UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDE: UMA PROPOSTA DE MUDANÇA.

Marcos Batista De Martino

Florianópolis, 2009.

Marcos Batista De Martino

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDE: UMA PROPOSTA DE MUDANÇA.

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora com objetivo de obtenção de grau de bacharel no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Dr. João dos Passos Martins Neto (Orientador)

Florianópolis, 2009.

Marcos Batista De Martino

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDE: UMA PROPOSTA DE MUDANÇA.

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora com objetivo de obtenção de grau de bacharel no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Dr. João dos Passos Martins Neto (Orientador)

_____

Professor Dr. João dos Passos Martins Neto
Universidade Federal de Santa Catarina

_____

Professor Dr. Samuel da Silva Mattos
Universidade Federal de Santa Catarina

_____

MSc. Daniel Lena Marchiori
Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 06 de Julho de 2009.

AGRADECIMENTOS

Agradeço minha mãe e meu pai por todo o esforço que fizeram ao longo da vida a fim de que pudesse ter uma formação humanista, solidária e atenta às realidades. Agradeço pela excelente qualidade de ensino que me forneceram, bem como um ambiente familiar carinhoso e aberto a discussões paritárias.

Agradeço a minha namorada pelo companheirismo e pelos belos momentos que compartilhamos durante nossos anos de graduação.

Agradeço ao Dr. Fábio Trajano pela oportunidade de atuar como seu estagiário na 29º Promotoria de Justiça da Capital, um dos gabinetes mais organizados e produtivos que já tive a honra de trabalhar. Ressalto o carinho especial que tenho pela equipe de Defesa do Consumidor composta pela Priscilla Remor, Caroline Bora, Graziela Vaughn e Ana Mara Hoffmann. Confesso que não imagino um melhor contato inicial com o Ministério Público.

Agradeço aos Procuradores da República Dr. Daniel Coimbra e Dr. Cláudio Cristani que muito me ensinaram durante minha permanência na Procuradoria da República de Mafra.

Agradeço ao Dr. Adriano dos Santos, Juiz Federal de Mafra, pelos ensinamentos compartilhados durante as inúmeras audiências que tive o prazer de assistir.

Agradeço ao Dr. Cerlso Tres, Procurador da República em Tubarão, pelas técnicas inovadoras que pude aprender trabalhando na Unidade de Tutela Coletiva.

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. João dos Passos Martins Neto pelo primeiro contato que tive com o Direito Constitucional.

Agradeço ao Dr. Paulo de Tarso Brandão, Procurador de Justiça, pela ajuda em visualizar uma conclusão para a idéia tema desta monografia.

Agradeço aos meus amigos Fernando Cascaes, Fernanda Pucci, Rodrigo Medeiros, Filipe Guerra, Cleber Machado, João Müller, Fábio Soares, Luiz Ricardo da Silva e Piero Albuquerque pelo simples fato de serem amigos.

RESUMO

O tema deste estudo monográfico, submetido à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito, diz respeito à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que consiste na aproximação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso àqueles que são próprios do controle concentrado. Recentemente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) vem concedendo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões finais do controle difuso, além disso, vem modulando os efeitos temporais dessas decisões, conferindo efeitos *ex tunc* ou até mesmo *pro futuro*. A objetivação do recurso extraordinário, o caso Mira Estrela e o caso da progressão de regime nos crimes hediondos são paradigmáticos para a abstrativização. Ressalte-se que a concessão de eficácia *erga omnes* de plano é típica do controle concentrado, já que a lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal – no controle difuso – só produzirá eficácia *erga omnes* após a resolução do Senado que suspenda sua execução. Além disso, a modulação dos efeitos temporais é prevista pela norma reguladora da fiscalização direta de constitucionalidade – a Lei 9.868/99. A tendência de abstrativização aqui defendida, não exige a supressão da participação do Senado, apenas adiciona o STF como co-legitimado em uma atribuição que já vem realizando. O Supremo abstrativizaria as questões de índole jurídica e deixaria a serviço do Senado as decisões de efeitos notadamente políticos. No intuito de defender a rigidez do ordenamento constitucional, o STF poderá – quando entender necessário – abstrativizar os efeitos dos julgados do controle difuso, desde que respeite o *quorum* de dois terços, pois se abstrativizar com *quorum* de maioria absoluta estaria burlando o instituto da súmula vinculante. Com o fito de garantir a segurança jurídica dessa nova tendência, sugere-se uma Emenda Constitucional que insira a abstrativização no ordenamento constitucional, escoimando, assim, qualquer dúvida sobre a sua legalidade

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Controle difuso. Controle concreto. Controle concentrado. Controle abstrato. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Objetivação do recurso extraordinário. Repercussão Geral. Súmula Vinculante. Caso Mira Estrela. Caso da progressão de regime nos crimes hediondos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **8**

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE **10**

1.1 A CONSTITUIÇÃO 10

1.2 CONCEITO E TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE 17

1.2.1 Total e parcial **18**

1.2.2 Formal e material **18**

1.2.3 Por ação e por omissão **20**

1.2.4 Originária e superveniente **21**

1.3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 22

1.3.1 Modelos estrangeiros de fiscalização de constitucionalidade **22**

1.3.1.1 Inglês ***22***

1.3.1.2 Francês ***24***

1.3.1.3 Americano ***25***

1.3.1.4 Austríaco ***27***

1.3.2 Modelo brasileiro **28**

2 CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO **30**

2.1 CONTROLE DIFUSO 30

2.1.1 Legitimidade ativa **32**

2.1.2 Espécies de ações judiciais **33**

2.1.3 Competência **35**

2.1.3.1 Reserva de plenário ***35***

2.1.3.2 Procedimento da declaração incidental ***36***

2.1.4 Recurso Extraordinário **37**

2.1.5 Efeitos da decisão **39**

2.1.6 Papel do Senado Federal **40**

2.2 CONTROLE CONCENTRADO 45

2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão **45**

2.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade **46**

2.2.3 Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental **46**

2.2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva **47**

2.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica **48**

2.2.6 Competência **49**
2.2.7 Legitimidade Ativa **50**
2.2.8 Objeto **52**
2.2.9 Parâmetro de Controle **53**
2.2.10 Processo e Julgamento **54**
2.2.11 Medida Cautelar **55**
2.2.12 Decisão Final **56**
2.2.13 Efeitos **56**
2.2.13.1 Eficácia erga omnes ***56***
2.2.13.2 Efeito ex tunc ***57***
2.2.13.3 Efeito repristinatório ***58***
2.2.13.4 Efeito vinculante ***59***
3 ABSTRATIVIZAÇÃO **61**
3.1 OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 63
3.2 CASO MIRA ESTRELA 70
3.3 CASO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS 75
3.4 CONDIÇÕES DE ABSTRATIVIZAÇÃO 80
CONCLUSÃO **83**

INTRODUÇÃO

Esta monografia intitulada "A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: uma proposta de mudança" busca analisar a moderna tendência de aproximação dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso/concreto àqueles que são próprios do controle concentrado/abstrato. Ocorre que recentemente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem concedido eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos julgados do controle difuso, bem como modulado seus efeitos temporais.

A motivação pelo tema deu-se em virtude do caráter pioneiro da teoria da abstrativização, uma vez que poucas obras abordam o tema, o que possibilita a exposição de teses ainda não debatidas. Além disso, a teoria é bastante polêmica, gerando divergências na comunidade jurídica e entre os próprios membros do Supremo Tribunal Federal.

O presente ensaio tem por objetivo, fundamentalmente, expor essa tendência de aproximação entre o controle de constitucionalidade difuso/concreto e o controle concentrado/abstrato de forma a ver garantida a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal emanadas de qualquer tipo de controle, desde que para isso sejam observados certos requisitos.

A primeira parte do estudo focar-se-á em criar uma base para o entendimento do controle de constitucionalidade. Expor-se-á os conceitos e classificações dos diferentes tipos de Constituição, os vários tipos de inconstitucionalidade e os modelos estrangeiros de fiscalização de constitucionalidade para que, no fim, possa ser melhor compreendido a origem do modelo misto adotado pelo Brasil.

Posteriormente, serão estudados os dois modelos de fiscalização de constitucionalidade que convivem simultaneamente no ordenamento brasileiro, o controle difuso e o controle concentrado. Serão analisadas as características, efeitos e distinções entre os dois tipos. Uma vez feito o estudo dos modelos e apontadas suas especificidades, será possível partir para a atual tendência que aproxima o controle difuso ao controle concentrado.

Finalmente, a tendência de abstrativização será posta sob escrutínio, pois serão examinadas as situações que comprovam a aproximação dos efeitos do controle difuso

àqueles do controle concentrado. Serão apreciados a questão da objetivação do recurso extraordinário, o caso Mira Estrela, o caso da progressão de regime nos crimes hediondos para no fim poder ser oferecida uma solução prática para a tendência de abstrativização.

Pretende-se, dessa forma, em um estudo que não deseja ser exaustivo, esquadrinhar os conceitos, definições e diferenciações do controle de constitucionalidade brasileiro a fim de que se aponte para um novo rumo a ser seguido, o da abstrativização do controle difuso.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 A CONSTITUIÇÃO

A palavra *constituição* possui uma multiplicidade de sentidos e para melhor compreendê-la deve-se primeiro conceituar suas variantes.

Esse vocábulo pode ser usado em várias situações que exprimem a mesma ideia "de modo de ser de alguma coisa e, por extensão, a de organização interna de seres e entidades. Nesse sentido é que se diz que todo Estado tem constituição, que é o simples modo se ser do Estado" (SILVA, 2005, p. 37). José Afonso elenca também que o vocábulo pode ser usado como significado de varias expressões, tais como o "conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa"; "temperamento, compleição do corpo humano"; "organização, formação"; "ato de estabelecer juridicamente algo, como a constituição de dote, de renda, de uma sociedade anônima", "conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição" bem como sinônimo de "a lei fundamental de um Estado".

Quando José Afonso da Silva postula que todo Estado tem uma constituição e esta é o modo de ser deste, é possível deduzir que, na realidade, é a Constituição quem funda e faz nascer o Estado.

O ensinamento de Paulo Bonavides (2005, p. 80) segue a linha das diferentes matizes da palavra *constituição,* segundo sua obra, a palavra Constituição abarca uma série de significados, desde a Constituição em sentido etimológico, que seria a essência das coisas, seu modo de ser - "até esse outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição *política*, isto é, a constituição do Estado".

Para José Afonso (2005, p. 37), a Constituição do Estado organizaria todos os seus elementos essenciais, seria um sistema de normas com o fito de regular a forma do Estado, Governo e seus órgãos, bem como os limites de sua ação, a fim de assegurar os direitos fundamentais do homem com todas as suas garantias inerentes. "Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado".

No livro Direito Constitucional, Canotilho (1993, p. 62) sustenta que

> com o triunfo do movimento constitucional, impôs-se também, nos primórdios do século XIX, o chamado *conceito ideal de constituição* (C. SCHMITT). Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados político-liberais, considerando-se como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o *princípio da divisão de poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser escrita.

Feita essa conceituação da palavra *constituição*, deve-se defini-la agora, sob diversos prismas.

Lassale (2001, p. 42) visualiza a Constituição de um ponto de vista sociológico: "a constituição real e efetiva de um país é, em síntese, a soma dos fatores reais do poder que regem esse país, enquanto a Constituição escrita é denominada de *folha de papel*".

Carl Schmitt (1928, apud SILVA, 2005, p. 38) empresta um sentido puramente político à Constituição, que seria a "decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política".

Konrad Hesse (1991) discorda de Lassale (2001), pois este visualiza a questão constitucional como uma simples e única questão de fatores reais de poder. Hesse, por outro lado, não os descarta, mas procura um meio termo entre os fatores reais de poder e uma vontade humana hábil a cumprir a Constituição (a *vontade de Constituição*), pois a Constituição não pode limitar-se a descrever os fatores de poder, deve transformar-se em força ativa.

> Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - , não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 19).

No entendimento de Hesse (1991), a Constituição normativa não é testada em tempos de paz e tranqüilidade. A prova de fogo da Constituição dá-se em momentos críticos, como em situações de emergência e necessidade. “Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 25). Dessa forma, o desafio é demonstrar durante o estado de necessidade a superioridade das normas sobre os fatos e não a submissão das leis à realidade.

A visão de Kelsen (2000) a respeito da Constituição é mais objetiva e pragmática, para o austríaco “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser uma outra norma” (KELSEN, 2000, p. 215). Assim, a norma que serve de fundamento para a criação de outra norma será considerada como superior, enquanto a derivada será inferior [...] A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as outras pertencentes a uma mesma ordem normativa, é o seu fundamento de validade comum.

O mestre de Viena (KELSEN, 2000, p. 221) vincula a ideia de norma fundamental a uma norma pressuposta, algo já dado como comum e tido por normal:

> se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas.

Em outro momento, ensina que

> a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar

> finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (KELSEN, 2000, p. 247).

Seguindo a idéia kelseniana do escalonamento das normas Cretella Júnior (2000, p. 18) vai no mesmo sentido ao sustentar que "a Constituição é a lei das leis, *suprema lex*. Pairando acima de todas as demais normas do Estado, o dispositivo constitucional impede que qualquer outro dispositivo, interno ou externo, o contrarie". Para o autor, a norma inconstitucional seria aquela que conflitasse com a norma inserida na Constituição.

Além da superioridade constitucional, defende a irradiação da Constituição para outras áreas do direito. Para ele "o conteúdo da Constituição diz respeito a normas que regem matérias pertinentes a todos os ramos do direito, pelo que se pode afirmar que esses ramos têm seus cabeçalhos – *têtes de châpitres* – nos dispositivos integrantes da Carta Política vigente" (CRETELA JÚNIOR, 2000, p. 18).

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2003, p. 3), também assumem que a Constituição é documento basilar do Estado, é aquilo que o constitui, possuindo a capacidade de regulamentar os elementos que estruturam o Estado, tais como o território, o governo, o povo e a finalidade. Não obstante, é inata a idéia de que a Constituição deve garantir as liberdades individuais, devendo "abrigar as normas definidoras dos direitos fundamentais do indivíduo, pena de desfiguração de sua própria razão de existir". Resumidamente, Araujo e Nunes Júnior (2003) entendem a Constituição como a organização dos elementos que constituem o Estado, definindo sua forma de estrutura, governo, funcionamento, modelo econômico, bem como os direitos e garantias individuais.

Paulo Bonavides (2005, p. 80) aponta que

> do ponto de vista *material*, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição [...] Debaixo desse aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por mais rudimentar que seja.

Por outro lado o autor, ressalva que existem matérias inseridas na Constituição que lá não deveriam estar, possuindo apenas a aparência *constitucional*. "Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, encertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política" (BONAVIDES, 2005, p. 81). Nesse caso, estar-se-ia diante do conceito *formal* de Constituição.

Além dos conceitos de Constituição material e formal, Bastos (2002) institui o sentido substancial, que seria definido pelo conteúdo de suas normas, independente do lugar onde esteja. Nesse sentido, visualizar-se-ia se a norma é constitucional examinando o seu teor. "Se regular um aspecto fundamental da comunidade política, indispensável à sua concepção ou à sua permanência, se tratar da distribuição do poder dentro da sociedade, se versar, enfim, sobre algo que, alterado, abalaria as próprias vigas mestras do ente político, será constitucional" (BASTOS, 2002, p. 62). Esse conceito apenas prospera em países que não possuem uma Constituição formal, no caso do Brasil, tal tese é inviável, pois o que importa é o conceito formal de Constituição, "eis que tudo que consta da constituição formal recebe o mesmo tratamento jurídico" (BASTOS, 2002, p. 62), independentemente de tratar de questões de Estado ou não.

Nesse contexto, é possível citar o infame § 2º do artigo 242 da Constituição, que afirma: "O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal". Muito embora tal parágrafo não consubstancie uma norma substancialmente constitucional, o texto é constitucional.

Cappelletti (1992) sente a Constituição como uma aproximação da justiça, uma positivação dos direitos naturais:

> A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico. Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como *absoluto* e *eterno* (e, portanto, *imóvel*) valor, a um jusnaturalismo *histórico*, direito natural vigente. A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à justiça. Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa – talvez impossível, talvez "faustiana", mas profundamente humana – de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de "definir", em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir – o

> *Absoluto*. A justiça constitucional é a garantia desta "definição"; mas também ao mesmo tempo, o instrumento para torná-la aceitável, adaptando-a às concretas exigências de um destino de perene mutabilidade (CAPPELLETTI, 1992, p. 130).

A fim de concluir a questão conceitual da Constituição, é de colossal importância a transcrição de uma das mais inatacáveis definições de Constituição. Para Orlando Bitar (1965, p. 1) "o Direito Constitucional é um sistema de normas que regulam a organização, o funcionamento e a proteção de um determinado Estado e os direitos e deveres fundamentais de seus jurisdicionados".

Inúmeros são os critérios adotados pelos doutrinadores de Direito Constitucional para classificar as diferentes espécies de Constituição. Na presente monografia serão explicadas apenas as definições tendentes a auxiliar na compreensão do controle de constitucionalidade das leis, que são as seguintes:

a) Quanto à forma:

- A Constituição **escrita** é um texto codificado, positivo e sistematizado em um único documento formal elaborado por determinado órgão competente. A Constituição escrita garante uma segurança jurídica muito maior aos cidadãos, uma vez que deixa público e notório quais são as suas normas, não abrindo espaço para dúvidas e conjeturas sobre seu real conteúdo.

Os primeiros exemplos de Constituições escritas são fornecidos pela Constituição Americana de 1787 e a Francesa de 1791.

- Não-escritas (inorgânicas, costumeiras ou consuetudinárias) são as Constituições que não são codificadas em um corpo textual único, são aquelas criadas pelos usos, costumes, práticas, tradições e jurisprudência. Alguns defendem que a Constituição não-escrita seria mais adequada, porquanto não se poderia resumir ou organizar todas as complexidades do Estado e da Sociedade em um único documento escrito.

Pela óptica do controle de constitucionalidade é dificultoso visualizar um instituto sólido de controle ante uma Constituição não-escrita, uma vez que seria extremamente complexo aferir com precisão e objetividade o parâmetro de controle da norma atacada. Cléve (2000, p. 28) aduz que a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos

demanda a satisfação de alguns pressupostos, como a existência de uma Constituição formal ou escrita.

A Inglaterra possui o exemplo clássico de Constituição não escrita, muito embora tal prática esteja em franco desuso na atualidade.

b) Quanto à estabilidade (mutabilidade ou plasticidade)

- São **imutáveis** as Constituições que não permitem qualquer forma de alteração, como a Lei das XII Tábuas e o Código de Hamurabi, segundo Bastos (2002, p. 71) "hoje em dia já se toma por absurdo que um Texto Constitucional se pretenda perpétuo, quando se sabe que é destinado a regular a vida de uma sociedade em contínua mutação". Algumas dessas Constituições possuem imutabilidade temporal, isto é, não podem ser modificadas durante um período determinado de tempo, como o caso da Constituição de 1824. Nas palavras de Novelino (2008, p.49) "**fixas** eram aquelas Constituições que não podiam ser modificadas senão pelo mesmo Poder Constituinte que as elaborou, quando convocado para isso. É o caso das Constituições francesas da época de Napoleão I". Assim como as Constituições imutáveis, as fixas possuem apenas valor histórico.

- As Constituições **rígidas** necessitam de um procedimento especial e solene muito mais complexo e dificultoso para a sua alteração. Pode-se oferecer como exemplo o artigo 60 da Constituição que estatui a necessidade de um quórum especial de três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação. Além disso, apenas o Presidente da República, um terço dos membros da Câmara ou do Senado e mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros podem propor emendas constitucionais. Diferentemente, a iniciativa das leis ordinárias e complementares cabe a qualquer parlamentar e será aprovada em turno único se obtiver maioria simples ou absoluta, respectivamente. Todas as Constituições brasileiras, com exceção a de 1824 (semirrígida) eram consideradas rígidas.

- Semirrígidas (ou semiflexíveis) situam-se entre as Constituições rígidas e as flexíveis, isso porque possuem partes que apenas podem ser alteradas por processo especial e partes que podem ser modificadas por simples processo ordinário, assim como as leis comuns. A Constituição do Império do Brasil de 1824 fazia tal diferenciação ao disciplinar em seu artigo 178 que "é constitucional só o que diz respeito aos limites e

atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias".

- Quando a Constituição pode ser livremente modificada pelo mesmo processo utilizado pelas leis ordinárias, ela é classificada de **flexível** (ou plástica). Nesse caso, não existirá hierarquia entre o texto constitucional e as leis ordinárias, ambas possuirão a mesma força normativa. Muito embora Constituição flexível não seja sinônimo de Constituição não-escrita, dificilmente se verá uma Constituição escrita e flexível. A Constituição Inglesa é considerada não-escrita e flexível.

Tal classificação é de suma importância para a fiscalização das normas, porquanto a rigidez constitucional é um dos pressupostos do controle de constitucionalidade. Perder-se-ia todo o escopo do controle se a Constituição pudesse ser alterada da mesma forma que as leis ordinárias. Se isso fosse possível, estar-se-ia relegando a Constituição ao mesmo plano das leis ordinárias, acabando por tolhê-la de sua supremacia. Desta feita, todas as normas estariam no mesmo plano, não sendo possível utilizar a Constituição como um parâmetro de controle superior.

Nesse mesmo sentido Cretella Jr (2000, p. 102) sustenta que o controle de constitucionalidade decorre diretamente da distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, bem como entre a diferença entre Poder Constituinte originário e derivado.

1.2 CONCEITO E TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Será inconstitucional a lei que contrariar o estatuído nas disposições constitucionais e que com elas forem incompatíveis. Nos casos de inconstitucionalidade haverá um ataque à supremacia e à hierarquia da Constituição, pois normas inferiores estarão em conflito com a norma ápice. Adiante serão analisados os exemplos mais paradigmáticos de inconstitucionalidade.

Para Bastos (2002, p. 626):

> A inconstitucionalidade de uma lei é, pois a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado a forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado.

As espécies de inconstitucionalidade podem dividir-se em total e parcial, formal e material, por ação e por omissão, bem como originária e superveniente, a seguir, ver-se-á cada uma delas:

1.2.1 Total e parcial

Enquanto a inconstitucionalidade total ataca o ato legislativo em sua inteireza, a inconstitucionalidade parcial afeta apenas uma parcela da lei. Na maioria dos casos, a inconstitucionalidade total decorre de um vício formal, ao passo que a parcial advém de um material.

Ao fiscalizar a constitucionalidade de um ato normativo, é possível parcelá-lo. "Assim, não deverá ser declarada a inconstitucionalidade total de uma lei (no sentido material ou formal) caso apenas parte dela esteja tomada por vício ou vícios propiciadores da ilegitimidade constitucional" (CLÈVE, 2000, p. 48). Dessa forma, será declarada inconstitucional apenas a parte da lei contrária à Constituição, subsistindo aquela parte que não a ofenda.

1.2.2 Formal e material

A lei padecerá de inconstitucionalidade formal quando for elaborada com

desatenção aos procedimentos legislativos corretos.

> Diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando elaborada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou quando segue procedimento diverso daquele fixado na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita). Pode, então, a inconstitucionalidade formal resultar de vício de elaboração ou de incompetência (CLÈVE, 2000, p. 39).

Será caso de inconstitucionalidade orgânica quando um Estado da Federação elaborar lei de matéria exclusiva à seara federal, por sua vez, a inconstitucionalidade propriamente dita poderá ocorrer por vício da iniciativa legislativa (projeito de lei complementar que visa a regular a organização do Ministério Público apresentado pelo presidente do Supremo, p. e.) ou por desrespeito aos trâmites legislativos - lei complementar votada com *quorum* simples.

> A definição de lei inconstitucional deve denotar não só a incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e constitucional), mas também a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional). No primeiro caso apresentam-se relações nomoestáticas de incompatibilidade normativa vertical, enquanto no segundo estas relações são nomodinâmicas (NEVES, 1988, p. 74).

Para Mendes, Coelho e Branco, os vícios materiais são aqueles que ferem o conteúdo do ato, surgindo de um conflito com as regras ou princípios estatuídos na Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 963)

"A inconstitucionalidade *material* incidirá sobre o ato normativo integralmente (inconstitucionalidade total) ou parcialmente (inconstitucionalidade parcial), sem preferência. Por isso, não é possível afirmar que ela será, em princípio, total ou parcial" (CLÈVE, 2000, p. 49). Se a totalidade da lei foi materialmente inconstitucional, essa parte será excluída do ordenamento, mas se a inconstitucionalidade material for parcial, a parte constitucional persistirá.

Diferentemente da inconstitucionalidade material, pode-se afirmar que toda inconstitucionalidade *formal* tem como consequência a inconstitucionalidade total da lei.

1.2.3 Por ação e por omissão

Enquanto a inconstitucionalidade por ação decorre de uma conduta positiva do legislador, a inconstitucionalidade por omissão surge de uma omissão, um silêncio legislativo.

A ação do Estado não é a única atitude que pode ofender a Constituição, a "inércia do Poder Público e o silêncio legislativo igualmente podem conduzir a uma modalidade específica de ilegitimidade definida, pelo direito contemporâneo, como inconstitucionalidade por omissão" (CLÈVE, 2000, p. 51).

Para Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 975) "o instituto da inconstitucionalidade por omissão é relativamente recente, pois antes a inconstitucionalidade da lei configurava sempre uma conduta positiva do legislador".

Sobre a novidade da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão Clève (2000, p. 52) escreve que

> Antes as normas programáticas eram vistas como meros avisos, lembretes desprovidos de qualidade jurídica, o que acarretava a perda de prestígio da Constituição escrita. Atualmente essa ótica restou superada, desta forma, o direito contemporâneo vem buscando uma série de remédios para afastar a inércia do Poder Público e especialmente o silêncio legislativo inconstitucional. É o caso da iniciativa legislativa popular, do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, no Brasil.

Canotilho (1993, p. 1089) leva a discussão do vazio legislativo para um outro nível. Para ele,

> o conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples 'não fazer', a um simples 'conceito de negação'. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional".

Assim, tanto uma conduta positiva como negativa podem vir a ferir a Constituição. O silêncio muitas vezes causa mais prejuízos do que uma ação equivocada, pois a falta de densidade legislativa ordinária pode vir a enfraquecer macro-princípios constitucionais, vindo a deixando-os inócuos.

1.2.4 Originária e superveniente

A inconstitucionalidade será originária quando o ato normativo for emanado durante a vigência da norma constitucional e será superveniente quando ocorrer num momento futuro. Cite-se por exemplo o caso de uma lei ser constitucional no momento de sua sanção ou promulgação, mas que "deixa de sê-lo em virtude de reforma constitucional, diante de renovada interpretação do dispositivo constitucional, ou, ainda, em decorrência de mudança nas circunstâncias fáticas" (CLÈVE, 2000, p. 54).

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), não há inconstitucionalidade superveniente (material ou formal). A controvérsia diante da alteração da norma constitucional decorrente de reforma ou da promulgação de uma nova

carta será resolvida no plano da legalidade e não da constitucionalidade, porquanto a norma pretérita será revogada pela norma hierarquicamente superior (CLÈVE, 2000, p. 55).

1.3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No intuito de melhor conhecer as diferentes variantes do controle de constitucionalidade, é de grande importância explanar as experiências estrangeiras que serviram de base para o modelo brasileiro.

1.3.1 Modelos estrangeiros de fiscalização de constitucionalidade

O método de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil foi o modelo misto, que funde as características do sistema americano e europeu. Assim sendo, faz-se necessário analisar no direito comparado os elementos que serviram de inspiração para a realidade nacional.

1.3.1.1 Inglês

Na Inglaterra, diferentemente dos países da Europa Continental, a supremacia legal jaz nas mãos do Parlamento, e não da Constituição. Os ingleses adotam uma Constituição costumeira, baseada nas práticas e tradições, sua Constituição deve ser analisada de um ponto de vista material e não formal.

Mesmo possuindo uma Constituição costumeira, alguns documentos escritos são as bases do constitucionalismo britânico, tais como a Carta Magna (1215), Petition of Rights (1627) e a Bill of Rights de 1688.

É possível dizer que o movimento constitucionalista continental não atravessou o Canal da Mancha, assim, na Ilha Bretã não existe diferença entre leis constitucionais e leis ordinárias.

A ausência de um controle de constitucionalidade na Inglaterra pode ser explicada pelo fato de o Parlamento inglês ser dotado de enorme força, pois assim deveria ser para combater à altura os abusos e excessos de uma monarquia brutal e despótica. Nesse sentido, Clève (2000, p. 58) sustenta que "se a vontade do Parlamento, expressão da maioria, é ilimitada, inexistindo Constituição escrita, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade".

Tamanho é o poder do Parlamento britânico, que alguns assim definem sua única limitação: o parlamento pode fazer tudo, exceto transformar a mulher em homem e o homem em mulher.

Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins (2005, p. 3) apontam para uma modificação desta realidade:

> pois também o Reino Unido vem dando mostras de uma revisão de conceitos. O Parlamento já não mais se mostra um soberano absoluto. O "*European Communities Act*", de 1972, atribuiu hierarquia superior ao direito comunitário em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (1991). Com a aprovação do Human Rights Act, em 1998, confiou-se aos Tribunais britânicos a aferição da legitimidade das leis em face das disposições da Convenção de Direitos Humanos. Embora não se declare a nulidade ou a invalidade da lei, pode-se constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização. Daí identificarem-se também no Reino Unido os contornos de uma jurisdição constitucional de caráter geral ou não especializada.

Pode-se afirmar que o modelo britânico de controle de constitucionalidade é extremamente *sui generis*, notadamente por não possuir uma Constituição escrita como parâmetro de controle.

1.3.1.2 Francês

Desde o período do *ancien regime*, o Legislativo francês possui uma grande desconfiança com relação ao Judiciário em virtude da conivência deste com os abusos da monarquia. Aliado a tal fato, a França encara com veemência a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, evitando a todo custo uma interferência do Judiciário no Legislativo. Seguindo uma linha de pensamento rousseauniana, se a Lei emanada do Legislativo é a vontade geral da maioria, não pode o Judiciário contrariar essa vontade. Assim, a França possui um modelo de controle de constitucionalidade preventivo e político. Tal fiscalização é realizada pelo *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), composto por ex-presidentes e mais nove conselheiros – três escolhidos pelo Presidente, três pela Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

A fim de evitar a interferência no Legislativo, o *Conseil Constitutionnel* não faz parte do Poder Togado, cabendo ao Judiciário aplicar a norma e ao Conselho, proteger a Constituição.

Cappelletti (1992, p. 27) explica que quando o texto legal já está definitivamente elaborado, mas ainda não promulgado, o Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma das Câmara do Parlamento pode enviar o próprio texto legislativo ao *Conseil Constitutionnel*, a fim de que este se pronuncie sobre sua conformidade à Constituição. Para as leis que concernem à organização dos poderes públicos, o pronunciamento do Conselho é obrigatório.

> O mesmo autor (ibid, p. 29) sustenta que tal instituto não é um verdadeiro controle (*a posteriori*) da legitimidade constitucional de uma lei para ver se ela é ou não é valida e, por conseguinte, aplicável mas antes, um ato (e precisamente um parecer vinculatório) que vem a se inserir *no próprio processo de formação da lei* – e deste processo assume, portanto, a mesma natureza.

Dessa forma, "uma vez promulgado o ato legislativo, caberá às autoridades públicas não mais do que cumpri-lo. Após a promulgação não haverá lugar, portanto, para

manifestação de qualquer mecanismo de aferição da legitimidade constitucional da lei" (CLÈVE, 2000, p. 62).

A especificidade do controle de constitucionalidade francês reside em sua anterioridade à promulgação da lei, confundindo-se com uma última fase do processo legislativo.

1.3.1.3 Americano

Enquanto na Inglaterra o Parlamento é tido como absoluto e na França os juízes são vistos com ressalvas, nos Estados Unidos a supremacia reside no Judiciário. Após mais de 200 anos de colonização britânica e excessos legislativos por parte da Coroa Inglesa, criou-se nos Estados Unidos um espírito de defesa dos interesses e das garantias individuais.

Assim sendo, a supremacia do Legislativo na Inglaterra e os conseqüentes abusos gerados por isso nos estadunidenses, fez nascer na Terra de Washington o ideal de um Judiciário forte, que fosse robusto o bastante para enfrentar as incoerências legislativas. Tamanha é a força dos magistrados nos Estados Unidos, que o Ministro da Suprema Corte, *Justice* Charles Evans Hughes afirmou que "vivemos sob uma Constituição, sendo a Constituição, porém aquilo que os juízes dizem que ela é"[1] (HUGHES apud BONAVIDES, 2005, p, 315, tradução nossa).

O *leading case* que exemplificou com maestria a supremacia da Constituição Americana em face da legislação ordinária foi decidido em 1803, por John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte americana. No caso *Marbury x Madison* "permitiu-se ao Poder Judiciário, mediante casos concretos postos em julgamento, interpretar a Carta Magna, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas superiores normas" (MORAES, 2003, p. 582).

---

[1] *We are under a Constituicion, but the constitution is what the judges say it is.*

> Partiu assim Marshall para uma proposição evidente e incontestável: ou a Constituição controla todo ato legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a Constituição. Não há meio-termo entre tais alternativas. Logo, afirma ele: ou a Constituição é lei superior e suprema, que se não pode alterar por vias ordinárias, ou entra na mesma esfera e categoria dos atos legislativos ordinários, sendo como tais suscetível também de modificar-se ao arbítrio da legislatura (BONAVIDES, 2005, p. 307).

A partir desse momento, Marshall solidifica a ideia da supremacia da Constituição frente aos atos legislativos ordinários.

O sistema de controle de constitucionalidade americano é também conhecido como sistema *difuso*, pois a *todo juiz* é concedido o poder de afastar a aplicação de uma lei que entenda ser inconstitucional. A decisão a ser proferida *incidenter tantum* (incidentalmente) no curso do caso concreto decidirá pelo *afastamento* da lei que acredita estar viciada. Por esse motivo, tal forma de controle também é denominada de *controle pela via de exceção*.

No controle difuso de constitucionalidade, chamado por alguns de método *americano, "todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento*" (CAPPELLETI, 1992, p. 77). Ocorre que a aplicação do método difuso em países de *civil law* (direito estatutário), com forte tradição romana pode vir a gerar enorme insegurança jurídica, porquanto inexiste o instituto do "*stare decises*". Segundo esse instituto, exemplificado na máxima latina *stare decises et quieta non movere* (ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso), as decisões das cortes superiores vinculam as cortes inferiores, produzindo eficácia *erga omnes*. A decisão da *Supreme Court* americana que decide sobre matéria constitucional obriga, portanto, as cortes inferiores. Nas palavras de Adams e Cappelletti (1966, p. 1215) a decisão da mais alta corte em qualquer alçada vincula as cortes inferiores da mesma alçada[2].

Assim, se os países que utilizam do sistema *civil law* introduzissem no seu ordenamento o método *americano* de controle, poderia ocorrer que "*uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns*

---

[2] a *decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction*.

juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros" (Cappelletti, 1992, p. 77).

Vale frisar, que nos Estados Unidos, a Suprema Corte não é um tribunal exclusivamente constitucional, é simplesmente a mais alta corte da justiça ordinária. As questões constitucionais não chegam à *Supreme Court* pela via direta, chegam, sim, pela interposição de recursos das decisões inferiores.

1.3.1.4 Austríaco

O sistema austríaco baseou-se nos ensinamentos de Hans Kelsen e foi instituído na Constituição da Áustria de 1920. De forma diversa da americana, no modelo austríaco, apenas a Corte Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, por esse motivo, também é conhecido como sistema *concentrado* e como sistema de controle pela *via da ação*, pois, nas palavras de Bonavides, (2005, p. 307) "permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um *controle direito*."

Inicialmente o sistema austríaco não permitia a análise de casos concretos, entretanto, após a reforma constitucional de 1929 foi garantida a possibilidade que alguns órgãos judiciais austríacos instaurassem o processo de controle perante a Corte Constitucional.

> Estes órgãos judiciários, mesmo continuando a não poder *efetuar*, eles próprios, controle algum da legitimidade constitucional das leis, foram, então, (e são) legitimados a *requerer* à Corte Constitucional que efetue este controle, limitadamente às leis aplicáveis ao caso concreto submetido a seu julgamento (CAPPELLETTI, 1992, p. 107).

O sistema da Áustria é atacado uma vez que apenas alguns órgãos judiciários são legitimados a suscitar a questão ao Tribunal Constitucional. Clève (2000, p. 69) alega que

"aos demais órgãos da magistratura ordinária incumbe, simplesmente, aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairem dúvidas quanto à sua compatibilidade com o texto da normativa constitucional". Critica-se o sistema concentrado, também, pelo seu caráter eminentemente político, pois os integrantes da Corte Constitucional são normalmente apontados pelo Executivo ou pelo Legislativo e acabam por proteger demasiadamente os interesses do Estado em detrimento dos interesses e das garantias individuais.

1.3.2 Modelo brasileiro

Naquilo que tange a natureza do órgão controlador, este pode ser **político**, **jurisdicional** ou **misto**. O controle político é realizado por um órgão que não pertence aos três poderes do Estado. Bonavides (2005, p. 299) ensina que "o país onde tal controle primeiro floresceu foi a França, que o viu nascer da obra de um dos principais legisladores da Revolução Francesa, o jurista Sieyès". O controle jurisdicional é aquele realizado por juízes ou tribunais pertencentes ao Poder Judiciário. *A priori*, o controle jurisdicional é um controle técnico, todavia, as cortes superiores - como o Supremo Tribunal Federal e a *Supreme Court* americana - possuem um forte viés político em suas decisões. "As Constituições que submetem certas categorias de leis ao *controle político* e outras ao *controle jurisdicional*, adotam o *sistema misto*." Na Suíça, algumas leis são submetidas ao crivo do Judiciário, enquanto outras são analisadas pela Assembléia Nacional (Novelino, 2008, p. 109).

O Brasil adotou o sistema de controle jurisdicional, assim, as questões relativas ao controle de constitucionalidade das leis são exercidas por membros do poder judiciário.

O controle de constitucionalidade pode ser analisado pelo momento de sua realização: ele será **preventivo** quando for realizado antes da promulgação da lei e **repressivo** quando realizado depois. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário podem realizar os dois tipos de controle (Novelino, 2008, p. 105).

De acordo com Novelino (2008, p. 105),

> o *Poder Legislativo* exerce o controle preventivamente por meio das Comissões de Constituição e Justiça, o *Poder Executivo* pode exercer o controle vetando ("veto jurídico") um projeto de lei que entenda ser inconstitucional (art. 66, § 1º), por sua vez, o *Poder Judiciário*, ainda que de forma excepcional, também poderá exercê-lo caso seja impetrado um mandado de segurança por Parlamentar, em razão da inobservância do devido processo legislativo constitucional, como no caso de deliberação de um proposta de emenda tendente a abolir cláusula pétrea".

Enquanto o *controle preventivo* busca evitar que uma norma irregular entre na legislação pátria, o *controle repressivo* objetiva escoimar tal norma do ordenamento jurídico, por esse motivo o controle será realizado após a entrada em vigor da lei.

O *Poder Legislativo* atuará no controle repressivo nos casos em que sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigo 49, V da Constituição); também agirá repressivamente quando rejeitar uma medida provisória que não atenda às estipulações Constitucionais de relevância e urgência ou os demais casos impeditivos do artigo 62 da Constituição.

> O Chefe do *Poder Executivo* municipal, estadual ou federal pode negar cumprimento a uma lei que entenda ser inconstitucional, independentemente de ter sido elaborada pela União, pelo Estado-membro ou pelo Município. Para que não pratique crime de responsabilidade (artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67), deverá *explicar o motivo* de sua recusa por escrito e *dar publicidade* do ato (NOVELINO, 2008, p. 108).

Por sua vez, o *Poder Judiciário* é o maior responsável pelo controle repressivo da constitucionalidade das leis. O Brasil adotou o método misto de controle, assim, a fiscalização da constitucionalidade pode ser realizada de forma *difusa* (por todos os juízes) ou de forma *concentrada* (pelo Supremo Tribunal Federal).

Concluída a fase introdutória e conceitual sobre a Constituição, no capítulo seguinte serão analisados especificamente o controle de constitucionalidade pela via *difusa* e o controle de constitucionalidade pela via *concentrada*.

2 CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO

O Brasil adotou o modelo misto de controle de constitucionalidade, isto é, combinam-se simultaneamente o controle difuso – de origem americana – e o controle concentrado – de origem europeia.

> O controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português e o modelo brasileiro (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 955-956).

André Ramos Tavares (2007, p. 220) entende o controle misto de maneira diversa, para ele o modelo concreto e o difuso não podem ser simplesmente correlacionados entre si. Assim, não haveria um modelo misto. Para o autor, unir os dois sistemas em um é uma contradição, porque ou o controle será difuso e todos os órgãos poderão fazer o controle das leis ou o controle será concentrado, quando apenas um órgão de cúpula analisar a questão constitucional. Tavares (2007) entende que o Brasil adota o modelo *combinado* e que seria incorreto falar em modelo misto de controle de constitucionalidade sem fornecer maiores detalhes.

Assim sendo, para melhor compreender tais sistemas, o segundo capítulo desta monografia será divido em dois, controle difuso e controle concentrado.

2.1 CONTROLE DIFUSO

O controle de constitucionalidade difuso pode ser realizado por qualquer juiz no curso de um processo levado à apreciação do Poder Judiciário. Este tipo de controle não

visa a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em tese, visa sim, afastar incidentalmente a aplicação da lei no caso concreto. A demanda principal não é a declaração de inconstitucionalidade da lei, mas o direito subjetivo requerido no curso do processo.

Paulo Bonavides (2005, p. 302) resume: "tal controle ocorre quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar".

Para Luis Roberto Barroso (2006, p. 77):

> o controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho normal da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios. Pressupõe, assim, a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. Se o juiz ou tribunal, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto.

Para melhor sistematizar o estudo do controle difuso, deve-se fazer primeiro uma breve explicação sobre as diversas nomenclaturas dadas ao modelo de Marshall. Controle concreto, *incidenter tantum*, incidental, indireto, pela via de exceção, pela via da defesa, subjetivo são expressões usadas como sinônimo de controle difuso.

O controle será difuso quando puder ser exercido por uma multiplicidade de *órgãos*, antagonicamente, será concentrado quando for realizado por apenas um órgão.

Diz-se que o controle é concreto quando é analisado de forma material sobre um caso existente, no curso de uma demanda. Em oposição ao controle concreto, existe o controle abstrato, no qual a lei será atacada em tese.

Será incidental, *incedenter tantum* ou indireto quando a questão que ofender a Constituição for prejudicial para a análise do caso concreto. Nesse caso, o modo de manifestação se dará no curso de uma demanda que não objetiva a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em tese. Diferentemente ocorre com o controle por via principal ou direta: a constitucionalidade da lei em tese é atacada por processo autônomo.

No mesmo sentido, diz-se que o controle é pela via da exceção ou da defesa quando a inconstitucionalidade de uma lei for provocada prejudicialmente no curso de um

caso concreto, em oposição à via da ação, que é autônoma.

Quanto à classificação pela *finalidade,* o controle será subjetivo quando defender o interesse subjetivo de uma das partes, será objetivo quando não visar à defesa de um interesse das partes, e sim guardar objetivamente a Constituição.

> Não há uma correspondência necessária entre a via incidental (de exceção ou de defesa) e a fiscalização difusa, ou entre a via de ação (principal) e a fiscalização concentrada. A correlação é verdadeira no Brasil, onde a fiscalização difusa é desencadeada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa), sendo certo que a concentrada é provocada por via de ação (principal). Mas a correspondência não é verdadeira em outros sistemas. Na Áustria, na Alemanha, na Itália e na Espanha a questão de constitucionalidade suscitada por via incidental (de defesa ou exceção) conduz a uma fiscalização concentrada. Com efeito, nesses países, uma vez levantada a questão de constitucionalidade cumprirá ao juiz ou tribunal *a quo*, em regra geral, não mais do que suspender o feito para aguardar a decisão da Corte Constitucional a propósito da matéria (CLÈVE, 2000, p. 77-78).

No presente estudo, tais definições serão usadas como sinônimos, ressalvando-se a existência de pequenas diferenças entre algumas delas.

2.1.1 Legitimidade ativa

Possuem legitimidade ativa para levantar a questão da inconstitucionalidade de uma norma no curso do processo todos aqueles que são partes ou terceiros (assistente, litisconsorte, opoente) nessa relação processual. Vale frisar que o autor também pode requerer a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei na inicial, na réplica ou até mesmo na via recursal.

Barroso (2006, p. 78) elucida que é comum a impetração de mandados de segurança preventivos para que o contribuinte não se veja obrigado a recolher um tributo fundado em lei de constitucionalidade duvidosa, ou a impetração de *habeas corpus* sob o argumento de que a autoridade coatora fundamentou-se em dispositivo inconstitucional para a persecução penal.

Para Barbosa Moreira (1974, p. 37) "não há preclusão em se tratando de *quaestio iuris*. Nada importa que a questão de inconstitucionalidade só venha a ser suscitada, pela primeira vez, em segundo grau de jurisdição".

Por esses motivos, alguns doutrinadores (Marcelo Novelino, Ada Pellegrini, Zeno Veloso) entendem equivocadas as expressões "pela via da exceção" ou "pela via da defesa", pois, como se viu, tais incidentes não são exclusivos do réu.

O Ministério Público também possui legitimidade ativa, seja como parte, seja como *custos legis*. Isso porque incumbe ao *parquet*, nos termos do caput do artigo 127 da Constituição, a defesa da ordem jurídica. Para Veloso (2003, p. 43), "sempre que for argüida a inconstitucionalidade, no curso de uma ação, mesmo que o processo fosse daqueles em que o Ministério Público não tivesse que intervir, há necessidade de convocá-lo, para que se manifeste sobre a questão prejudicial".

Sobre a participação dos magistrados no controle de constitucionalidade, Zeno Veloso (2003, p. 42) entende que eles:

> não só podem como devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, atuando, inclusive, *ex officio*. (...) No controle difuso, mesmo que as partes ou o Ministério Público não suscitem a questão, até pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar lei ou ator normativo contrário à Constituição, que tenha relação com a causa, está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou do ato normativo, determinando sua não-aplicação ao caso, objeto da demanda.

Tal tese deve ser recebida, todavia, com temperamentos em sede de recurso extraordinário, pois se exige o prequestionamento da matéria, conforme a Súmula 282 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

2.1.2 Espécies de ações judiciais

A declaração incidental de inconstitucionalidade pode ser suscitada no curso de

qualquer demanda com um interesse concreto. A questão deve-se focar no direito subjetivo de uma das partes, não podendo atacar a lei em abstrato. Assim, a inconstitucionalidade pode ser levantada no curso de uma ação declaratória, constitutiva, condenatória, executiva, cautelar, dentre outras.

Para Clève (2000, p. 97) "a questão constitucional pode ser deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no *habeas corpus* e no *habeas data*, podendo também ser suscitada na ação civil pública e na ação popular".

Questão controversa é o controle incidental em sede de ação civil pública, pois o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública estipula que:

> A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Ante tal permissivo legal, alguns legitimados para ação civil pública usavam-na para fins transversos, isto é, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei com eficácia *erga omnes*. Ocorre que ,em tal situação, estar-se-ia usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal.

Alexandrino e Paulo (2008, p. 731) exemplificam o uso da ação civil pública como instrumento de proteção da Constituição:

> Para ilustrar, o Ministério Público poderia, por exemplo, ajuizar uma ação civil pública visando à anulação de um concurso público estadual, realizado com base em lei supostamente inconstitucional aprovada pelo respectivo estado membro. Nessa situação, o magistrado poderá incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade da lei estadual e, em decorrência, determinar a anulação do respectivo concurso público, com efeitos exclusivamente para as partes alcançadas pela ação, naquele caso concreto.

Dessa forma, a jurisprudência e a doutrina entendem que é possível levantar a questão constitucional em sede de ação civil pública, desde que esta seja a causa de pedir e não o pedido em si.

2.1.3 Competência

Uma vez que a questão constitucional é suscitada como matéria incidental e prejudicial ao curso do processo, o juízo competente para processar e julgar a causa, decidirá também a divergência constitucional. Assim, tanto um juiz singular como um Tribunal – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) inclusive - podem declarar a inconstitucionalidade incidental de uma lei.

2.1.3.1 Reserva de plenário

Tendo em vista o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e o da segurança jurídica, a Constituição Federal (CF) estatuiu a cláusula de reserva de plenário ou *full bench* em seu artigo 97, *in verbis* :

> Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os **tribunais** declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (Grifo nosso).

Alexandrino e Paulo (2008, p. 733) vinculam a idéia da reserva de plenário à presunção de constitucionalidade, pois:

> Ao impor necessidade de maioria absoluta para que os tribunais possam declarar a inconstitucionalidade, o constituinte reforçou sobremaneira a presunção de constitucionalidade das leis, pois sempre que não se logre atingir esse *quorum*, a norma será tida por constitucional; fica afastada a possibilidade de um dos membros do tribunal (ou alguns poucos de seus integrantes) decidir, isoladamente, que uma lei deva ser considerada inconstitucional.

É importante salientar que, em virtude da economia e da celeridade processuais, a regra da reserva de plenário não precisa ser observada a partir do segundo julgamento sobre idêntica questão, pois o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil (CPC) afirma que:

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

Sendo assim, os órgãos fracionários não se verão engessados na análise de questões constitucionais já pacificadas, sem, contudo, olvidar a obrigatoriedade do *full bench* no momento da **primeira** apreciação.

2.1.3.2 Procedimento da declaração incidental

O procedimento da declaração incidental de inconstitucionalidade é regido pelos artigos 480, 481 e 482 do Código de Processo Civil. Estipulam, em síntese, que arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo (art. 480). Se a turma ou câmara rejeitar a alegada inconstitucionalidade, ela mesma prosseguirá no julgamento, caso entenda pela inconstitucionalidade, submeterá a questão ao Tribunal pleno por força da reserva de plenário (art. 481, c/c art. 97 da CF).

> Assim, sempre que acatada uma argüição de inconstitucionalidade pelo órgão fracionário, o incidente deverá ser submetido ao Plenário ou ao órgão especial, para que este decida sobre a questão constitucional, por maioria absoluta de seus membros. Decidida a questão constitucional, os autos são devolvidos ao órgão fracionário, para que este julgue o caso concreto e lavre o respectivo acórdão (aplicando ao caso concreto, evidentemente, a posição firmada pelo plenário ou órgão especial sobre a inconstitucionalidade argüida) (Alexandrino; Paulo, 2008, p. 733).

Barroso (2006, p. 85) sustenta, que embora a câmara, turma, seção ou outro órgão fracionário do tribunal não possa declarar a inconstitucionalidade de uma lei, é possível reconhecer a constitucionalidade da norma. Quando isso ocorrer, não haverá necessidade de encaminhar a questão constitucional ao plenário, podendo prosseguir no julgamento. O reconhecimento de que uma lei pré-constitucional está revogada por ser incompatível com a Constituição atual também não se vincula à reserva de plenário, pois, conforme o entendimento do STF, a questão resolve-se no plano intertemporal. Não há uma analise de constitucionalidade, e sim de legalidade, uma vez que a lei posterior revoga a anterior.

2.1.4 Recurso Extraordinário

O recurso extraordinário, apenas possível em casos de ofensa à Constituição e previsto no artigo 102, III da Constituição, também é uma forma de controlar a constitucionalidade das leis, pois cabe ao STF julgar as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Ante a existência do recurso extraordinário, fica evidente o modelo de controle de

constitucionalidade misto adotado pelo Brasil, pois o STF pode atuar tanto como instância originária – no caso do *controle concentrado*, como órgão último – e instância revisora – no caso do *controle difuso.*

Sobre o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, Barroso (2006, p. 92) ensina que, assim como no recurso especial, a admissibilidade se divide em dois momentos. O primeiro deles ocorre ainda no órgão jurisdicional de origem, sendo exercido pelo presidente do tribunal recorrido, que poderá delegar a função ao vice-presidente ou a algum deles, onde houver mais de um. O exame preliminar deve limitar-se a verificar as hipóteses constitucionais de cabimento e o atendimento aos requisitos formais, do contrário, invadiria a esfera de competência do STF. Da decisão *a quo* que negar seguimento ao recurso, cabe agravo para o próprio STF.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 passou a exigir a demonstração da *repercussão geral* das questões constitucionais no recurso extraordinário ao inserir o § 3º do artigo 102 da Constituição:

> § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A lei 11.418/2006 trouxe densidade ao conceito de repercussão ao modificar o CPC e estabelecer que:

> Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Muito embora o recurso extraordinário seja ferramenta clássica do controle difuso, admite-se tal recurso no controle concentrado. Isso acontecerá quando uma norma municipal ou estadual atacada em controle concentrado ferir a Constituição Estadual, que

apenas repete o contido na Constituição Federal. Dessa decisão do Tribunal de Justiça, caberá recurso extraordinário, pois a questão afeta tanto a Constituição Estadual como a Federal.

O instituto da repercussão geral será analisado mais profundamente no terceiro capítulo, uma vez que corrobora a idéia título da presente monografia.

2.1.5 Efeitos da decisão

Naquilo que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, **para as partes**, a doutrina é pacífica. Alexandrino e Paulo (2008, p. 739) sustentam que

> a decisão no controle de constitucionalidade incidental só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*), não dispõe de efeito vinculante e, em regra, produz efeitos retroativos (*ex tunc*). A decisão só alcança as partes do processo porque no controle incidental o interessado requer a declaração da inconstitucionalidade da norma como a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto.

No mesmo sentido, Barroso (2006, p. 106) fornece o seguinte exemplo:

> as partes ficam desobrigadas a pagar um tributo que tenha sido declarado inconstitucional por ferir o princípio da anterioridade, não apenas a partir da sentença, mas desde o advento da lei que serviu de fundamento à exigência [...] O Supremo Tribunal Federal tem alguns precedentes nos quais, em controle incidental, deixou-se de dar efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade, como conseqüência da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados (v. *infra*). Mais recentemente, inclusive e notadamente após a promulgação da Lei n. 9.868/99, a Corte, em mais de uma oportunidade, admitiu a possibilidade de limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, fazendo referência expressa ao artigo 27 da Lei (Barroso, 2006, p. 106 e 108).

De forma resumida, a declaração de inconstitucionalidade incidental entre as partes gera efeitos *inter partes* e *ex tunc* (podendo ser modulados para *ex nunc* ou *pro futuro*).

A questão da modulação dos efeitos em sede de controle difuso será analisada com mais vagar no terceiro capítulo, visto que é uma das conseqüências da abstrativização do controle difuso.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade **para terceiros**, em sede de controle difuso são bastante controversos. Alguns sustentam que a declaração gera eficácia *erga omnes* e *ex nunc* enquanto outros defendem eficácia *erga omnes* e *ex tunc*. Tal controvérsia repousa sobre os efeitos que possuiria a resolução senatorial que suspende a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, X, da CF), como se verá no item seguinte. Além disso, existe uma nova tendência no STF em conferir eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso, sem a participação do Senado Federal, caracterizando uma verdadeira abstrativização do controle difuso, o que também será analisado no terceiro capítulo.

2.1.6 Papel do Senado Federal

A fim de evitar discrepâncias e ambiguidades de julgados, tendo em vista que a decisão no controle difuso é apenas *inter partes*, a Constituição de 1934 (com o mesmo dispositivo mantido pelas Constituições de 1946, 1967, 1969 e atual) instituiu a suspensão da execução de uma lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso. Assim, o Senado concederia eficácia *erga omnes* a decisões proferidas em concreto, uma vez que o STF desconsiderando a teoria da abstrativização, apenas pode conferir tal efeito em abstrato, no controle pela via direta. Desta feita, evitam-se novos processos a fim de requerer uma mesma decisão.

> Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a matéria, trata de reconhecer, ou não, a inconstitucionalidade do tema, fato que, por si, não determina a expulsão da norma do sistema, pois, no caso, a coisa julgada restringe-se às partes do processo em que a inconstitucionalidade foi argüida. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal deve comunicar a decisão ao Senado Federal, que, utilizando a competência do artigo 52, X, da Constituição Federal, tem a faculdade de, por meio de resolução, suspender a execução da norma (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 29).

O artigo 52, X, da Constituição estatui que é competência privativa do Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal medida não se faz necessária na via direta, pois, além de já possuir eficácia *erga omnes*, o dispositivo usa a expressão "decisão definitiva", considerando-se, assim, julgados finais e absolutos em sede de controle difuso.

O Senado tem o poder de suspender tanto leis federais, como estaduais, distritais e municipais, muito embora tal posição não seja unânime, porquanto, para alguns, feriria a simetria constitucional.

A expressão usada pelo legislador "no todo ou em parte" não deve ser entendida como um poder entregue ao Senado. A Câmara Alta está adstrita à decisão do Supremo; este, sim, pode declarar a inconstitucionalidade total ou parcial da lei. Dessa forma, o Senado fica vinculado ao posicionamento do STF naquilo que tange os dispositivos a serem suspensos.

Grande discussão versa sobre a obrigatoriedade do Senado em suspender a execução após a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo. Moraes (2005, p. 644) resume "que a declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a suspensão é função do Senado". O Supremo e o Senado concordam que o último não é obrigado a editar a resolução suspensiva da lei declarada inconstitucional, em concreto, pelo STF. A resolução que suspende a lei inconstitucional é ato discricionário e essencialmente político do Senado Federal. "Assim, ao Senado Federal não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por *quorum* suficiente e é definitiva, mas também indagar da conveniência dessa suspensão" (MORAES, 2005, p. 644).

Em posição minoritária, Veloso (2003, p. 57) discorda sobre a posição de discricionariedade do Senado, pois, se assim ocorrer, a Câmara Alta realizará um novo juízo sobre a inconstitucionalidade da lei, admitindo-se, desta forma, que uma

consideração exclusivamente política sobreponha-se a uma verificação jurídica.

A doutrina entende que se o Senado Federal fosse obrigado a suspender a norma, estar-se-ia afrontando a teoria da separação dos poderes, garantida no artigo 2º da Constituição.

O artigo 52, X, é um dos mais controversos da Constituição, sendo a questão sobre os efeitos da resolução do Senado - se *ex nunc* ou *ex tunc* - uma das mais problemáticas.

Araujo e Nunes Júnior (2003, p. 29-30) alegam que

> sustentar a retroeficácia dessa deliberação implica afirmar que o Senado pode postergar o momento de edição da Resolução, para, em seguida, atribuir invalidade a todos os atos jurídicos praticados sob a égide dos atos normativos impugnados anteriores à edição desta, inclusive aqueles que vieram a lume no período em que o ato normativo submeteu-se ao juízo discricionário do Senado, que, dessa feita, prorrogaria a eficácia de uma norma, legitimando um sem número de atos jurídicos, que preconcebia inválidos e, portanto, predestinados ao desfazimento. (...) Não fosse essa linha correta de interpretação da Constituição, estar-se-ia atribuindo ao Senado o poder de postergar uma decisão, permissiva da produção de atos que seriam invalidados – num segundo momento – pela própria decisão postergada.

Autores que defendem a tese dos efeitos *ex nunc* apontam que, se a decisão do Senado fosse retroativa, não haveria, de fato, discricionariedade alguma na decisão da Câmara Alta, pois uma vez expedida a resolução, todo o período de análise e "maturação da decisão" entre o julgado do STF e a resolução do Senado seria afetado. Isso porque, segundo essa corrente, um dos papéis do Senado seria analisar a estabilidade dos julgados, a fim de verificar se a jurisprudência do Supremo manter-se-ia no mesmo sentido.

Para Alexandrino e Paulo (2008, p. 741):

> a palavra "suspensão" induz à noção de que os efeitos seriam prospectivos, *ex nunc*. Também milita em favor da idéia de que a atuação do Senado produziria efeitos doravante o fato de que a atividade legislativa é tipicamente prospectiva, vale dizer, não é dado ao Poder Legislativo, no exercício de atividade legislativa, anular leis, desconstituindo-as retroativamente. Nesse caso – serem os efeitos *ex nunc* -, a suspensão da lei pelo Senado Federal seria equiparável à revogação dessa lei.

Se a tese dos efeitos prospectivos da Resolução do Senado prevista no artigo 52, X, da Constituição fosse acatada, o fundamento lógico para tal atribuição de competência ao Senado perderia todo seu objeto. O intuito da suspensão é evitar que aqueles interessados que sofreram as consequências da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso, mas que não foram partes, ajuízem novas ações visando ao reconhecimento da mesma decisão (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 742).

Motta Filho e Santos (2002) vão pelo mesmo jaez, porquanto é muito mais democrático e isonômico dar efeito retroativo à Resolução do Senado, pois se evita que permaneçam os efeitos de uma norma já tida por inconstitucional. "Outro problema é que o efeito *ex nunc* obriga as pessoas a buscarem o judiciário apenas para obter o efeito *ex tunc*" (MOTA FILHO; SANTOS, 2002, p. 626), o que acaba por assoberbar o Judiciário com questões já decididas pelo Supremo. "Isto tem sido muito comum em questões envolvendo tributos já declarados inconstitucionais e já objeto de Resolução do Senado que, tendo efeito apenas ultrativo, não basta para evitar que empresas deixem de sofrer a indevida cobrança" (MOTA FILHO; SANTOS, 2002, p. 626).

O Ministro Gilmar Mendes (2007, p. 1029), um dos maiores defensores dos efeitos retroativos da decisão é bastante pragmático e lógico ao indagar:

> se o Supremo pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

O Ministro sustenta também uma tese bastante polêmica, a da mutação constitucional do artigo 52, X. Para Mendes (2004, p. 157-166) deve haver uma releitura do papel do Senado no controle difuso, pois, com a introdução do controle abstrato de normas, a Resolução do Senado perdeu grande parte do seu significado.

> É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a

> propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto* (MENDES, 2004, p. 165).

Um dos argumentos mais sólidos para a concessão de efeitos *ex tunc* à Resolução do Senado é o artigo primeiro do Decreto 2.346/97:

> Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.
> § 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.
> § 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

Por mais que o decreto trate apenas dos efeitos da resolução no âmbito da administração pública federal, tal norma pode ser utilizada como baliza e fundamento legal para a defesa dos efeitos *ex tunc* da resolução senatorial.

Ante o exposto e sem embargo dos posicionamentos diversos, a teoria dos efeitos retroativos deve prevalecer, pois, é o posicionamento que mais fortalece a vontade de Constituição (HESSE, 1991). Além disso, no controle de constitucionalidade a regra é a concessão de efeitos *ex tunc*, pois segundo o famoso cânone americano, a lei inconstitucional sequer é lei[3].

---

[3] *The inconstitucional law is not law at all*

2.2 CONTROLE CONCENTRADO

O controle concentrado de constitucionalidade possui cinco variantes: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC ou ADECON), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva).

O presente estudo focar-se-á na ADI genérica por ser o instituto clássico do controle de constitucionalidade concentrado e por ser base de análise da teoria da abstrativização. Não obstante, os outros quatro métodos de controle de constitucionalidade pela via concentrada serão analisados resumidamente:

2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ADI por Omissão possui os mesmos legitimados ativos da ADI genérica e visa a garantir a eficácia da Constituição ante a omissão normativa, pois, em uma Constituição dirigente como o caso da brasileira, tal omissão pode frustar a aplicabilidade de normas de eficácia limitada, tornando inócuo o dispositivo constitucional. Na ADI por Omissão, a legitimidade passiva recairá sobre a autoridade omissa.

A decisão emanada no curso de uma ADI por Omissão não poderá obrigar o Congresso a legislar, pois feriria a separação de poderes. O tribunal apenas declara a omissão, não podendo obrigar o legislador a suprimi-la. Gilmar Mendes (2007, p. 1141) posiciona-se a favor do caráter mandamental do julgado. Se a omissão for oriunda de órgão da administração, terá 30 dias para tomar as medidas necessárias, assim estipula o §2º do artigo 103 da Constituição:

> Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das

> providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

2.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A ADC – introduzida pela Emenda Constitucional (EC) nº 03/93 no artigo 102, I, a – objetiva dirimir controvérsias sobre a constitucionalidade de uma lei, em que pese a presunção de legitimidade das normas. Tal presunção não é *juris et de juri* e sim *juris tantum.* Por isso, viabiliza-se o instituto da ADC para afastar a insegurança jurídica decorrente de interpretações judiciais diversas sobre a constitucionalidade de uma lei.

A controvérsia judicial sobre a constitucionalidade da lei é, inclusive, um dos pressupostos para seu conhecimento, pois seria incongruente e irrelevante a análise de um dispositivo unanimemente acatado como constitucional.

> Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o STF para que ponha termo à controvérsia instaurada (MENDES, 2007, p. 1077).

A ADC possui os mesmos legitimados ativos da ADI (artigo 103), porém com pedidos inversos, porque na ADC requer-se a declaração de *constitucionalidade* da lei. Não existe legitimidade passiva na ADC, pois não há norma *atacada* a ser defendida. Por esse motivo, o Advogado Geral da União não precisará ser ouvido.

2.2.3 Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A ADPF, garantida pelo artigo 102, §1º da Constituição, é regulada pela lei

9.882/99, que em seu artigo primeiro estatui:

> A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
> Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:
>
> I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

A legitimidade ativa para propor a ADPF é regulada no artigo segundo da 9.882/99 *in verbis*: Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Embora a legitimidade ativa seja definida pela lei, o conceito de *preceito fundamental* é aberto. Alguns defendem que ele englobaria os princípios fundamentes, os princípios sensíveis e as cláusulas pétreas.

Em virtude de tal amplitude, a ADPF abarca questões que antes não poderiam ser impugnadas, tais como o controle de constitucionalidade de leis municipais em face da CF e o controle de leis pré-constitucionais.

2.2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

O artigo 18 da Constituição estabelece que em regra, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são autônomos. Por sua vez, o artigo 34 e 35 elencam as possibilidades de intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios, respectivamente. Nesse jaez é o entendimento de Alexandrino e Paulo (2008, p. 845), para eles:

> a Constituição admite o excepcional afastamento da autonomia política, diante do interesse maior de preservação da própria unidade federativa, por meio da intervenção de uma entidade política sobre outro. Por essa razão, frise-se, o afastamento temporário e parcial da autonomia de um ente federado é medida drástica e excepcional, que somente se justifica com o escopo de evitar um mal ainda maior: a desagregação da Federação.

Em alguns casos, a intervenção pode ocorrer de maneira direta, **espontânea**, quando o Chefe do Executivo decide pela intervenção, independentemente da iniciativa de outros órgãos. Em outros, será **provocada**, pois dependerá de decisão do STF, após iniciativa do Procurador-Geral da República.

Para Clève (2000, p. 125) "cuida-se de procedimento fincado a meio caminho entre a fiscalização da lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de uma variante da fiscalização concreta realizada por meio de ação direta".

2.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica

A Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que alterou a Constituição de 1946 introduziu no ordenamento nacional a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, também conhecida como ação genérica, à época conhecida como *representação*. "Trata-se, no entanto, de verdadeira ação, no sentido de que os legitimados ativos provocam, direta e efetivamente, o exercício da jurisdição constitucional" (BARROSO, 2006, p. 136).

A ação direta de inconstitucionalidade é ferramenta para a proteção da Constituição, pois visa extirpar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais. A ADI não possui caráter subjetivo, não tutela interesses individuais em um caso concreto. A ADI tutela a defesa da Constituição, atacando-se a lei em tese, de forma abstrata.

2.2.6 Competência

O Supremo Tribunal Federal realizará o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade em casos de ofensa à Constituição Federal. A própria CF regula tal regra de competência em seu artigo 102:

> Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Em caso de leis estaduais ou municipais que ofendam a Constituição Estadual, a competência repousará nas mãos do Tribunal de Justiça, conforme a determinação do §2, do artigo 125, da CF:

> Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Apesar de não existir expressa previsão na letra da Constituição, a lógica do sistema admite que o Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar essa ação, erroneamente referida como representação. Todavia, o Tribunal de Justiça não terá competência para apreciar, em controle abstrato, "a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal" (BARROSO, 2006, p. 137).

2.2.7 Legitimidade Ativa

Ao ampliar a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o artigo 103 da Constituição de 1988 acabou por reduzir o significado do controle difuso ou incidental, pois muitas disputas constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal no processo objetivo (MENDES, 2007, p. 1048).

A Constituição elenca no artigo 103 os legitimados à propositura da ADI e ADC:

> I - o Presidente da República;
> II - a Mesa do Senado Federal;
> III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
> IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
> V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
> VI - o Procurador-Geral da República;
> VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
> IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A melhor doutrina entende que os legitimados dos incisos VIII e IX necessitam ser representados por advogados para propor ação direta de inconstitucionalidade. Por sua vez, a participação do causídico é desnecessária nos casos dos incisos I a VII.

"Para alguns dos legitimados do artigo 103 da Constituição, o STF exige a presença da chamada *pertinência temática*, definida como o requisito objetivo da *relação de pertinência* entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto próprio da ação" (MORAES, 2005, p. 670). Nessa esteira, Clève (2000, p. 163) afirma que "a pertinência temática é um sucedâneo do interesse de agir do processo subjetivo". A pertinência não é exigida para os legitimados universais, que são: Presidente da República, Mesa do Senado e da Camara dos Deputados, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB e os partidos políticos com representação no Congresso.

Por sua vez, a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores e as confederações sindicais ou entidades de classe deverão demonstrar a relação do ataque à norma com seus interesses e atividades.

O **Procurador-Geral da República** (PGR) possui uma atuação dúplice no controle de constitucionalidade concentrado, além de ser um dos legitimados à propositura da ação (103, VI), ele atua também como advogado da Constituição, defendendo o texto constitucional e emitindo opinião sobre todos os processos de competência do STF. Nesse sentido o §1º, do artigo 103 da CF diz que

> O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

O PGR pode opinar, inclusive, pelo indeferimento de ação direta por ele impetrada, pois a atuação do Procurador-Geral não é vinculada a entendimentos pretéritos, além de possuir plena autonomia funcional.

Outra figura importante do controle objetivo é o **Advogado-Geral da União** (AGU), obrigado a defender o texto que ofenda, em tese, a Constituição. A Carta Magna regula a atuação do AGU no artigo 103, §3º:

> Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Para Clève (2000, p. 179), tal previsão reforça o contraditório na ação direta, embora não mude a natureza objetiva do processo. O autor afirma que a posição de "curador da presunção de constitucionalidade da lei", entregue ao AGU pelo constituinte, não foi feliz, pois em alguns casos causa espécie. Isso pode ocorrer quando o AGU for obrigado a defender a constitucionalidade de uma lei estadual, atacada pelo próprio Presidente da República.

2.2.8 Objeto

O artigo 102, I, a, da Constituição garante ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar a *ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*. Assim, não é possível o controle de leis municipais pela via da ADI frente o Supremo Tribunal, todavia, poderão ser atacadas no Supremo em caso de Recurso Especial (controle difuso).

A jurisprudência do STF e a doutrina entendem que, para leis ou atos normativos federais serem atacados pela via da ação direta, eles devem ter sido editados antes da Constituição vigente, isto é, não é possível verificar, concentradamente, a constitucionalidade de normas pré-constitucionais.

A ADPF veio a suprir alguns desses vazios de controle, uma vez que é meio hábil a fiscalizar normas municipais e pré-constitucionais, evitando que um sem-número de leis municipais ou editadas antes de 1988 ficassem sem um instrumento de controle direto.

Assim como o Distrito Federal, a fiscalização de constitucionalidade dos seus atos normativos também é *sui generis*. O STF será competente para julgar as leis distritais que versarem sobre competência legislativa estadual, entretanto, em caso de competência legislativa municipal da Câmara Legislativa, esse ato deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O Supremo Tribunal Federal possui uma posição polêmica quanto ao fato de apenas poderem ser "impugnados mediante ADIn atos que possuam normatividade, vale dizer, sejam caracterizados por generalidade e abstração" (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 764). Assim, leis de efeitos específicos e concretos, como a recente lei 11.932 de 24 de abril de 2009, que inscreve o nome de Antônio de Sampaio, o Brigadeiro Sampaio, no Livro dos Heróis da Pátria ou a lei 11.931 de 22 de abril de 2009, que batiza o aeroporto de Macapá/AP como Alberto Alcolumbre, não podem ser fiscalizadas em ação direta, por lhes faltarem generalidade abstração. Mendes (2007, p. 1062) critica essa posição:

> uma vez que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até

> porque *abstrato* – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.

Barroso (2006, p. 150-160) resume que as seguintes espécies normativas podem ser objeto de análise objetiva: *emendas constitucionais*, *leis complementares*, *leis ordinárias*, *leis delegadas*, *medidas provisórias*, *decretos legislativos* e *resoluções*, *decretos autônomos*, *Constituição do Estado*, *legislação estadual* e *tratados internacionais*. Por outro lado, *atos normativos secundários*, *leis e atos de efeitos concretos*, leis *anteriores à Constituição em vigor*, *leis já revogadas*, *leis municipais em face da CF*, *projetos de lei* e as *súmulas* estariam excluídas de tal fiscalização.

2.2.9 Parâmetro de Controle

Parâmetro de controle é a norma que será utilizada como base, como baliza, para a aferição de constitucionalidade de uma lei; é a norma que está sendo ofendida. Para Alexandrino e Paulo (2008, p. 768), "há sempre uma relação entre a norma objeto de impugnação e o texto constitucional em face do qual aquela está sendo impugnada, denominado 'texto constitucional parâmetro' cuja supremacia pretende-se ver respeitada".

Quanto às normas revogadas, Mendes (2007, p. 1067) leciona que "constantes mudanças ou revogações de textos constitucionais levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a inadmissibilidade do controle abstrato de normas, se se cuida de aferição de legitimidade de ato em face de norma constitucional já revogada".

A ADC e ADI tem como parâmetro todas as normas formalmente constitucionais, inclusive os princípios implícitos. Com o advento da EC nº 45/2004, o parâmetro foi estendido aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que atendido o artigo 5º, §3º da Constituição (NOVELINO, 2008, p. 121).

2.2.10 Processo e Julgamento

A Lei 9.868/99 substituiu o Regimento Interno do STF na regulação sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A petição inicial deverá ser apresentada em duas vias e conter o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações (artigo 3º).

> É interessante notar que, a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não fica o STF adstrito a eles na apreciação que faz da constitucionalidade dos dispositivos questionados. É dominante no âmbito do Tribunal que na ADI (e na ADC) prevalece o princípio da *causa petendi* aberta (MENDES, 2007, p. 1068).

Assim, o Supremo pode decidir pela inconstitucionalidade de uma lei, com base em argumentos diversos daqueles expostos pelo autor, pois o controle concentrado é regido pelo princípio da "causa de pedir aberta".

A petição inicial inepta, a não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator e dessa decisão caberá agravo (artigo 4º). Uma vez proposta a ação direta, não se admitirá a desistência (artigo 5º), pois a ADI é um processo objetivo que visa a garantir a higidez do ordenamento. Recebida a inicial, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (artigo 6º).

O artigo 7º da Lei 9.868/99 não admite a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. O relator, todavia, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades (artigo 7º, §2º).

> Essa inovação passou a consagrar, no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, a figura do *amicus curiae*, ou o "amigo da Corte", cuja função primordial é juntar aos autos parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo

> Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a inconstitucionalidade da espécie normativa impugnada (MORAES, 2005, p. 677).

Após o curso do prazo de informações (artigo 6º), serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão se manifestar no prazo de quinze dias (artigo 8º). Vencidos os prazos de informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. 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 emitam parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (artigo 9º).

> Supera-se, dessa forma, e em boa ora, a crença dominante de que a ação direta não comportaria fase probatória, devido a seu caráter estritamente objetivo. Na moderna dogmática jurídica, os fatos, a natureza dos problemas e as conseqüências práticas das soluções preconizadas desempenham papel de crescente importância na interpretação constitucional. Já não corresponde mais às demandas atuais uma interpretação asséptica e distanciada da vida real, fundada apenas no relato da norma (BARROSO, 2006, p. 165, sic).

2.2.11 Medida Cautelar

Presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* é possível a concessão de medida cautelar no curso do julgamento da ADI. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, desde que presentes na sessão pelo menos oito Ministros (artigo 10 e 22). A medida cautelar será *erga omnes* e com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (artigo 11).

2.2.12 Decisão Final

A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada pelo voto de seis Ministros, se presentes na sessão pelo menos oito (artigo 22 e 23).

> O artigo 24 acentua o caráter "dúplice" ou "ambivalente" da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, estabelecendo que, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (MENDES, 2007, p. 1074).

A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória (artigo 26).

2.2.13 Efeitos

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade produz efeitos próprios, que podem ser divididos em eficácia *erga omnes* (contra todos), efeitos *ex tunc* (retroativos), efeito vinculante e caráter repristinatório. Alguns autores preferem enquadrar tais efeitos dentro dos limites objetivos, subjetivos e temporais da decisão.

2.2.13.1 Eficácia erga omnes

Conforme o artigo 102, §2º da Constituição, e o artigo 28 da Lei 9868/99, a

decisão que julgar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei valerá contra todos, e não apenas contra as partes do processo.

> Afirmar que a decisão é dotada de eficácia *erga omnes* significa dizer que a decisão tem força geral, contra todos, alcançando todos os indivíduos que estaria sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado. Desse modo, todas as pessoas que se encontrem abrangidas pela situação prevista na lei ou ato normativo serão atingidas pela decisão da ação direta. (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 792)

Diferentemente do controle difuso, não é necessário a intervenção do Senado para a concessão de eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo, pois se trata de processo objetivo com o fito de expurgar a norma inconstitucional do ordenamento. Assim, por não se tratar de processo que visa a defender direitos individuais, a decisão deverá ter eficácia *erga omnes* e valer contra todos.

2.2.13.2 Efeito ex tunc

No controle de constitucionalidade brasileiro, a regra é a de que a decisão emanada do controle concentrado possui efeitos *ex tunc*, isto é, seus efeitos retroagem à data em que a lei atacada entrou no ordenamento jurídico. Dessa forma, é possível anular os efeitos da lei inconstitucional pelas vias apropriadas. Para Clève (2000, p. 244), a decisão do Supremo é declaratória, e não constitutiva-negativa, pois apenas reconhece a nulidade pré-existente de referida norma, por isso que tal decisão possui efeitos retroativos.

O artigo 27 da lei 9868/99 inovou ao permitir a modulação dos efeitos temporais, assim, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. De acordo com o artigo 27, a decisão do STF pode gerar efeitos a partir da data do julgamento (*ex nunc*) ou estipular uma data futura (*pro*

futuro). O Supremo objetivou resguardar a segurança jurídica de atos já edificados sobre uma norma inconstitucional, pois, em muitos casos, a anulação desses atos traria inúmeros prejuízos, como no caso de vantagens salariais recebidas de boa-fé.

A manipulação dos efeitos temporais é própria do controle concentrado, pois é regulada pela lei 9868/99 – que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, como se verá adiante, o instituto da modulação também está sendo aceito no controle difuso.

2.2.13.3 Efeito repristinatório

Para Clève (2000, p. 249), o efeito repristinatório no Brasil é de construção jurisprudencial, enquanto em Portugal é previsto pela própria Constituição ao declarar que haverá repristinação das normas revogadas pela lei julgada inconstitucional. Alexandrino e Paulo (2008, p. 795) ilustram a questão da seguinte forma:

> Imagine-se que a lei Beta tenha revogado a lei Alfa em 10.08.2005. Posteriormente, em 10.02.2007, a lei Beta foi declarada inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade. Nessa situação, com a declaração da inconstitucionalidade da lei Beta, restaura-se a vigência da lei Alfa, como se sua revogação nunca tivesse existido, uma vez que os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade são retroativos (*ex tunc*).

Clève (2000, p. 250) afirma existir a problemática da norma repristinada ser tão ou mais inconstitucional do que a norma atacada, dessa maneira "detectada a manifestação de eventual eficácia repristinatória indesejada, cumpre requerer, igualmente, já na inicial da ação direta, a declaração da inconstitucionalidade, e, desde que possível, a do ato normativo ressuscitado". Desse modo, caberá ao autor no pedido inicial requerer tanto a inconstitucionalidade da lei vigente como a inconstitucionalidade da lei porventura repristinada.

2.2.13.4 Efeito vinculante

Nos termos do §2 do artigo 102 da Constituição, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e produzirão efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal. O artigo 28 da Lei 9868/99 também confere efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Isso "significa que todos os demais órgãos do Judiciário e todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo, ficam vinculados à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo desrespeitá-la" (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 793).

Novelino (2008, p. 127) esclarece que "a fim de evitar uma '*fossilização da Constituição*' o efeito vinculante da decisão não atinge o próprio STF, que em determinadas circunstâncias, poderá rever suas decisões".

A reclamação é a medida processual adequada para evitar que atos e decisões judiciais contrariem a autoridade e integridade das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, evitando que sua competência seja usurpada.

O artigo 102, I, 'l', da Constituição estabelece que compete ao Supremo processar e julgar a reclamação para que sua competência e garantia da autoridade de suas decisões sejam preservadas. Mais além, o artigo 103-A, §3º, afirma que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Nas palavras de Alexandrino e Paulo (2008, p. 793), "toda e qualquer pessoa atingida por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF, no julgamento cautelar ou de mérito proferido em ação direta, é considerada como parte legítima para a propositura da reclamação".

Uma vez expostas as diferenças e peculiaridades do modelo difuso e do modelo

concentrado, analisar-se-á no terceiro capítulo a aproximação dos efeitos do controle difuso, àqueles que são próprios do controle concentrado constituindo verdadeira abstrativização do controle difuso.

3 ABSTRATIVIZAÇÃO

Recentemente, percebe-se uma aproximação cada vez maior dos efeitos do controle difuso àqueles do controle concentrado, em grande parte pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essa temática é de uma importância e relevância ímpar, principalmente pelo seu caráter pioneiro e pela força que vem ganhando nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

A tendência de aproximação dos efeitos do controle difuso àqueles do controle concentrado possui uma grande variação de nomenclaturas. Segundo Vaz (2009, p. 4) Pedro Lenza usa a expressão *transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso*, Fredie Didier Jr denomina de *objetivação do recurso extraordinário*. Leonardo Martins, por sua vez, prefere *a concentração da justiça constitucional via generalização dos efeitos do recurso extraordinário* enquanto Walber de Moura Agra utiliza a *predominância do controle concentrado em relação ao controle difuso*.

Na presente monografia, utilizar-se-á a expressão *abstrativização*, utilizada na obra de Marcelo Novelino, por ser a mais usada na atualidade e por exprimir a idéia de aproximação dos efeitos do controle concreto ao controle abstrato. É possível extrair da sua obra o seguinte excerto:

> No âmbito legislativo e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se verificado uma gradativa tendência de "abstrativização" do *controle concreto*. A interpretação dada pelo STF possui especial relevância, por ser o "guardião da Constituição" (art. 102, *caput*), cabendo-lhe dar a última palavra na descoberta do conteúdo e na fixação do alcance das normas constitucionais. Interpretações divergentes acabam por enfraquecer a *força normativa* da da Constituição (NOVELINO, 2008, p. 110).

Como exposto acima, a tendência de abstrativização do controle difuso ou concreto consiste em equiparar os efeitos do controle difuso àqueles que são próprios do controle abstrato. Isto é, conceder eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ante o julgamento de Recursos Extraordinários e/ou *Habeas Corpus*, bem como modular os efeitos de decisões tomadas no curso do controle difuso.

Andrea Alves dos Santos, em estudo sobre a abstrativização, aponta os embasamentos para a teoria da abstrativização. Para ela essa tendência visa:

> a possibilitar a aplicação dos efeitos *erga omnes* e vinculante (típicos do controle abstrato) às decisões dele emanadas. Têm-se como argumentos justificadores de tal tendência: a força normativa e a supremacia da Constituição, a função institucional do STF como guardião e intérprete máximo da Constituição e a dimensão política de suas decisões, e a economia, efetividade e celeridade do processo. Ou seja, com a tese da abstrativização, o Recurso Extraordinário, antes destinado apenas ao controle concreto de constitucionalidade, deixa, em determinados casos, de ser utilizado como mais um grau de jurisdição às partes na lide privada, para se tornar mais objetivo, na defesa da ordem constitucional (SANTOS, 2008, p. 2).

A controvérsia sobre essa nova tendência reside no fato de que, ao conceder eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso, o STF estaria excluindo o papel do Senado Federal na suspensão da lei, conforme o artigo 52, X, da Constituição. Na mesma esteira, ao conceder efeito vinculante às decisões do controle difuso, mediante maioria absoluta, estaria desrespeitando frontalmente o *quorum* de dois terços exigidos para a aprovação de súmula vinculante, conforme preceitua o artigo 103-A da Constituição. Além disso, a modulação dos efeitos temporais da decisão é própria do controle abstrato, porquanto é prevista pelo artigo 27 da Lei 9.868/99, que regula o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Feita essa pequena introdução, faz-se mister expor que o presente capítulo analisará a tendência de abstrativização do controle difuso sob a óptica de diversos casos concretos levados ao Supremo Tribunal Federal. Serão estudados *leading cases* como o caso Mira Estrela (RE 197.917/SP) que modulou os efeitos da decisão em sede recurso extraordinário, para fixar a eficácia *pro futuro* da decisão, bem como a Resolução 21.702 do TSE, que concedeu eficácia *erga omnes* baseando-se no julgamento do RE 197.917/SP e as ADI's 3.345 e 3.365 que atacaram a constitucionalidade dessa Resolução. O *habeas corpus* 82.959/SP que concedeu a progressão de regime aos condenados por crime hediondo e a Reclamação 4.335/AC que discute a ofensa à decisão emanada nesse *habeas corpus* também serão examinados. A Reclamação 4.335/AC versa sobre ponto nevrálgico

da abstrativização, visto que decidirá a possibilidade de serem concedidos eficácia *erga omnes* às decisões do controle difuso sem a participação do Senado Federal. No momento a discussão encontra-se empatada em dois votos.

A objetivação do recurso extraordinário também será posta sob escrutínio, pois com a exigência da repercussão geral para a análise do recurso e a possibilidade de concessão de efeito vinculante à decisão, o recurso extraordinário vem ganhando um semblante de ferramenta do controle objetivo, perdendo paulatinamente seu caráter precípuo de defesa dos interesses subjetivos.

3.1 OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário (RE), *a priori*, é ferramenta do controle difuso de constitucionalidade, pois objetiva garantir a defesa de interesses individuais naqueles casos previstos no inciso III, do artigo 102 da Constituição Federal. Recentemente, contudo, o recurso extraordinário está se transformando em mecanismo do controle abstrato de constitucionalidade.

No curso do Processo Administrativo nº 318.715/STF, que fomentou a edição da Emenda nº 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes foi pelo mesmo caminho da objetivação do Recurso Extraordinário ao sustentar que

> Deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). [...]
> A função do Supremo nos recursos extraordinários — ao menos de modo imediato — não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à corte via Recurso Extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos (MADOZ, 2005, p. 75-76).

Fredie Didier Júnior (2006, p. 4-7) no artigo *Transformações do recurso extraordinário* cunhou o termo "objetivação do recurso extraordinário" e apontou diversas manifestações desse fenômeno na legislação e jurisprudência, entre eles: a súmula vinculante e a repercussão geral; o caso Mira Estrela (RE 197.917/SP) e o caso da progressão de regime dos crimes hediondos (HC 82.959/SP); a dispensa do prequestionamento no AI 375.011/RS; a aceitação da causa de pedir aberta no RE 298.694/SP; a aceitação do *amicus curiae* em sede de controle difuso; a dispensa do reexame necessário em casos de sentença baseada no posicionamento tomado pelo Pleno do STF (475, §3º do CPC); a desnecessidade de afetação do incidente de inconstitucionalidade ao plenário dos Tribunais Estaduais, quando já houver pronunciamento do Pleno do STF sobre a questão (481 do CPC); e o cabimento da Reclamação ante o desrespeito de súmula vinculante (103-A, §3º da CF). Todos esses exemplos levariam a crer que caberia a reclamação constitucional, "*para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante*" (DIDIER JR, 2006, p. 6).

Os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante fizeram o modelo concreto aproximar-se do modelo abstrato na medida em que se concedeu efeito vinculante às decisões emanadas do controle concreto em um julgamento que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Conforme Beçak (2007, p. 11) "com a criação do mecanismo da 'repercussão geral' e da súmula vinculante, o próprio modelo difuso parece estar adquirindo características do modelo abstrato".

A repercussão geral objetivou reduzir o número de recursos que pudessem chegar ao Supremo, bem como depurar as questões a serem abordadas. Procurou-se criar um filtro que deixasse permear apenas as questões constitucionais relevantes, afastando do STF as problemáticas meramente privadas.

"No sistema anterior, havia como que uma pressuposição genérica, a de que qualquer eventual ofensa objetiva à Constituição seria relevante. Hoje, não mais. É necessário um *plus*" (BEÇAK, 2007, p. 8). Esse *plus* é previsto no artigo 543-A, §1, do CPC como as questões relevantes "do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa".

Jucá (2008, p.2) segue na mesma linha de raciocínio. O autor acredita que o Supremo Tribunal Federal deve apenas tratar das questões que possuam uma repercussão maior, "que represente o interesse geral, e não apenas interesse individual, daí porque a nova exigibilidade desse requisito de admissibilidade".

Fica clara a objetivação do recurso extraordinário e sua aproximação do controle abstrato na medida em que as discussões não são mais travadas sobre o caso concreto, e sim com base na lei em tese.

A súmula vinculante, por seu turno, estabeleceu o efeito vinculante (típico do controle concentrado) no controle difuso sem a participação do Senado Federal. Tal possibilidade conferiu força à decisão do Supremo ao passo que vincula a Administração Pública e pode ser protegida pela via da reclamação (também típico do controle concentrado). Para tanto, a decisão deverá ser tomada por dois terços dos votos do STF, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional.

Para Deivid Sarmento Vaz a súmula vinculante seria mais uma prova do enfraquecimento do Congresso Nacional "porque, embora vincule os tribunais inferiores e a Administração Pública e exale efeitos gerais, não elimina formalmente a lei do ordenamento jurídico".

Sabrina Jucá (2008) sustenta que as súmulas vinculantes corroboram a tendência de abstrativização do controle concreto, pois cuidam de julgamentos reiterados de casos concretos com efeitos *inter partes*. Esses julgados "passam a ganhar força de observância obrigatória daqueles mesmos efeitos por todas as pessoas, sendo defeso a qualquer juiz ou tribunal decidir de forma divergente" (Id., Ibid., p.2). Glauco Leite (2007) acredita que as súmulas vinculantes criaram uma ponte entre a jurisdição constitucional difuso-concreta e a concentrado-abstrata em virtude do efeito vinculante. Ao promover a força obrigatória das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, acaba-se por fomentar "um maior entrosamento da jurisdição difuso-concreta com a concentrado–abstrata, atenuando a conhecida tensão dialética que caracteriza a convivência desses modelos" (Id., Ibid., p. 1999).

> Ressalte-se que, apesar de importar na diminuição no número de recursos extraordinários submetidos ao julgamento do STF, o que inclusive é objeto de crítica de parte da doutrina constitucionalista brasileira, o objetivo fundamental da instituição da "**repercussão geral**" não é de ordem quantitativa, mas sim

> qualitativa com fim precípuo de alçar à Corte Constitucional brasileira apenas os recursos de relevante ordem constitucional que importem em alteração ou violação à realidade político-social desejada pela Constituição. A súmula vinculante, sim, é que foi criada sob o aspecto meramente quantitativo, com o fim de propiciar a prestação jurisdicional de forma célere e compatível com o princípio da segurança jurídica resguardado pela própria Constituição (MORAIS, 2008, p. 7, grifo nosso).

Ante todo o exposto, resta claro a abstrativização do controle difuso-concreto à proporção que a repercussão geral e a súmula vinculante ganham efeitos que antes eram próprios do controle concentrado-abstrato.

O STF corroborou essa tendência de objetivação do recurso extraordinário ao dispensar a exigência do prequestionamento no AI 375.011, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

> Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora da efetiva prestação jurisdicional. Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Min. Pertence, por maioria, DJ 23/4/2004, quando o Plenário desta Casa, a par de alterar antiga orientação quando ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte *a quo*. Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra - em questão de direito - proferida por esta Corte. (STF - RE 375.011/RS - 05/10/2004 - Rel. Min. Ellen Gracie)

A Ministra deu provimento ao recurso extraordinário, mesmo ante a falta de prequestionamento, pois, se decidisse de maneira diversa, estaria brindando o tratamento anti-isonômico, uma vez que a questão afetaria inúmeros servidores do Município de Porto Alegre de maneira diferenciada. Existiria a possibilidade de alguns servidores sagrarem-se vitoriosos pela ausência de prequestionamento no RE do município e outros restarem vencidos ante o cumprimento desse requisito. Assim, pelo mesmo *métier* realizado, alguns

receberiam mais e outros menos, situação que jamais poderia ser aceita pelo Guardião da Constituição.

No RE 298.694/SP, o STF decidiu por maioria que seria possível o julgamento de um recurso extraordinário utilizando-se um embasamento diverso daquele utilizado pelo tribunal *a quo*. Assim como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo entendeu que "a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal" (DIDIER JR, 2006, p. 5). O Ministro Carlos Ayres Britto seguiu no mesmo entendimento do Ministro relator Sepúlveda Pertence *in verbis*.

> Nada na Constituição, nada na lógica jurídica autoriza a inaplicabilidade do *iura novit curia* às decisões da Casa, em sede de recurso extraordinário. Não é a extraordinariedade do recurso que vai forçar o Supremo Tribunal Federal a restringir o seu próprio âmbito de apreciação da matéria. (STF - RE 298.694/SP - Rel. Min. Carlos Ayres Britto - 06/08/2003)

Acompanhando o voto do relator e do ministro acima citado, Cézar Peluso defende o mesmo posicionamento, pois para ele "o Tribunal não está vinculado ao fundamento que o recorrente invoque no recurso extraordinário".

A aceitação da participação do *amicus curiae* na fiscalização difusa também é uma prova da aproximação do controle difuso ao controle concentrado, pois tal figura processual é prevista no artigo 7º, § 2º, da lei nº 9.868/99 que regula o controle concentrado. No informativo nº 402 do STF, o Tribunal, por maioria

> considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001 (arts. 14, § 7º, e 15), resolveu questão de ordem no sentido de admitir a sustentação oral da Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos - COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil (STF - RE 416827/SC e RE 415454/SC - Rel. Min. Gilmar Mendes - 21.9.2005).

O artigo 543, § 6º, do CPC instituiu tal participação ao estatuir que "o relator

poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

Sarmento Vaz (2009) aponta que essa possibilidade fortaleceria a idéia do efeito *erga omnes* à decisão do STF pela via do recurso extraordinário, sem a participação do Senado:

> Essa previsão estaria na onda da maximização da feição objetiva do controle difuso. Franqueando-se aos interessados a possibilidade de manifestação sobre a questão posta em juízo, estar-se-ia ampliando a discussão para além das partes. Posto isso, os efeitos oriundos da coisa julgada extrapolariam o caso concreto para atingir a todos. (Id., Ibid., p. 10)

A figura do *amicus curiae* como fomentador de discussões que extrapolariam o mero direito subjetivo faz transcender a questão para a discussão objetiva da lei que se visa a afastar, muito semelhante ao ideal de amigo da corte do controle abstrato. A participação da figura do *amicus curiae* no controle do difuso garante a pluralidade de opiniões e a democratização do controle de constitucionalidade.

O artigo 475, §3ª, do Código de Processo Civil também endossa a tendência de abstrativização, uma vez que afirma que não está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença que "estiver fundada em jurisprudência do **plenário** do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente" (grifo nosso). Diante de tal dispositivo legal, é possível visualizar que o legislador não fez diferenças entre posicionamentos sumulados ou não, muito menos entre decisões tomadas no curso do controle objetivou ou subjetivo, **o que importa é a decisão ter sido tomada pelo Pleno do STF.**

O disposto pelo artigo 481 do CPC vai no mesmo sentido, pois durante o julgamento do incidente de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição (*sic)* de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão". Assim como no caso do artigo 475, §3, aqui também não é importante a decisão ter sido tomada no controle difuso ou no controle concentrado, novamente, o importante é a decisão ser do Pleno do Guardião da Constituição.

O entendimento do Código de Processo Civil vai ao encontro da tendência de abstrativização, pois o Código entendeu que não faz nenhuma diferença – em termos de precedentes – a decisão ter sido tomada no controle difuso ou no controle concentrado, uma vez que o Pleno será o mesmo.

Vale ressaltar que a análise do julgamento no incidente de inconstitucionalidade realizado pelos Tribunais de Justiça dos estados, embora seja ferramenta do controle difuso, é feita abstratamente. "*Ademais, trata-se de incidente de caráter objetivo – processo objetivo – semelhante ao utilizado nas ações diretas de constitucionalidade*" (MONTEZ, 2007, p. 4-5).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 também aproximou os dois tipos de controle ao inserir o artigo 103-A na Constituição Federal e permitir "*o ajuizamento da reclamação constitucional para cassar a decisão judicial que contrariar 'súmula' vinculante – editada, conforme visto, a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade*" (DIDIER JR, 2006, p. 5). Fredie Didier Júnior (2006, p. 6-7) entende que o conceito de *reclamação constitucional* deveria ser alargado, para que se pudesse abranger:

> os casos de desobediência a decisões tomadas pelo *Pleno* do STF em *controle difuso de constitucionalidade*, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a "súmula" vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o *controle difuso* de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas.

Ante toda exposição desse arcabouço fático e exemplificativo, fica difícil não visualizar a objetivação do recurso extraordinário e sua transformação em ferramenta do processo objetivo, corroborando assim, a tendência de abstrativização do controle difuso.

Por serem verdadeiros *leading cases* da tendência de abstrativização, o caso Mira Estrela e o caso da progressão de regime dos crimes hediondos serão tratados com mais profundidade em momento seguinte.

3.2 CASO MIRA ESTRELA

Tendo em vista a grande importância dos desdobramentos do *leading case* Mira Estrela para a tendência de abstrativização do controle difuso-concreto, faz-se necessário um breve intróito fático.

Ocorre que o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) ajuizou ação civil pública objetivando reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela de onze para nove. O *Parquet* paulista argumentou que o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica do Município estava em desacordo com a norma constitucional do artigo 29, IV, 'a', acarretando conseqüências gravosas para o erário.

O juiz de primeiro grau julgou a ação parcialmente procedente, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma atacada e determinando que o número de vereadores fosse reduzido. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por sua vez, reverteu a decisão, pois o número de onze vereadores encontrava-se dentro do permitido pelo artigo 29, IV, da Constituição.

Inconformado com a decisão do TJSP, o MPSP interpôs recurso extraordinário (**RE 197.917/SP**) com fulcro no artigo 102, 'a' e 'c', da Constituição. O *Parquet* sustentou que "o artigo 6º, parágrafo único, da Lei Orgânica local, em contraste com a proporcionalidade exigida pela Carta Federal, fixou número excessivo de Vereadores, dado que o Município em questão possui somente 2.651 habitantes".

O parecer do Ministério Público Federal pode ser resumido pela seguinte ementa:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. FIXAÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES. AUTONOMIA VINCULADA. CRITÉRIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE (ART. 29, INCISO IV, DA CF/88).
> 1. Nulidade de norma estabelecida em Lei Orgânica Municipal que fixou o número de vereadores em desconformidade com o art. 29, IV, "a", da atual Constituição Federal.
> 2. Clara antijuridicidade de ato normativo que fixa em onze (11) o número de vereadores para município que detém menos de três mil (3.000) habitantes.

3. Incontroverso dano ao patrimônio público municipal.
4. Autonomia municipal que deve ser exercida com observância dos parâmetros analíticos estabelecidos no texto constitucional vigente.
5. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso. (STF - RE 197.917/SP - Rel. Min. Maurício Corrêa - 24/03/2004)

Após amplas discussões, o voto do relator Maurício Corrêa restou vencedor com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.
1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.
2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.
3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.
4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.
5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).
6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º).
7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantun*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.
8. **Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave**

> **ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade**. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF - RE 197.917/SP - Rel. Min. Maurício Corrêa - 24/03/2004, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que as balizas estatuídas no artigo 29, IV, 'a', da Constituição (mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes) devem ser interpretadas matematicamente. A Corte entendeu que se a regulação do número de vereadores fosse deixada ao alvedrio dos Municípios, correr-se-ia o risco de inúmeras desproporções que acabariam por ferir a proporcionalidade desejada pelo constituinte. Vale citar o caso de própria Mira Estrela-SP que possuía 11 vereadores para 2.636 habitantes, enquanto Adamantina-SP contava com 9 vereadores para 32.766 habitantes. A incongruência tomou matizes mais assustadoras quando se constatou que São Manuel-SP (38.271 habitantes) e Guarulhos-SP (972.197 habitantes) possuíam igualmente, 21 vereadores.

Capitaneados por Gilmar Mendes, os Ministros do STF adotaram posicionamento inovador ao modular os efeitos temporais desta decisão, isto é, concederam efeitos *pro futuro* a uma decisão emanada do controle concreto. Ocorre que a modulação dos efeitos é prevista apenas no artigo 27 da Lei 9.868/99, que regula o controle concreto. No seu voto, o Ministro defende que "a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental". O argumento mais forte de Gilmar Mendes para corroborar essa tese é que, "tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária".

No caso de Mira Estrela, por exemplo, se fosse adotada a tese da nulidade com efeitos *ex tunc*, o ordenamento legal municipal sofreria uma enorme insegurança jurídica. Seria possível atacar quase todas as votações legislativas do Município, uma vez que, em muitos casos, os votos dos vereadores irregulares fizeram a diferença para aprovação das leis.

Gilmar Mendes não objetiva desconsiderar o princípio da nulidade da lei, ele acredita, porém

> Que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. (STF - RE 197.917/SP - Rel. Min. Maurício Corrêa - 24/03/2004).

Dessa forma, Gilmar Mendes entende que em muitos casos será preferível "a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito". Por esse motivo, o atual presidente do Supremo Tribunal deu provimento ao recurso do Ministério Público, no sentido de declarar a inconstitucionalidade da lei de Mira Estrela. Ressalvou que essa declaração não deveria afetar "a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral".

Com esse voto, o Ministro Gilmar Mendes guiou o Supremo Tribunal Federal para o caminho pioneiro da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*, decidida em controle difuso.

Após o Supremo Tribunal Federal julgar o RE 197.017/SP, o Tribunal Superior Eleitoral expediu a Resolução TSE nº 21.702/2004, que regulou o número de vereadores nos municípios. O artigo primeiro da Resolução estabeleceu que "nas eleições municipais deste ano [2004], a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, conforme as tabelas anexas". Dessa forma, o TSE acabou por dar eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal, transcendendo os motivos determinantes do caso Mira Estrela, porquanto a mesma motivação utilizada no caso do município paulista serviu de base para a Resolução do TSE.

A Resolução do TSE comprova novamente a tendência de abstrativização do controle difuso, pois um julgamento de recurso extraordinário (controle concreto) serviu de base e fundamento para a concessão de eficácia *erga omnes*, transcendendo os motivos determinantes da decisão de Mira Estrela.

Em virtude dessa Resolução do TSE, o Partido Progressista - PP e o Partido

Democrático Trabalhista - PDT ajuizaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3345/DF e 3365/DF, respectivamente. Os partidos políticos sustentaram ofensa à reserva legal, à separação dos poderes, à anterioridade da lei eleitoral e à autonomia municipal. Além disso, alegaram que o efeito típico do controle concreto é o *inter partes*, não se podendo falar em eficácia *erga omnes*. No julgamento, o Supremo entendeu que não houve tais ofensas, pois a Resolução 21.702/2004 do TSE objetivou fornecer efetividade e concreção à decisão do Pleno do STF no RE 197.917/SP. Essa decisão deu "interpretação definitiva à cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF, conferindo efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento" (STF - RE 197.917/SP - Rel. Min. Maurício Corrêa - 24/03/2004). O Supremo Tribunal Federal visualizou que o Tribunal Superior Eleitoral alargou os efeitos da decisão da Corte Constitucional, a fim de evitar tratamentos díspares e divergentes na fixação do número de vereadores.

> Afirmou-se que o TSE, dando expansão à interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo - na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição Federal - em relação à citada cláusula de proporcionalidade, submeteu-se, na elaboração do ato impugnado, ao princípio da força normativa da Constituição, objetivando afastar as divergências interpretativas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de Vereadores, bem como assegurar normalidade às eleições municipais. Vencido o Min. Marco Aurélio que dava pela procedência dos pedidos, ao fundamento de que o TSE extrapolou sua competência para editar resoluções - a qual estaria limitada ao cumprimento do Código Eleitoral (Cód. Eleitoral, art. 23, IX) - ao fixar tabela quanto ao número de vereadores, cuja incumbência, nos termos do inciso IV do seu art. 29 da CF, e desde que observados os limites mínimo e máximo previstos neste último dispositivo, seria de cada Câmara de Vereadores, por meio de Lei Orgânica dos Municípios (Informativo 398 do STF).

Ante a exposição do *leading case* Mira Estrela, comprova-se a abstrativização do controle concreto ao perceber a modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de controle difuso, assim como a transcendência dos motivos determinantes do julgado a fim de que se pudesse conferir eficácia *erga omnes* à essa mesma decisão, protegendo, dessa forma, a autoridade das decisões plenárias do STF.

3.3 CASO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

O caso da progressão de regime nos crimes hediondos é um dos mais paradigmáticos para o estudo da abstrativização. No julgamento do HC 82.959/SP, o Supremo Tribunal Federal apreciou a lei pelo plano objetivo e declarou sua inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Enquanto no caso Mira Estrela a concessão de eficácia *erga omnes* foi realizada pela Resolução do TSE e posteriormente chancelada pelo STF, aqui, a concessão desse efeito encontra-se em discussão no julgamento da Reclamação 4.335/AC.

Em 2003 o paciente Oseas de Campos impetrou *habeas corpus* em nome próprio sustentando que o estupro sem a ocorrência de lesão corporal grave ou morte não constitui crime hediondo. Aduziu também a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90. O impetrante requereu a redução da pena e a progressão no regime de cumprimento. O *habeas corpus* fora indeferido no Superior Tribunal de Justiça com a seguinte ementa:

> PROCESSUAL PENAL HABEAS-CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.
> - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.
> - E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos.
> - É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal.
> - Habeas-corpus denegado. (STJ – HC 23.920/SP – Rel. Min. Vicente Leal – 12/12/2002).

Ante o indeferimento, Oseas de Campos impetrou novo *habeas corpus*, agora no Supremo Tribunal Federal. Dessa vez, os ministros da Corte Constitucional concederam o *habeas corpus* para que fosse afastada a impossibilidade de progressão de regime a fim de que cada juiz, no caso concreto, verificasse a possibilidade da progressão.

No seu voto, o ministro relator Marco Aurélio entendeu ser inconstitucional §1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que vetava a progressão de regime. Para Marco Aurélio, a impossibilidade de progressão feriria o princípio da dignidade, pois o apenado deveria possuir "esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso".

A lei também afrontava o princípio da individualização da pena, pois "a progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento voltado à ordem" (STF – HC 82.959/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - 23/02/2006). A pena não deve ser individualizada apenas no momento de observar as circunstâncias judiciais, deve ser individualizada também no momento da progressão. Se tal direito fosse extirpado do condenado, ele não teria o menor pudor em cometer novos crimes dentro do sistema prisional, visto que seu regime seria inexoravelmente o fechado. Com essa medida, o STF visou a diminuir o número de crimes dentro dos presídios.

Marco Aurélio sustentou a incongruência do §1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) com o §7º do artigo 1º da Lei n. 9.455/97 (Lei da Tortura), pois esta estipula que o condenado pelo crime de tortura **iniciará** o cumprimento da pena em regime fechado, ao passo que a Lei de 1990 estatui que a pena será cumprida **integralmente** em regime fechado.

A desarmonia reside na previsão constitucional, porque o artigo 5º da Lei Maior confere tratamento equânime às duas modalidades de crime, *in verbis*:

> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da **tortura**, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e **os definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (grifo nosso)

Assim, o legislador não poderia ter conferido tratamento diferenciado aos dois crimes, pois, para o relator, "quando duas leis infra-constitucionais [...] dispõe diferentemente sobre tratamento que a Constituição quer comum e idêntico às situações – infrações penais – que expressa, há de prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu" (STF – HC 82.959/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - 23/02/2006). O ministro sustenta que o ordenamento penal constitui um sistema racional e lógico, não se podendo permitir contradições internas.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes defendeu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, assim como no caso Mira Estrela. O ministro alegou que a nulidade *ex tunc* geraria efeitos negativos em todo o ordenamento, principalmente na questão atinente à segurança jurídica, pois por muitos anos o Supremo entendeu ser constitucional a norma ora atacada.

> A aplicação do art. 27 da Lei nº 9868/99, na hipótese em questão, para conferir eficácia *ex nunc* ao julgado em questão foi necessária para evitar que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo pela Corte Constitucional, com os regulares efeitos pretéritos, invalidasse todas as vedações a progressões de regime em crimes hediondos, permitindo-se ao juiz de execução penal individualizar a questão da inconstitucionalidade na vedação da progressão pela natureza do crime. Ou seja, se o preso estivesse impedido de progredir de regime por outros óbices de natureza legal, a declaração de inconstitucionalidade da vedação pela natureza do crime, com efeitos *ex nunc*, não impediria ao juiz da execução penal em mantê-lo preso em regime mais grave por outras determinações legais que não o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90 (MORAIS, 2008, p. 5).

Novamente, visualiza-se a abstrativização do controle difuso ao modularem-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na fiscalização em concreto.

Assim sendo, em votação apertada (6x5), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos em julgado com o seguinte acórdão:

> PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER.
> A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.
> PENA - CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO –

> PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.
> [...]
> O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. (STF – HC 82.959/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - 23/02/2006, sic).

Para o professor Luiz Flávio Gomes (2006) o caso do HC 82.959/SP é paradigmático, porque concentra todos os requisitos para a abstrativização. A decisão foi do Pleno, a problemática sobre a progressão de regime foi discutida em face da lei em tese e não apenas do caso concreto, "ademais, houve a preocupação de se definir a extensão dos efeitos da decisão, para disciplinar relações jurídicas pertinentes 'a todos' (não exclusivamente ao caso concreto)" (Id., Ibid., p. 4). O autor concluiu que apesar da ausência de previsão legal, "o julgamento de inconstitucionalidade de um texto legal, pelo STF, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, no que diz respeito à sua 'validade', acaba produzindo efeitos 'contra todos' e possui eficácia vinculante" (Id., Ibid., p. 4).

Jonatas Vieira de Lima (2008, p.4, sic) aduz que o acórdão do STF deixou claro o desejo de atribuir efeitos "*ultra partes*", pois a decisão preocupou-se com "*a repercussão em outros casos similares, abandonando a idéia de que a decisão, por ter se dado no controle difuso, teria eficácia apenas entre as partes*", conforme pode-se extrair da parte final do julgado:

> a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. (STF – HC 82.959/SP - Rel. Min. Marco Aurélio - 23/02/2006, sic).

Marcus Vinicius Lopes Montez (2007, p. 6) segue a mesma linha ao defender que mesmo a decisão tendo sido emanada de um *habeas corpus* (controle difuso), "o Supremo Tribunal Federal afirmou expressamente que a progressão de regime deveria, a partir daquele momento, ser apreciada casuisticamente pelos magistrados".

Parecia que tudo caminhava para a pacífica aceitação de que as decisões do Pleno do STF em sede de controle difuso também possuiriam a autoridade *erga omnes* e o efeito vinculante. Ocorre que posteriormente ao julgamento do HC 82.959/SP, o Defensor Público da União, Valdir Perazzo Leite, ajuizou reclamação (4.335/AC) no Supremo Tribunal Federal em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC que indeferiu a progressão de regime a dez apenados. O reclamante alega ofensa à decisão do Pleno do STF, enquanto o juiz de Rio Branco defende que a decisão emanada do controle difuso possui efeitos *inter partes*, ficando dependente do Senado para a concessão de eficácia *erga omnes*.

No seu voto, o ministro relator Gilmar Mendes concedeu medida liminar para que seja afastada a vedação legal à progressão de regime até o julgamento final da reclamação. Mendes entendeu que caberia ao juiz de primeiro grau avaliar, no caso concreto, a possibilidade da progressão. Ele afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deveria ser respeitada. Segundo ele, "a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses [...]" Nesse julgado, o ministro defendeu que a suspensão da execução da lei por resolução do Senado baseia-se em entendimento ultrapassado da separação dos poderes. Para ele:

> atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. **Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP**. (Informativo 454 do STF, 2007, grifo nosso).

Ficou claro o posicionamento pró-abstrativização do ministro Gilmar Mendes ao afirmar que a decisão do STF em controle incidental possui eficácia *erga omnes*, podendo vir a ser protegida pelo instituto da reclamação. O ministro Eros Grau acompanhou o voto do relator e julgou procedente a reclamação. Em divergência, os ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa julgaram improcedente a reclamação. Pertence entendeu que não se poderia reduzir a participação do Senado a mero órgão de publicação, uma vez que seu papel está previsto no ordenamento constitucional brasileiro desde 1934. Discordou também da tese da mutação constitucional defendida pelo ministro Gilmar Mendes. Para Sepúlveda Pertence, que foi acompanhado por Joaquim Barbosa, a questão poderia ser resolvida pelo uso da súmula vinculante. Assim como Pertence, Barbosa afastou a ideia da mutação constitucional do 52, X, da Constituição e aquiesceu com a possibilidade de editar súmula vinculante a fim de que se garantissem eficácia *erga omnes*. Em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos.

A posição jurisprudencial sobre a abstrativização jaz na conclusão do julgamento da reclamação 4.335/AC, que até o momento encontra-se empatada em dois votos a favor e dois contra.

Muito embora o mérito da questão já tenha perdido objeto em virtude da edição da Lei 11.464/2007, que permitiu a progressão de regime nos crimes hediondos, seu julgamento final é de colossal importância para o desenlace do estudo aqui proposto.

3.4 CONDIÇÕES DE ABSTRATIVIZAÇÃO

Ante todo o exposto, verifica-se que abstrativização do controle difuso é uma medida salutar para desafogar o judiciário nas resoluções dos conflitos de massa – típicas de um estado democrático, uma vez que, ao conceder eficácia *erga omnes* no controle difuso, evitar-se-ia a necessidade de ajuizar uma nova ação para ver reconhecida uma inconstitucionalidade já declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Dalton Santos Morais (2008, p. 5), o "controle difuso abstrato de constitucionalidade" é uma forma de proteger efetivamente as decisões do Supremo Tribunal Federal, "garantindo que a efetivação da decisão jurisprudencial realize os valores

da 'segurança jurídica' e da razoável duração do processo declarados pela própria Constituição de 1988".

Guilherme Germanda (2008, p. 1) levanta que a adoção da abstrativização do controle difuso faz gerar a seguinte indagação:

> por que as decisões referentes à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, proferidas em julgamentos de determinados recursos extraordinários pelo Supremo, teriam efeitos diversos daquelas proferidas em sede de controle concentrado, uma vez que estas também são analisadas pelo mesmo Plenário julgador?

A tendência de abstrativização do controle difuso não retira a participação do Senado na suspensão da lei inconstitucional, pois se trata de um poder concorrente, um co-legitimado. Dessa feita, é possível abstrativizar as decisões do controle difuso sem a exclusão do artigo 52, X, porquanto nada impede que uma problemática possua duas soluções. Assim, se o Supremo entendesse que se trata de uma questão de repercussões eminentemente políticas, enviaria a questão para o Senado, se entendesse ser uma questão meramente jurídica, ele mesmo poderia abstrativizar a decisão.

Além disso, Palu (1999, p. 130) afirma que a participação do Senado na suspensão da lei deve-se ao fato que em 1934, quando tal instituto foi criado, pretendia-se criar uma Corte Constitucional: o Senado. Com o passar dos anos e das Constituições, tal ideia foi totalmente abandonada, todavia, o dispositivo do 52, X, não foi suprimido.

A tese da mutação constitucional do artigo 52, X, defendida por Gilmar Mendes, também não é a melhor defesa para a teoria da abstrativização, já que é pequeno o lapso temporal apto a gerar uma efetiva mutação constitucional no entendimento da matéria.

Diante da nova tendência de objetivação do Recurso Extraordinário, do caso Mira Estrela e do caso da progressão de regime nos crimes hediondos, verifica-se que a teoria da abstrativização sustenta-se por si só. Todavia, com o intuito de garantir a inteireza e a sistemática do ordenamento constitucional, sugere-se uma solução pioneira: **quando o Supremo entender necessário, poderá haver a abstrativização do controle difuso mediante decisão de dois terços dos ministros do Supremo e não mediante decisão da maioria absoluta** (como sustenta a maioria dos defensores da abstrativização).

Se o Supremo Tribunal Federal abstrativizar as decisões do controle difuso com *quorum* de julgamento da Ação Direta (controle concentrado), estaria desrespeitando o *quorum* da súmula vinculante (controle difuso) e tornando tal instituto inócuo, algo que não se pode aceitar. Além disso, o *quorum* mais rigoroso de dois terços legitimaria a abstrativização, pois não se estaria trabalhando com a função precípua do controle difuso. Os conflitos constitucionais devem ser solucionados com o uso de soluções também constitucionais. Se diferente fosse, correr-se-ia o risco de criar problemas ainda piores do que aqueles que se desejavam sanar.

Faz-se mister citar a crítica de Lênio Streck, Marcelo de Oliveira e Martonio Lima (2007, p.6), que discordam da abstrativização mediante *quorum* de maioria absoluta. Para eles "ou isso ou as súmulas perderam sua razão de ser, porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco".

Por toda a evolução jurisprudencial e interpretativa do STF, repisa-se que a teoria da abstrativização, desde que respeite o *quorum* de oito ministros, sustenta-se por si só. Não obstante, a fim de garantir a segurança jurídica, sugere-se uma proposta de emenda constitucional que ratifique tal entendimento.

A Constituição deveria deixar expresso que quando o Supremo Tribunal Federal entender necessário, as decisões definitivas do seu pleno que decidam processo do controle difuso mediante *quorum* de dois terços serão dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, assim como ocorre no controle abstrato, **uma vez que o pleno é o mesmo e os ministros também o são.**

Com essas soluções, a crítica de que a concessão de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante no controle difuso deveria ser feita pela via da súmula vinculante cai por terra, uma vez que seu *quorum* será respeitado. Além disso, não será preciso esperar reiteradas decisões sobre o mesmo caso, podendo abstrativizar a decisão logo após o primeiro contato. Somado a isso, a adoção de uma emenda constitucional regulando a tendência de abstrativização também escoimaria a crítica da ausência de previsão legal pois a abstrativização passaria a ser regulada pelo próprio Texto Maior.

Com a adoção dessas medidas, objetiva-se uma maior proteção, defesa e prestígio das decisões do STF, sejam emanadas do controle difuso, sejam do controle concentrado, porque o Supremo Tribunal Federal é único e como tal é o guardião maior da Constituição.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho pôde ser observado que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade consiste em aproximar os efeitos do controle difuso àqueles que são próprios do controle concentrado, notadamente a concessão de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, assim como a modulação dos efeitos temporais da decisão.

Constatou-se que a abstrativização é uma medida hábil a reduzir o número de processos que chega ao Supremo Tribunal Federal, pois os julgados dessa corte que decidirem questões no controle difuso, desde que atendidas certas condições, também possuirão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, garantindo assim verdadeira economia e celeridade processual.

No primeiro capítulo foi fornecida uma visão geral da Constituição, expondo os conceitos, a evolução do pensamento constitucional, os diferentes tipos de Constituição e de inconstitucionalidades como também os modelos estrangeiros de controle.

Tendo em vista que a tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade é uma aproximação do controle concreto ao controle abstrato, o segundo capítulo foi dividido em duas partes, a primeira analisou o controle de constitucionalidade difuso/concentrado – enquanto a segunda focou no controle concentrado/abstrato.

O capítulo final concentrou-se na questão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, comprovando sua existência e aplicação por intermédio da – tendência de objetivação do recurso extraordinário – do *case* Mira Estrela e do *case* da progressão de regime nos crimes hediondos.

Por fim, concluiu-se pela possibilidade da abstrativização – desde que o Supremo Tribunal assim entenda necessário e caso seja respeitado o mesmo *quorum* da súmula vinculante, isto é, dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Se fosse adotado o mesmo *quorum* do controle abstrato (maioria absoluta), o instituto da súmula vinculante perderia sua razão de ser, pois as decisões do controle difuso passariam a ter efeito vinculante mesmo em uma votação apertada de seis votos a cinco, burlando assim o enunciado do artigo 102, §2º da Constituição Federal.

Vale frisar que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade com

respeito ao *quorum* de dois terços mostra-se prática e célere, à medida que não necessita aguardar reiteradas decisões sobre a mesma matéria, como ocorre com a súmula vinculante.

Com o intuito de garantir a segurança jurídica do instituto da abstrativização, bem como seu embasamento legal, sugeriu-se uma proposta de emenda constitucional que regulasse a matéria.

Não obstante tal posicionamento, demonstrou-se a desnecessidade de suprimir o artigo 52, X, da Constituição, porquanto os dois institutos poderiam conviver em harmonia: o STF poderia abstrativizar as questões de índole jurídica e deixar a cargo do Senado as decisões de efeitos políticos.

Foi demonstrado que os mesmos ministros do Supremo Tribunal Federal que decidem as questões constitucionais no controle concreto são aquele que decidem as questões constitucionais no controle abstrato, assim, entendendo necessário, o STF teria o poder de equiparar os efeitos dos dois modelos de controle.

Constatou-se, dessa forma, que a abstrativização do controle difuso já é uma realidade, contudo, o respeito ao *quorum* de dois terços e a elaboração de uma emenda constitucional garantiriam uma solução mais segura, precisa e estável.

REFERÊNCIAS

ADAMS, J. C; CAPPELLETTI, M. *Judicial Review of Legislation: European Antecedentes and Adaptations*. Cambridge: Harvard Law, 1966.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organizadora Anne Joyce Angher. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil***.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto 2.346/97. Consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, regulamenta os dispositivos legais que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2346.htm> Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. *Lei n. 8.072/90*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm> Acesso em: 20 de out. 2008.

_____. *Lei n. 9.455/97*. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9455.htm> Acesso em: 20 de out. 2008.

_____. *Lei n. 9.868/99*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. < http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9868.htm> Acesso em: 20 de out. 2008.

_____. *Lei n. 9.882/99*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9882.htm> Acesso em: 20 de out. 2008

_____. *Lei n. 11.464/07*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm> Acesso em: 20 de out. 2008

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 23.920/SP. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 12 dez. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 375.011/RS. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 05 out. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio - 23/02/2006. Brasília, 23 fev. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 398. Brasília, 22 a 26 ago. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 402. Brasília, 19 a 23 set. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 454. Brasília, 01 e 02 fev. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo Administrativo n. 318.715. Brasília, 17 dez. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 197.917/SP. Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, 24 mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 298.694/SP. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 06 ago. 2003.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 21.702. Brasília, 02 abr. 2004.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BEÇAK, Rubens. *As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado*. [S.l. : s. n.], 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2008.

BITAR, Orlando. *Jornal Themis*. Belém, ano 1, n. 1, março, 1965.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.* Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CRETELA JÚNIOR, José. *Elementos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O contrôle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: LTR, 1971.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Transformações do Recurso Extraordinário*. [S.l. : s. n.], 2006. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Transformacoes_do_recurso_extraordinario.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2008.

GERMANO, Guilherme de Freitas. *Todas as decisões do STF deveriam ter efeito vinculante*. [S.l. : s. n.]. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2008-out-25/todas_decisoes_stf_deveriam_efeito_vinculante?pagina=2>. Acesso em 10 de maio de 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Progressão de regime nos crimes hediondos – Efeitos do controle de constitucionalidade difuso abstrativizado. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, Ano X, n. 221, p. 44 a 48, 31/03/2006.

_____. *STF admite a progressão de regime nos crimes hediondos*. [S.l. : s. n.], 2006. Disponível em: Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>. Acesso em 15 de maio de 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JUCÁ, Sabrina Silva de Souza. *Abstrativização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade*. [S.l. : s. n.], 2008. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 08 de out. 2008

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Que é uma constituição*? Tradução de Walter Stönner. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Jonatas Vieira de. *A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. [S.l. : s. n.], 2008. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>. Acesso em 15 de maio de 2008.

MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10.11.1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro. Martins, Ives Gandra da Silva (Coord). *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 2000.

_____. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 162. Brasília: Senado Federal, 2004. Também disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf. Acesso em 15 de maio de 2008.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. *Abstrativização do controle difuso.* [S.l. : s. n.], 2007. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.14253>. Acesso em 15 de maio de 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Jurisdição constitucional: breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema norte-americana. *In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. [TAVARES, André Ramos et. al. (Coord)]. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Legitimidade da Justiça Constitucional. In: *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Martins, Ives Gandra da Silva (coordenador). Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MORAIS, Dalton Santos. *Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do amicus curiae em seu processo*. [S.l. : s. n.], 2008. Disponível em <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Abstrativiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20controle%20-%20Dalton.pdf >. Acesso em 10 de maio de 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil,* v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. Direito constitucional. 10. ed. Niterói: Impetus, 2002.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PALU, Luiz Palu. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no Controle de Constitucionalidade. Parte II – Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Jurídica Consulex*. Ano XI, nº 242, 15/02/2007.

SANTOS, Andrea Alves dos. *Abstrativização do controle concreto de constitucionalidade*. [S.l. : s. n.], 2008. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 08 de out. de 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25° ed., (revista e atualizada). São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica*. In: Constituição e democracia. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho. [BONAVIDES, Paulo. et. al. (Coord.)] São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constiucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

VAZ, Deivid Sarmento. *A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o papel do Senado Federal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2051, 11 fev. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12318>. Acesso em: 06 jun. 2009

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.