéria. O STF, no papel de guardião da Constituição, passa a ter um efetivo meio de preservação dos dispositivos constitucionais quando flexibiliza a rígida barreira que separa o controle concentrado do controle difuso de constitucionalidade, levando em conta que sua finalidade precípua está em fazer um juízo de conformidade da norma com a Constituição e não a de se ater a meras formalidades que comprometam o exercício da sua função institucional.

Assim, diante todo o exposto, não há mais razões juridicamente relevantes que distingam os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, já que é cada vez mais comum que as características de um modelo se evidenciem no outro. Como comprovado, não apenas através da Reclamação Constitucional 4.335, mas ao longo de toda dissertação, as formas

²⁹ A economia e celeridade processual se deve ao fato de o número de ações judiciais com a mesma controvérsia jurídica ter diminuído de forma significativa.

de controle de constitucionalidade muitas vezes se confundem, sendo equivocado e até mesmo errado, em algumas hipóteses, classificar um controle como exclusivamente concentrado ou exclusivamente difuso. Por isso, o ideal é que se admita que um controle seja predominantemente concentrado ou difuso.

5 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade possui dois princípios norteadores que fundamentam a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro: o primeiro é o princípio da supremacia da Constituição e o segundo é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. De tal maneira, uma ação de controle de constitucionalidade visa a um só tempo preservar a Constituição Federal e declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos contrários ao dispositivo constitucional.

O sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é do tipo misto, abrangendo o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. O controle difuso, oriundo do sistema norte-americano, pode ser realizado por qualquer juízo ou Tribunal, através de um caso concreto e, via de regra, terá efeito apenas entre as partes do processo. O controle concentrado, influenciado pelo sistema europeu, só poderá ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da análise de uma norma em abstrato e, terá efeitos *erga omnes* e vinculante.

Para alguns, as características definidoras de cada um dos controles não devem ser confundidas, servindo como uma barreira intransponível evitando que um órgão jurisdicional se sobreponha a outro e usurpe sua competência. A confusão entre os controles seria, nessa perspectiva, uma violação ao princípio da separação de poderes.

No entanto, a presente pesquisa confrontou esses argumentos demonstrando os aspectos positivos da flexibilização dessa barreira, que muito já se observava na jurisprudência. Assim, não é possível negar que as características de um controle se evidenciem na outra forma de controle, pois o fenômeno existe e é mais comum do que se imagina.

Dentre as formas de sincretismo existentes, foi abordado, principalmente, o sincretismo relativo à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que nada mais é do que as influências do controle concentrado visualizadas no controle difuso. Esse propósito primordial ganha força devido à grande repercussão e debate que o tema traz no tocante à atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

De fato, o STF pode atribuir efeito vinculante e *erga omnes* nas suas decisões, quando se tratar de sua competência originária nas ações do controle

concentrado. Então, a discussão principal reside na possibilidade de este Tribunal conceder os mesmos efeitos quando diante de qualquer outra ação, que não do controle concentrado.

De acordo com o art. 52, X, da Constituição Federal, o STF poderá fazê-lo quando o Senado Federal edita resolução suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo considerado inconstitucional, atribuindo efeito *erga omnes* às suas decisões em meio ao controle difuso. Contudo, nesse caso, não há uma atuação de ofício do Supremo no sentido de dar ampla eficácia às suas decisões, sendo necessária a deliberação do Senado para que a torne possível.

A discussão vai mais além, principalmente quando analisada a Reclamação Constitucional 4335/AC, onde se questiona a possibilidade de o STF atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às suas decisões, mesmo que inexistir atuação do Senado para tal. Nesse julgado, a maioria dos ministros conheceu e julgou procedente a Reclamação, tendo como fundamento a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

De fato, nem todos os ministros defenderam a incidência da abstrativização do controle difuso pelo argumento de que o art. 52, X, da Constituição havia sofrido uma mutação constitucional, na qual o papel do Senado se resumiria a dar publicidade às decisões do STF, em sede de controle difuso. No entanto, aqueles que não se posicionaram a favor da mutação constitucional do referido artigo, defenderam a abstrativização segundo um outro viés, qual seja: a constatação do efeito expansivo das súmulas vinculantes.

É evidente que, como abordado acima, o STF não possui apenas um único mecanismo para analisar a lei de forma abstrata e atribuir os efeitos inerentes do controle concentrado, quando está diante de um processo objetivo. Para isso, a Corte Suprema dispõe também das súmulas vinculantes, cuja finalidade precípua é extinguir a controvérsia judicial ou administrativa que recai sobre matéria constitucional já sedimentada, desde que seja respeitado o quórum mínimo de dois terços para sua edição.

Além das súmulas vinculantes, a Emenda Constitucional nº 45 criou o requisito da repercussão geral para haver admissibilidade do recurso extraordinário. Desse modo, o STF analisa a constitucionalidade de uma lei em tese, através da relevância social, política, econômica ou jurídica da causa, demonstrando a

transcendência dos interesses subjetivos das partes em determinada questão constitucional.

Ademais, para que a abstrativização do controle difuso possa ser realizada, é necessário que sejam cumpridos três requisitos essenciais: que a decisão tenha sido tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal; que a decisão tenha sido tomada pelo voto de 2/3 ou mais dos ministros do Supremo Tribunal Federal; que a lei tenha sido discutida em tese e não apenas aplicada ao caso concreto.

Por fim, cumpridos os requisitos mínimos para a abstrativização, não há motivo suficiente que inviabilize o STF de proferir decisões com o intuito de sedimentar um entendimento a respeito da constitucionalidade de uma norma, e ainda, atribuir-lhe efeitos caracterizadores do controle concentrado, como por exemplo o efeito *erga omnes* e vinculante. Assim, a não ser para fins didáticos, não há mais razões juridicamente relevantes na distinção entre as formas de controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. São Paulo: JusPODIVM, 2008.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O amicus curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Brasília, DF: Athalia, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional**: controle de constitucionalidade. Juiz de Fora: JusPODIVM, 2007.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2076AC. Partes: Partido Social Liberal (PSL), Wladimir Sérgio Reale e Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, DF, 15 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário conclui julgamento sobre decisão que impediu progressão de regime**. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em: 1 out. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMARÃO, Felipe Costa. **A mudança de jurisprudência no (e pelo) Supremo Tribunal Federal desde 2008**: a necessidade de estabilização das decisões judiciais a partir da segurança jurídica e do direito como integridade. 2014. 150 f.

Dissertação (Mestrado em Direito e instituições do sistema de Justiça) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, Maranhão.

CAMARÃO, Felipe Costa. Inconstitucionalidade progressiva na visão do Supremo Tribunal Federal: uma técnica de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Cadernos UNDB: Estudos Jurídicos Interdisciplinares**, São Luís, n. 2, jan./dez. 2007.

CAMPOS, Roberto. **O século esquisito**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedinha, 2003.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **STF não admite a teoria da abstrativização do controle difuso e o art. 52, X, da CF/88 não sofreu mutação constitucional: entendendo a RCL 4335/AC**. 2014. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em: 28 set. 2014.

COSTA, Leonardo Honorato. Da sincretização dos controles de constitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 16, n. 2880, maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19157>>. Acesso em: 25 set. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIDIER, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. Juiz de Fora: JusPODIVM, 2007.

FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Jaruá, 2008.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Inconstitucionalidade por arrastamento ou por consequência. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. Juiz de Fora: JusPODIVM, 2007.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. São Paulo: JusPODIVM, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle de constitucionalidade das leis no Brasil**: filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **A problemática criminal no julgamento da Reclamação 4335 pelo Supremo Tribunal Federal**. 2008. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/458481/artigos-a-problematica-criminal-do-julgamento-da-reclamacao-4335-pelo-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 28 set. 2014.

STRECK, Lenio Luiz et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 12, n. 1498, ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 1 out. 2014.