® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no direito brasileiro

Leandro Alvarenga Miranda*

O controle de constitucionalidade trata-se da análise da adequação e compatibilidade entre um ato legislativo ou normativo à Constituição. Desta feita, todo ato que contrariar a lei fundamental de um país deve ser execrado do ordenamento jurídico, tendo em vista a supremacia constitucional sobre as demais normas infraconstitucionais, estando estas em um patamar inferior à Constituição, conforme brilhantemente defendido e demonstrado por Hans Kelsen, através do escalonamento de sua pirâmide jurídica.

É salutar, ao iniciar a análise do controle de constitucionalidade brasileira, tecer alguns comentários sobre a origem histórica e o desenvolvimento jurídico que embasaram a formação do atual regime de controle de constitucionalidade.

O movimento constitucionalista surgiu no final do século XVIII com as chamadas Revoluções Liberais, tendo como maiores expoentes de tais movimentos a França e os Estados Unidos. A partir de tais movimentos criou-se a idéia de uma constituição escrita, formal e dotada de supremacia.

Na tradição norte-americana criou-se a idéia de uma supremacia constitucional, bem como do garantismo judicial. Pregava-se nesta ideologia que a Constituição Federal dever-se-ia estar num patamar acima de toda ordem jurídica, ou seja, acima de todos os poderes constituídos, devendo o judiciário ser o garantidor desta supremacia, tendo em vista que este é um órgão mais neutro politicamente. Este sistema foi conhecido como controle constitucional Judicial-Repressivo.

Não obstante, a tradição francesa prega um forte conteúdo normativo à Constituição, posto que a Constituição da França não estabelece só regras constitucionais, mas também elucida um projeto de transformação política, tratando de abranger no texto constitucional os direitos sociais, esquecido pela norte-americana, recebendo a denominação de controle constitucional Político-Preventivo.

A Constituição brasileira utilizou-se dos dois sistemas de controle constitucionais, criando um sistema eclético ou híbrido, tendo em vista que adota o sistema Político-Preventivo através do controle constitucional exercido pelos poderes legislativo e executivo, controle este ocorrido antes da promulgação da norma, por sua vez, também adota o controle Judicial-Repressivo, após a promulgação da norma, que será efetuado pelo poder judiciário, como regra, através do controle concentrado (via direta) ou difuso (via de exceção).

Importante ressaltar que a Constituição Federal através do art. 49, V, preceituou que compete ao Congresso Nacional sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem seu poder regulamentar ou da delegação legislativa, bem com através do art. 62 da CF, que permite que o Congresso Nacional rejeite Medidas Provisórias que entender inconstitucional, ocorrendo assim formas excepcionais de controle de constitucionalidade repressivo pelo poder legislativo.

Conforme já elucidado, em regra, o controle constitucional repressivo é realizado pelo poder judiciário através do Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais existentes, ocorrendo à determinação da atuação direta ou não da corte máxima na origem do pedido de inconstitucionalidade, se este é objeto do pedido, ou apenas está contido na causa de pedir.

O Controle Direto de Constitucionalidade, ou denominado de via direta, possui o pedido de inconstitucionalidade em seu pedido, formando o julgamento desta ação coisa julgada material, com efeito, vinculante e erga omnes.

Já o Controle Indireto de Constitucionalidade, também denominado difuso ou pela via de exceção, ocorre quando a inconstitucionalidade pretendida não está no pedido, mas sim a causa de pedir. Desta feita, após ser julgada a presente ação, as questões acerca da inconstitucionalidade suscitada poderão ser alteradas

posteriormente ao transito em julgado, pois estão expostas na fundamentação da decisão proferida (sentença/acórdão), tendo em vista que somente o dispositivo faz coisa julgada material, devendo ser aplicável tão somente inter partes, diante da ausência de participação social e em prol da segurança jurídica.

Diante destas considerações ilustradas há uma grande discussão na doutrina brasileira acerca do tema, tendo em vista aplicabilidade erga omnes do controle difuso de constitucionalidade, denominado pelo Prof. Fredie Didier Jr. como "a abstrativização do controle de constitucionalidade concreto".

O Supremo Tribunal Federal já vem adotando esta postura de estender os efeitos da decisão proferida em casos de controle difuso de constitucionalidade, passando a ter tais decisões efeitos erga omnes, quando a inconstitucionalidade suscitada for apreciada pelo Pleno do Excelso Tribunal, entre as ocorrências de tal ampliação dos efeitos da decisão encontram-se o RE 376.852, onde consta menção expressa do ministro Gilmar Ferreira Mendes que o Recurso Extraordinário deve ser transformado em "remédio do controle abstrato de constitucionalidade".

Encontra-se nesta esteira o AI 375.011, no qual a Ministra Ellen Gracie dispensou o pré-questionamento no recurso por entender como função máxima do Supremo "a de último intérprete da Constituição Federal".

Com o advento da Emenda Constitucional de nº 45/2004, foi introduzido o instituto da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários, regulamentado pela Lei 11.418/06 e artigos 543-A e 543-B do CPC, tal instituto tem como objetivo restringir o acesso de recursos de natureza privada ao STF, tendo em vista a necessidade da corte constitucional julgar apenas casos de relevância social, desta feita não sendo demonstrada tal relevância o recurso interposto não será admitido.

Outra questão importante é a modulação dos efeitos da decisão em sede do controle de constitucionalidade prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, que já vem sendo aplicada ao controle de constitucionalidade difuso, sendo o maior expoente de tal decisão o HC 82.959/SP, que declarou inconstitucional o §1, do art. 2º da Lei 8.072/90 (Progressão de Regime em Crime Hediondo). Tal julgamento foi proferido em um caso concreto, tendo seus efeitos ampliados aos demais casos, posto que o que foi apreciado pelo Pleno não foram as questões particulares do

caso, mas sim a constitucionalidade do dispositivo legal. Outrossim, no mesmo julgamento foi reconhecido que tal decisão teria efeito exclusivamente "ex nunc", reconhecendo a legalidade das decisões anteriores, visando evitar uma enxurrada de ações indenizatórias contra o Estado.

Este caso está sendo utilizado como o paradigma da demonstração da utilização da teoria abstrativização do controle difuso pelo Supremo, reforçado tal posicionamento na Reclamação 4335/AC, em face de um juiz do Acre que afastou os efeitos da decisão do HC 82.959/SP, reconhecendo que sua aplicabilidade seria inter partes, tendo em vista que a decisão foi proferida em sede de controle difuso. A reclamação foi recebida pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, e refutada pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que apesar de entender pelo não cabimento da mesma, concederam de ofício o Habeas Corpus.

A discussão sobre a aplicabilidade do efeito erga omnes nas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade gira em torno do disposto no art. 52, X da Constituição Federal, tendo em vista que o dispositivo prevê que caberia exclusivamente ao Senado Federal a suspensão da execução de determinada lei inconstitucional.

Os defensores da teoria da abstrativização, como Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, defendem que não atribuir as decisões do Pleno do STF os efeitos erga omnes e vinculantes seria transformar o plenário do Supremo a mais uma instancia recursal, tolhendo sua função de guarda da Constituição Federal, bem como propõem a mutação da interpretação do disposto no art. 52, X da CF, que por sua vez deveria ser interpretado que caberia ao Senado apenas dar publicidade das decisões do Supremo, e não a suspensão da execução da lei, isto tendo em vista a necessidade de aproximação dos controles constitucionais difusos e abstratos e a utilização de um controle eclético no direto brasileiro.

Os críticos de tal teoria alegam que no controle difuso, não caberia a intervenção social através Amicus Curie, que legitima a decisão ser vinculante e erga omnes no controle de constitucionalidade abstrato, bem como não poder-se-ia reduzir a condição do Senado Federal a mero publicador da decisão proferida, tendo em vista que estaria retirando a participação democrática do controle de constitucionalidade.

É notório que a evolução jurídica e de seus institutos é fundamental no direito moderno, contudo não se podem extirpar as garantias constitucionais na tentativa de otimizar o devido processo legal, esquecendo os princípios básicos do direito.

A teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade concreto nada mais é que uma nova etapa de evolução no direito brasileiro que deve ser levada em frente, tendo em vista os grandes benefícios que poderá trazer ao judiciário brasileiro, o qual possui uma enormidade de Recursos que engessam a máquina jurídica. Contudo, devem-se buscar formas de participação social nas decisões do Pleno do Supremo referentes a processos individuais que possam gerar efeitos a sociedade, criando-se institutos próprios de interferência ou mesmo adaptando os já existentes, como o Amicus Curie. Essa atitude legitimaria de forma incontestável os efeitos erga omnes e vinculante das decisões do Excelso Tribunal.

Bibliografia:

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional - 2ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2008.

DIDIER JR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: Processo e Constituição, Estudos e Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado - 12ª Edição, Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional - 18ª Edição, Editora Atlas, 2007.

LIMA, Jonas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br - Acesso em 11.jun.2008.

MENDES, Anderson de Moraes. A abstrativização do controle de constitucionalidade concreto. Disponível em http://www.lfg.com.br - Acesso em 11.06.2008.

GOMES, Luiz Flávio. STF admite progressão de regime nos crimes hediondos. Revista Juristas, João Pessoa, a. III n.92, 19/09/2006. Disponível em www.lex.com.br - Acesso 15/06/2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites a legitimidade da jurisdição constitucional. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007Disponível em: www.jusnavegandi.com.br - Acesso em 17.jun.2008

*Advogado

Disponível http:// http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12941Acesso em: 15 de junho 2009.