

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: a evolução do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Felipe Miranda dos Santos*

RESUMO

Trata-se de uma pequena abordagem sobre o controle de constitucionalidade desenvolvido no Brasil, com atenção especial ao controle exercido na modalidade difusa, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A preocupação desenvolvida no presente trabalho se estabeleceu em razão da tentativa de reformulação das concepções vigente sobre o assunto, as quais vêm sendo atomizadas no âmbito da Suprema Corte. Procura-se desenvolver aqui uma concepção de que a moderna corrente que vem se formando no sentido de conferir ao controle difuso de constitucionalidade os mesmos efeitos da decisão proferida no controle abstrato seria maléfica à ordem jurídica, em especial sob a ótica dos marcos teóricos estabelecidos: segurança jurídica e respeito à doutrina da separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalidade; difuso; efeitos; segurança; STF.

ABSTRACT

This is a short approach to the judicial review developed in Brazil, with special attention to the control exercised in concrete mode, with support of the jurisprudence of the Supreme Court. The concern developed in this study was established as a result of the attempt to recast the current conceptions about the subject, which have been atomized in the Supreme Court. The aim is to develop a design here that the modern day that has been forming to give the diffuse control of constitutionality of the same effects of the decision given in the abstract would be harmful to the legal system, especially from the perspective of the theoretical framework established: legal certainty and respect for the doctrine of separation of powers.

KEYWORDS: constitutionality; concrete; effects; security; STF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 2.1 ASPECTO HISTÓRICO. 2.2 MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. 2.3 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE. 3 BREVE ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824. 3.2 A CONSTITUIÇÃO RUI BARBOSA DE 1891. 3.3 AS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1937. 3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1946. 3.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969. 3.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1988. 4 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO

* Advogado. Professor de Direito da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – FADIVALE

TRIBUNAL FEDERAL. 4.1 INTRODUÇÃO. 4.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 197.917/ SP. 4.3 O *HABEAS CORPUS* 82.959/ SP. 4.4 A RECLAMAÇÃO 4335/ AC. 5 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE NORMAS. 5.1 A SEGURANÇA JURÍDICA. 5.2 AMEAÇA À ESTABILIDADE DAS INSTIUIÇÕES DEMOCRÁTICAS E DOS PODERES REPUBLICANOS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido a partir da profícua análise dos estudos realizados pelos mais importantes e respeitados constitucionalistas, de ontem e de hoje, e também da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A ideia de mutação constitucional acerca da interpretação do art. 52, inciso X da CF constituirá a espinha dorsal da argumentação a ser desenvolvida.

Trata-se, portanto, de tema instigante e polêmico, porquanto as premissas jurídicas acerca do controle de constitucionalidade até então estabelecidas, estão a passar por uma releitura, de forma que as novas possibilidades, de acordo com o objetivo aqui desenvolvido, não se mostram adequadas para a ordem jurídica, para a democracia, e para o Estado de Direito.

Primeiramente, tratou-se do controle da constitucionalidade das leis a partir de uma teoria geral, adequado ao momento e aos objetivos acadêmicos, pelo que foi tratado das classificações conferidas pela doutrina aos institutos em foco, bem como pelo trato da matéria no direito comparado.

No capítulo seguinte, abordou-se a história do controle de constitucionalidade no direito pátrio, onde se faz uma percuciente e concisa análise de como o assunto foi retratado durante toda a vida constitucional, sem que se buscasse, contudo, esgotar o tema.

Adiante, no quarto capítulo, retratou-se a dinâmica e exegese do controle da constitucionalidade das leis por via difusa à luz da jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, onde se contou com detida análise da jurisprudência daquela Suprema Corte, sem se afastar, por outro lado, da opinião da doutrina.

No penúltimo capítulo, o quinto deste trabalho, foi reservado à análise de como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do controle difuso de

normas evoluiu, contrastando-se com os princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Finalmente, no último capítulo, cuidou-se de analisar se as concepções doutrinárias em evidência, bem como as correntes jurisprudenciais que vem se formando, estarão hábeis a provocar uma ruptura com o modelo até então estabelecido, ou pelo contrário, os instrumentos colocados à disposição do poder judiciário são suficientes para uma prestação jurisprudencial efetiva e num prazo razoável, e ainda, demonstrar que não houve uma evolução capaz de romper com a tradição jurídica para conferir efeitos *erga omnes* e transcendentales quando a jurisdição constitucional da Corte Suprema for acionada por via difusa.

2 TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 ASPECTO HISTÓRICO

A história da formação dos Estados modernos nos ensinou que a ausência de um controle central e hígido para gerir a vida estatal levaria, inevitavelmente, ao fim do Estado, pois “descentralização” aliada à ausência de uma estrutura forte como o sistema federativo em suas variegadas formas constitui ponto fulcral da sobrevivência dos Estados modernos.

Mas não é só, essa estrutura global de gerenciamento e contingenciamento de funções derivadas do poder central precisa ser articulada sob o aspecto formal, o que implica dizer que, o Direito é uma essência da formação do Estado, pois a normatividade que lhe é ínsita é que irá conformar as vontades desta mesma sociedade.

Fruto de séculos de lutas e opressões, o símbolo da luta pelos direitos humanos fundamentais foi sem dúvida alguma o Constitucionalismo, movimento político-ideológico de berço Iluminista, o qual fez inserir nos textos políticos fundamentais garantias do cidadão contra o arbítrio estatal através de um documento Supremo denominado Constituição, o qual pode ser tido como um marco do Direito Constitucional contemporâneo.

Em tempos hodiernos a concepção divina acerca do Direito que, atribuía ao monarca o poder real absoluto, constituía fonte e fundamento das normações daquele período, e que foi paulatinamente abandonada por uma concepção jusnaturalista.

É partir de tais premissas que reside o acerto em se afirmar que todo país que não tem Constituição não pode carregar o brasão da democracia, como preconizou a Declaração Universal de Direitos do Homem, em seu artigo 16.

Esse ente personalizado que é o Estado, o qual congrega as forças das comunidades reunidas em determinado território soberano, engendra no Poder, integrantes dessa mesma sociedade, os quais são os legitimados para dar início à construção de todo o sistema normativo que irá reger a vida dentro e fora do Estado.

Ao Direito criado ou direito posto, todos os integrantes da sociedade devem a ele respeito, porque o Direito é dotado de cogência, o que significa concluir que imperativos de carga ético-valorativa sobre ele não produzem efeitos, quando o objetivo for unicamente sindicá-lo o cumprimento da norma.

Descumprido o Direito, é necessário que esse mesmo Direito violado seja provido de instrumento hábil capaz de reafirmar sua vigência e validade, de forma que sua imperatividade seja insindicável quando submetido a uma filtragem moral por quem a ele deve obediência. Eis o fundamento da sanção.

E dentro desta perspectiva, a situação constitucional se encontra no mesmo plano simétrico, ou seja, descumprida ou violada a Constituição, descumprido e violado estará o Direito, pelo que a necessidade de instrumento próprio a sanar tal agressão, constitui imperativo de sobrevivência e manutenção da ordem jurídica suprema.

Base de toda e qualquer estrutura democrática, o controle de constitucionalidade das leis é uma das tarefas mais importantes e árduas de uma ordem jurídica, pois traz em seu bojo implicações de ordens várias, e que se irradia por todo o sistema jurídico e político.

A clássica decisão do *Chief Justice Jhon Marshall*, no nascedouro do século XIX quando decidiu *Marbury & Madison*, apresentou à ordem jurídica mundial uma nova forma de atuação do Poder Judiciário, qual seja, de poder invalidar atos normativos fruto da atividade legiferante, quando estes estivessem em desacordo com a Constituição. E tal consagração se deu sem que se cogitasse de agressão à doutrina da separação dos poderes, fruto das idéias Iluministas que reinaram

durante o século XVII, deixando a referida doutrina como legado para as organizações jurídico-políticas ainda a nascer.

A partir de então, a idéia de Supremacia da Constituição passou a representar uma parte inseparável dos ordenamentos estatais, de forma a constituir ainda uma importante ferramenta para a defesa dos direitos e garantias fundamentais, patentemente já previstos nas ordenações constitucionais.

Assim, a idéia de controlar a constitucionalidade das leis, expurgando do ordenamento jurídico os atos normativos contrários à Constituição, foi mais uma forma de veicular o princípio da legalidade, pautado no direito positivo, presente na grande maioria dos Estados.

O *Chief Justice Marshall* interpretou a Constituição dos Estados Unidos da América, e dela extraiu o sentido que fez nascer a idéia de Supremacia da Constituição numa dimensão eminentemente material, conquanto a Constituição Americana não fizesse referência expressa a tal idéia.

Marshall entendeu que a Constituição se encontrava no ápice do sistema jurídico, e ela constituía fundamento de validade para os demais atos normativos, pelo que as leis que com ela estivesse em confronto não poderiam subsistir na ordem jurídica. Como corolário dessa concepção, cabendo ao Poder Judiciário a função de velar pela guarda da Constituição, estaria implícito o poder de declarar írritos os atos contrários à Constituição.

Contam os manuais que, somente após pouco mais de cinquenta anos, contados da célebre decisão de *Marshall*, foi que a Suprema Corte veio novamente a invalidar uma Lei – no caso *Dred Scott*, o que demonstra quão dura e recalcitrante fora a decisão da Corte Suprema, o que deu azo aos publicistas a combaterem o ativismo judicial, e que ainda vemos resquícios, de uma mentalidade descompromissada com a realidade social de uma nação, e que requer celeridade ante às inovações de toda ordem, as quais sempre estão a modificar as estruturas de convivência humana, para ao final, colmaltarem os direitos e garantias fundamentais. (MOARES, 2005).

Após o *leading case* acima descrito, as Constituições, ditas democráticas passaram a inserir em seus textos formas de se controlar a constitucionalidade, ou seja, de garantir a Constituição, atribuindo tal mister na maioria das vezes a um Tribunal Constitucional, a exemplo do que ocorre na Alemanha, Portugal e Itália, ou ainda, a um órgão de cúpula do Poder Judicial, e no particular caso brasileiro, a

Carta Constitucional conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de Guardiã da Constituição, de forma a defendê-la vorazmente contra qualquer ameaça ou ataque, pouco importando a natureza e a classificação conferidas pela doutrina.

Com o amadurecimento da idéia de se controlar a constitucionalidade de uma lei, o procedimento evoluiu, técnicas surgiram, discussões se travaram, tudo isso sem perder a epistemologia de sua criação, que remonta ao século XIX.

No Brasil, quando da elaboração da Constituição de 1891, a primeira da era republicana, o notável Rui, inseriu em seu anteprojeto o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, inaugurando desta feita, o sistema de controle de constitucionalidade difuso na ordem jurídica interna.

Desde então, a fiscalização da compatibilidade do direito infraconstitucional com a ordem suprema passou a integrar todas as constituições que seguiram, foram assim com as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 – Conforme sustentado pela doutrina majoritária, a emenda n.º 1/69 à Constituição de 1967, devida às substanciais mudanças que provocou na Carta Política, assumiu a feição de uma nova Carta Constitucional – até chegar à Carta Democrática de 1988, a qual contou também com outras inovações.

2.2 MODELOS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Segundo a formulação de Canotilho (2002, p. 886), justiça constitucional pode ser definida como:

o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios vigentes. Trata-se de uma noção ampla, cujo entendimento pressupõe a sumária pontualização dos momentos histórico-comparatísticos jurídico-constitucionalmente relevantes.

Desde o surgimento do controle de constitucionalidade no século XVIII, vários foram os Estados que adotaram a justiça constitucional como instituição responsável

pela garantia da Constituição, pelo que propiciou o surgimento de outros modelos além do norte-americano, bem como propiciou o avanço do modelo originário.

Nesse particular, várias foram as classificações propostas pela doutrina para sistematizar o assunto, pelo que a sequência aqui adotada se assentará em premissas didáticas como forma de melhor compreender a matéria, sem que com isto sejam desprezadas as categorias existentes.

Com relação aos sujeitos envolvidos no controle, ou seja, quem realmente controla a Constituição, pelo que se afiguram em duas formas distintas: o político e o jurisdicional, advindo o primeiro de berços franceses, porquanto na época imperava a idéia de soberania do parlamento, o poder judiciário era visto como a boca da lei, período marcado pela forte inspiração positivista.

a) O sistema político e sistema jurisdicional

O sistema político é originário da França, em que aferição da constitucionalidade das leis com a Constituição não é submetida ao crivo jurisdicional, e sim a um órgão de natureza essencialmente política. E tal se deu em virtude da desconfiança depositada pela burguesia ascendente nos juízes, eis que os últimos foram investidos no cargo no antigo regime.

Tal controle, modernamente é exercido pelo Conselho Constitucional, cuja composição abarca apenas autoridades políticas do Estado Francês, entretanto, várias foram as formulações teóricas, a maioria delas encabeçadas pelo abade Sieyés, para criar uma instituição alienígena ao judiciário, conforme se extrai da seguinte passagem de Bonavides (1997, p. 271):

O país onde tal controle primeiro floresceu foi a França, que o viu nascer da obra de um dos maiores legisladores da revolução Francesa: o jurista Sieyés. Com propor ele um mecanismo político de controle, cuidava interpretar e remediar o sentimento nacional de desconfiança contra os tribunais do *ancien regime*. No ano VIII trazia Sieyés à Convenção o seu projeto de criação de um 'Jurie Constitutionaire', de natureza representativa, dotado de competência para anular leis e julgar reclamações contra atos inconstitucionais. [...] O controle por um órgão político, na história das instituições francesas, conheceu outras tentativas igualmente mal sucedidas: a do Senado da Constituição de 14 de janeiro de 1852 e a do Comitê Constitucional da Constituição de 27 de outubro de 1946. O primeiro se transformou praticamente numa segunda Câmara Legislativa enquanto o segundo se caracterizou por seu desempenho medíocre e obscuro.

O sistema jurisdicional, o qual se preocupará ao longo desta exposição, se caracteriza pelo fato de a fiscalização da constitucionalidade ser de competência de um órgão que exerça a função jurisdicional, em que é verificada a compatibilidade das infraconstitucionais para com as normas constitucionais, eis que as primeiras devem obediências às últimas.

Sepultando eventuais críticas acerca deste modelo, ensina Temer (2006, p. 46):

O controle mais conhecido e aplicado é aquele efetivado pelo órgão jurisdicional. Sustentam muitos que esta atividade adquire color eminentemente político dado que seu objetivo último é a retirada da eficácia do ato normativo. [...] o Judiciário se cinge a *declarar* a inconstitucionalidade. Realiza a mesma atividade desenvolvida em outras questões postas à sua apreciação. Isto é, diz o direito aplicável a uma controvérsia em caráter definitivo. [...] Nesse momento o Judiciário está 'dizendo o direito' no mais expressivo dos litígios ocorrentes no Estado: o confronto entre a manifestação de um órgão constituído (atos normativos) e a manifestação anterior do poder constituinte (Constituição).

Dentro do sistema jurisdicional emergiram dois grandes modelos, o norte-americano, também conhecido por difuso ou clássico, e o austríaco, também conhecido por concentrado ou kelseniano, em homenagem ao seu idealizador.

b) O sistema norte-americano e o sistema austríaco

O sistema norte-americano preconiza que o controle de constitucionalidade deve ser realizado por via de exceção, em concreto, e de forma difusa por qualquer juiz ou tribunal chamado a resolver determinado litígio, devendo, pois, ser afastado pelo julgador, a incidência no caso concreto do ato que carrega a eiva da inconstitucionalidade.

Já o modelo austríaco ou kelseniano, propugnava que o controle da constitucionalidade das leis deveria ser exercido por apenas um órgão, de natureza suprema e de forma concentrada, ou seja, um Tribunal Constitucional – especialmente criado para o exercício de tal mister, ou um órgão da jurisdição

ordinária, que se aloque na cúpula – Cortes Supremas. Trata-se da consagração viva do modelo preconizado por *Hans Kelsen*, e incorporado pela Constituição Austríaca de 1920, e mantido pelas Reformas de 1925 e 1929, sendo que a última provocou a saída de *Kelsen* (FAVOREU, 2004).

c) Controle por via incidental e controle por via principal

O controle por via incidental ou via de exceção, também conhecido por controle *incidenter tantum*, é aquele cuja apreciação da constitucionalidade constitui questão de fundo a ser enfrentada por qualquer juiz ou tribunal na apreciação de determinado caso concreto submetido à sua apreciação. Aqui a questão constitucional suscitada não constitui questão de mérito a ser decidida, e sim questão prejudicial à apreciação do mérito. Para Barroso (2008, p. 49)¹ “é o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido”.

De outro giro, o controle por via principal ou por ação se apresenta como um típico processo sem partes, de natureza objetiva, cujo objeto da demanda se assenta na declaração de inconstitucionalidade de ato normativo apreciado na sua dimensão abstrata, ou seja, fora do caso concreto, típico do modelo europeu exercido pelos tribunais constitucionais. Trata-se, em última na análise, do regime perfilhado por dois instrumentos já conhecidos no direito comparado, a saber, o recurso de amparo do direito espanhol, e a ação constitucional de defesa do direito alemão.

Referidos instrumentos de acesso à jurisdição constitucional reforçam a sua legitimidade, porquanto a simplicidade dos requisitos para provocar a Corte, garante o pleno acesso ao poder judiciário.

d) Controle concentrado e controle difuso

O controle concentrado de constitucionalidade visa extirpar do ordenamento jurídico, lei ou ato normativo inconstitucionais, *ab initio*, ou seja, através de um processo objetivo e sem partes, desenvolvido perante um Tribunal Constitucional ou Corte Suprema, de forma concentrada.

Neste sentido, sábias são as lições de Canotilho (2002, p. 894):

o controle abstrato de normas não é um processo contraditório de partes; é sim, um processo que visa, sobretudo, a defesa da constituição e da legalidade democrática através da eliminação de atos normativos contrários à Constituição. Dado que se trata de um novo processo objetivo, a legitimidade para solicitar este controle é geralmente reservada a um número restrito de entidades.

E completa o Desembargador mineiro:

A competência para apreciar a questão atinente à constitucionalidade se concentra em um único órgão do Poder Judiciário, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. O objeto da lide é a inconstitucionalidade, sem considerar a sua aplicação ao caso concreto, e os efeitos de inconstitucionalidade são *erga omnes*, para todos, e não *inter partes*, com o desfazimento do ato inconstitucional. (CARVALHO, 2004, p. 260).

Também doutrinou sobre o assunto o livre docente da Universidade Estadual do Rio de Janeiro:

Diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levando ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803. De fato, naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. [...] Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores e superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento. [...] Do juiz estadual recém concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição. (BARROSO, 2008, p. 46-47).¹

e) Controle preventivo e controle repressivo

Quanto ao momento em que se controla a constitucionalidade, a atuação pode ocorrer tanto *a priori* quanto *a posteriori*, ou seja, de forma preventiva – quando

realizado antes do nascimento do ato impugnado, quanto de forma repressiva – depois do surgimento do ato.

O controle será preventivo ou *a priori* se realizado ainda durante a fase de elaboração legislativa, com vistas a evitar o ingresso no ordenamento jurídico de ato carregado com a eiva da inconstitucionalidade. No direito pátrio foram concebidas formas de exercitar tal competência, quer pelo Legislativo – através das Comissões de Constituição e Justiça, quer pelo Executivo – através do veto jurídico.

Por sua vez, o controle repressivo ou *a posteriori* se dá após o ingresso do ato tido por inconstitucional no ordenamento jurídico, ou seja, quando ultrapassada fase de elaboração legislativa em vigor.

f) Distinções terminológicas

Encerrando este capítulo é de bom alvitre que se façam algumas distinções de suma importância, e pouco tratada na doutrina. É com referência aos termos controle incidental e controle difuso, bem como fiscalização principal e concentrada.

O controle incidental, como dito alhures, é aquele exercido por qualquer órgão julgante, em que a questão constitucional *sub judice* é prejudicial à apreciação do mérito da ação principal. Já o controle difuso é aquele em que a apreciação da constitucionalidade também poderá ser exercida por qualquer juiz ou tribunal integrante poder judiciário, em que a questão constitucional debatida constitui objeto da ação, ou seja, é questão principal a ser examinada. A fiscalização se diz principal quando a apreciação da constitucionalidade se dá por via de ação, através de instrumento jurídico destinado unicamente a cumprir com tal desiderato. E por último, fiscalização concentrada é aquela, ao contrário da fiscalização difusa, em que o órgão encarregado da fiscalização quando integrante da jurisdição ordinária se aloca no topo, e quando especialmente criado para tal fim, e assume feição de um Tribunal Constitucional, que decide com força vinculante.

No Brasil o que existe é uma coincidência entre as distinções acima estabelecidas, em que o controle difuso é exercido incidentalmente, e o controle concentrado por via de ação ou principal.

2.3 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Para que se possa cogitar de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, de mecanismos para restabelecer a observância norma constitucional violada, mister se faz que a Constituição seja, necessariamente, escrita – que venha consubstanciada em um documento escrito – e, rígida – cujos processos de alterações, formais e informais, sejam dificultosos, com vistas à evitar a quebra da unidade.

Inconstitucionalidade significa o estado orgânico-temporal de determinado ato normativo contrário à Constituição, ou outro estatuto jurídico supremo que lhe faça às vezes. De outra maneira, significa a contrariedade da norma inferior com a norma superior, em que a primeira retira sua validade da segunda.

Muitos foram os estudiosos que se preocuparam em desenvolver esse conceito ao longo do desenvolvimento do direito constitucional, cada qual expressando a preocupação de seu tempo e do momento histórico subjacente.

Para Bittencourt (1997, p. 53), “inconstitucional é, como é óbvio, a lei que contém, no todo ou em parte, prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição”.

Para o saudoso professor lusitano Marcello Caetano (1977 apud CARVALHO, 2004, p. 243), a inconstitucionalidade consiste:

no vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na Constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas.

a) Classificações das Inconstitucionalidades

A inconstitucionalidade se apresenta no mundo jurídico tanto aspecto formal quanto aspecto material.

Diz-se ser a inconstitucionalidade formal ou orgânica quando o vício decorre da inobservância da forma para a produção do ato, em outras palavras, ou se invade a competência para deflagração do ato, ou se infringe o procedimento estabelecido.

Quanto à primeira hipótese – invasão de competência – temos a inconstitucionalidade formal subjetiva, aquele em que o vício se aloca no sujeito que produziu o ato, ou seja, que era constitucionalmente competente para tanto.

Já em relação à segunda hipótese – infringência do procedimento – a inconstitucionalidade tem feição formal objetiva, eis que o vício de que se padece advém de afronta à inobservância de determinada solenidade ou procedimento para a elaboração do ato.

A inconstitucionalidade pode ser ainda material, ou seja, quando o vício advir da matéria, ou seja, for de natureza substantiva. É a ofensa propriamente da Constituição, em que o ato de natureza infraconstitucional seja contrário aos preceitos constitucionais.

Diz-se também que a ofensa à Constituição sob o prisma do sujeito ofensor pode assumir duas variantes: inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão.

Estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade por omissão quando o órgão ou sujeito considerado competente pela Constituição para a prática de determinado ato se quedar inerte, ou seja, não realizar o mandamento constitucional. A omissão constitucional se dá geralmente em face de normas constitucionais de eficácia limitada, cuja aplicabilidade seja diferida até que a norma regulamentadora seja produzida, ou o ato do executivo seja expedido. Portanto, significa dizer que eventual vazio normativo que impeça a Constituição de atuar, é tido por inconstitucional.

Por outro lado, estar-se-á diante de inconstitucionalidade por ação, quando houver uma conduta positiva, tanto sob aspecto formal quanto material que venha a ferir a Constituição ou que comprometer a sua eficácia.

Conforme ensina Leite (2009, p. 243), “quer-se dizer, com isto, que o Estado agiu, e o resultado de sua ação foi a prática de um ato contrário à Constituição”.

A inconstitucionalidade pode ainda ser considerada total ou parcial. Trata-se de inconstitucionalidade total quando a mácula da inconstitucionalidade afetar toda a lei ou o ato normativo, não se podendo salvar nenhuma parte do produto normativo da declaração de inconstitucionalidade. Ao contrário, parcial será a inconstitucionalidade que não alcançar todo o texto normativo, e cuja unidade não seja comprometida. Portanto, o vício da inconstitucionalidade poderá se alocar em um artigo, em um parágrafo, em um inciso, ou mesmo em uma alínea.

Por último, tem-se que a inconstitucionalidade poderá ser originária ou superveniente. A inconstitucionalidade será originária quando a norma padecer do vício desde o seu nascedouro, *ab ovo*. Contrariamente, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade superveniente, quando houver alteração do paradigma de confronto constitucional. Em outras palavras, uma lei nascida constitucional e que venha a ser tornar inconstitucional em virtude de uma alteração da Constituição, não há se falar em inconstitucionalidade de lei infraconstitucional anterior à Constituição. Esta é a tese que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal, conforme sufragado na ADI 1717-MC, de relatoria do eminente Ministro Sydney Sanches.

b) Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Conforme exhaustivamente declinado ao longo do presente estudo, a Constituição é uma norma jurídica, pelo que se fala em Supremacia da Constituição, o que autoriza concluir que a Constituição representa fundamento de validade para a criação do direito infraconstitucional.

Portanto, quando a Constituição for violada, surgirá do bojo desta mesma Constituição elementos hábeis a restabelecer a ordem constitucional violada.

Dentro desta perspectiva, passa-se à análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a partir dos sistemas adotados pela Constituição Brasileira, o controle difuso e controle concentrado.

c) Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado

O controle concentrado exercido por via principal, modelo adotado no Brasil, se caracteriza por um processo sem partes, sem lide, em que o pedido de declaração de inconstitucionalidade é dirigido contra a lei em tese, ou seja, em abstrato, daí tratar-se de um processo objetivo. Aqui o pedido principal na ação direta é a declaração de inconstitucionalidade.

A decisão que declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado é dotada de eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos, em razão da natureza objetiva da ação. Aliás, é o que diz o artigo 102, §2º da CF/88, ao mencionar que 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 efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Portanto, também aqui o ato inconstitucional se apresenta nulo, ressalvadas as hipóteses de modulação temporal dos efeitos da decisão.

3 BREVE ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Pouco tempo após o estado brasileiro conquistar sua independência e, sob os cuidados intelectuais de Benjamin Constant à luz de forte inspiração francesa, o Príncipe Regente Dom Pedro I, outorgou aos súditos de *terra brasilis* a primeira Constituição, inaugurando assim o nosso Constitucionalismo.

Referido diploma tratou de quase todas as questões relativas à vida do Império, contudo, nada dispôs acerca do controle de constitucionalidade, conquanto incompatível com o modelo adotado.

Isto, porque além da consagração da clássica doutrina da separação dos poderes, foi inserido um quarto poder, o chamado Poder Moderador, exercido pelo Imperador – príncipe regente, o qual se colocava superior aos demais, podendo inclusive rever os atos das outras instituições, por isso era soberano, incondicionado e ilimitado, o qual coadunava com o espírito da Constituição daquele período, por ser a última bastante flexível, além do que guardava fidelidade com a doutrina política acerca das concepções de Estado reinante na época, fruto dos estudiosos franceses.

Nesse particular tem-se que:

[...] a chave de toda a organização política estava efetivamente no Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador. “Realmente criando o Poder Moderador, enfeixando na pessoa real, os estadistas do antigo

regime arma o soberano de faculdades excepcionais. Como Poder Moderador, ele age sobre o Poder Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, na lista tríplice, dos senadores. Ele atua sobre o Poder Judiciário pelo direito de suspender os magistrados. Ele influi sobre o Poder Executivo pelo direito de escolher livremente seus ministros de Estado e livremente demiti-los". (SILVA, 2009, p. 76).

3.2 A CONSTITUIÇÃO RUI BARBOSA DE 1891

De forma semelhante à elaboração da Constituição Imperial, a Constituição de 1891 também surgiu logo após um momento de transição, o qual alterou profundamente a vida estatal, porquanto a Proclamação da República se deu em 1889, e o texto constitucional de 1891 fez nascer a primeira Constituição Republicana do Estado Brasileiro.

Também à semelhança do texto anterior, houve um projeto de Texto Constitucional elaborado por um jurista de renome, e que em 1891 ficou a cargo de Rui Barbosa, o Águia de Haia.

A Constituição de 1891 foi a primeira Constituição a consagrar o Controle de Constitucionalidade das Leis, porquanto tenha adotado um novo perfil constitucional, consagrando, assim, uma Constituição do tipo rígida.

O controle de constitucionalidade como mecanismo de guarda da Constituição só pode válida e legalmente conviver com as Constituições rígidas e escritas, em razão das dificuldades de alteração do texto constitucional, de forma a velar pela unidade e permanência.

Isto porque nas Constituições rígidas, a reforma do texto constitucional fica atrelada a um procedimento de reforma mais custoso, o que deve ser obedecido pelos poderes estabelecidos competentes para promover referida reforma geralmente traduzida num *quorum* qualificado para aprovação da reforma, e ainda, respeito a um núcleo intangível, o qual visa evitar a ruptura da ordem constitucional vigente e preservar os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a existência do controle de constitucionalidade apenas se coaduna com os tipos de Constituições que adotam medidas de defesa contra atos que lhe são contrários, em que a rigidez constitucional e o estabelecimento de limites materiais ao poder de reforma se afiguram como elementos essenciais.

Garantir a defesa da Constituição constitui em última análise garantir a defesa da ordem jurídica e, objetivo último da jurisdição constitucional, eis que a defesa e garantida da Constituição revela o fundamento para a realização do controle, tudo em homenagem ao princípio da supremacia da constituição.

3.3 AS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1937

O texto constitucional de 1934 pode ser considerado um texto bastante avançado para o seu tempo, eis que novos institutos foram ali inseridos, o que contribuiu para o avanço do texto constitucional.

A primeira inovação a ser destacada atine à consagração da primeira ação direta a ser intentada pelo Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, a chamada Ação Interventiva, com vista a assegurar a obediência pelos estados da federação dos Princípios Sensíveis.

Em seguida, o Senado Federal da República foi chamado a participar do processo de controle de constitucionalidade das leis, ao ser responsável em atribuir efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal que tenham declarado a inconstitucionalidade de lei em sede de controle de difuso de normas, eis que a decisão proferida, *ab initio* atingia apenas as partes envolvidas nos processos, sendo seus efeitos, pois, *inter partes*.

Rezava o art. 91, inciso IV da Constituição de 1934 que ao Senado Federal competia suspender a execução no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo poder judiciário.

Comentando a inovação, Mello (1980, p. 167-168) asseverava que:

[...] o exercício da competência do Senado federal tinha caráter efetivo, pois acarretava a suspensão da execução de regulamento ilegal, e de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo judiciário. [...] exercia função complementar da atividade controladora da constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário, pois suspendia os atos, declarados por este, como írritos e nulos, na espécie *sub judice*, e que por certo, os declararia em outros feitos iguais, que lhe viessem a ser submetidos, negando-lhes aplicação.

Por último, em relações às questões eminentemente políticas, em consonância com a jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos que, à época em muito influenciavam a jurisprudência e doutrina pátrias, o legislativo optou por subtrair do poder judiciário o conhecimento de questões eminentemente políticas, conforme expressava o artigo 68.

A Carta Política de 1937 de fortes raízes ditatoriais, editada sob a égide do Estado Novo, rompeu com o modelo democrático até então vigente, para inaugurar o primeiro regime militar sem o manto da democracia.

Este texto continha disposições marcadamente antidemocráticas, haja vista que negava independência ao Poder Judiciário, eis que o artigo 96, parágrafo único da Carta Constitucional verberava que no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento e; se este a confirmasse por dois terços dos votos, ficaria sem efeito a decisão do tribunal.

3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946 foi inegavelmente o texto de melhor estética e conteúdo já produzido antes de 1988, o qual regeu a vida constitucional do país com absoluta estabilidade institucional até 1964, ano que “estourou” o golpe militar, retirando do poder o presidente em exercício João Goulart, o qual havia sucedido Jânio Quadros, em razão da renúncia do último que permaneceu apenas sete meses no poder.

Relativamente ao controle de constitucionalidade permaneceu fiel ao modelo constante do texto de 1934, isto até o ano de 1965, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 16.

A Emenda Constitucional n.º 16/65 trouxe para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a primeira ação direta para atacar a lei em tese, ou seja, a lei abstratamente considerada, fora de um dado contexto fático.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, recebeu da Constituição a competência para processar e julgar a ação direta, cuja legitimação para propositura constituía monopólio do Procurador Geral da República.

Portanto, a partir de 1965, com a Emenda Constitucional n.º 16/65, o Direito Constitucional pátrio, na matéria atinente ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis passou a ser exercido não apenas incidental e difusamente, mas também de forma principal e concentrada.

3.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969

Em 1967 foi editada uma nova Constituição, agora condizente e adequada ao perfil autoritário do governo militar que se encontrava no exercício do governo do país.

Diversas foram as emendas constitucionais de perfil notadamente autoritária editadas no período, pelo que se pode afirmar, imune a críticas que, a Constituição perdeu rapidamente a pouca unidade sistêmica que lhe era ínsita desde o nascedouro.

Tal posição já pode ser reforçada com a edição da Emenda n.º 1/69 que, em termos práticos e fácticos, foi uma “nova Constituição”, conquanto toda a estrutura da Constituição foi alterada, o que levou a doutrina majoritária a considerar a Emenda Constitucional n.º 1/69 como uma nova Constituição.

3.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 manteve os dois sistemas de controle de constitucionalidade que vinham caminhando juntos desde 1965, quando foi editada a Emenda Constitucional n.º 16/65, ou seja, o controle difuso e incidental, e o controle concentrado e principal.

Entretanto, a legitimidade para participar do controle de constitucionalidade foi amplamente alargada, influenciada pelo oxigênio fornecido pela Democracia, renascida com o término do governo militar.

Diz Barroso (2009, p. 263-265)¹ que:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX, foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. (...) Antes de 1945, vigorava na Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e na concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onde constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Conforme dito alhures, no sistema brasileiro houve um encontro casual de dois principais modelos de controle de constitucionalidade adotados com as respectivas formas de exercício.

a) O Controle Concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade é exercido de forma principal perante o Supremo Tribunal Federal, instituição máxima do judiciário brasileiro, cujos legitimados para agir compõem um leque abrangente, democratizando o acesso à jurisdição constitucional.

Cinco foram os instrumentos processuais consagrados pelo texto constitucional de 1988 para o acesso à jurisdição constitucional concentrada, sendo a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (art. 102, inciso I, alínea “a” da CF/88), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º da CF/88), ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea “a” da CF/88), Ação de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, inciso III da CF/88) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º da CF/88).

Ante a profundidade das questões que cercam os aludidos instrumentos, nos ateremos apenas à Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.

Em razão da diretriz traçada para a consecução do presente trabalho, será abordada apenas a ação direta de inconstitucionalidade genérica, e mesmo assim, de forma bastante enxuta.

A Constituição Federal conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal ou estadual, conforme artigo 102, inciso I da Constituição Federal.

Dessa forma, observado o disposto na Lei n.º 9.868/99, a qual dispõe sobre o procedimento a ser observado para o acionamento da jurisdição concentrada, quaisquer dos legitimados para a propositura da ação – artigo 103 da CF/88 – poderão peticionar à Suprema Corte, e pedir a declaração de inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de determinado ato normativo primário – artigo 59 da CF/88, que será o pedido principal da demanda.

Ao contrário do período em que surgiu a primeira ação direta de inconstitucionalidade, em que o monopólio para deflagrar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal era do Procurador Geral da República, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de legitimados, procurando construir dessa forma uma jurisdição constitucional democrática, aberta a todos, convidando todos os cidadãos para serem intérpretes da constituição.

Trata-se em última análise, da construção de uma sociedade aberta aos intérpretes da constituição, como preconizou, no início da década de 1980, o constitucionalista alemão Peter Häberle.

Segundo Häberle (1997, p. 30-32):

A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais amplo for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos intérpretes que dela devam participar. É que se cuida de Constituição

enquanto processo público (*Verfassung als öffentlichen Prozess*). Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao “concerto” que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o Constitucionalista participa do processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e da função de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria da Democracia.

Por ser um processo de cunho objetivo e sem partes, a gama de subsídios informativos para decidir a demanda deve se difusa e aberta, ou seja, permitir que toda a sociedade participe deste processo de interpretação da constituição.

A construção jurídica do constitucionalista alemão aportou no direito constitucional pátrio através da figura do *amicus curie*, ou amigo da corte, em que terceiros interessados e integrantes da sociedade podem participar da jurisdição constitucional emitindo pareceres e memoriais, como forma de conferir subsídios sobre o assunto aos julgadores.

O ápice da abertura da jurisdição constitucional se deu com a iniciativa do Supremo Tribunal Federal de realizar audiências públicas antes de decidir questões bastante complexas e de interesse vital de toda a sociedade.

O objeto da ação será notadamente o direito federal, estadual e distrital, além de tratados e medidas provisórias, restando, pois, excluídos, o direito pré-constitucional e os atos normativos de efeitos concretos.

Por lei devemos compreender os atos normativos primários listados no art. 59 da Constituição Federal, ou seja, as emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

O estudo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é tema complexo, e em torno da qual gravitam enormes discussões e teses jurídicas, pelo que nesta oportunidade sua abordagem se dará de forma bastante tímida.

Questão já abordada no início da exposição, em nosso no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade convivem os dois principais modelos existentes, que acabaram por criar um sistema híbrido, também chamado misto, em que se completam mutuamente.

Dessa forma, o sistema norte-americano do *judicial review*, e o modelo austríaco concentrado foram acolhidos pelo ordenamento jurídico brasileiro desde que o controle de constitucionalidade passou a fazer parte da nossa história constitucional, o norte-americano a partir de 1891, e o concentrado a partir de 1965.

Pelo modelo clássico, o ato declarado inconstitucional seria sempre nulo, ou seja, jamais produziria efeitos no ordenamento jurídico, conquanto sua mácula seja congênita. Assim, a declaração de inconstitucionalidade produziria efeitos *ex tunc* ou retroativos, alcançando o ato inconstitucional desde o seu nascedouro, como se jamais estivesse existido juridicamente.

Já o modelo austríaco preconizava que o ato declarado inconstitucional seria apenas anulável, preservando, pois, as relações jurídicas constituídas sob a égide do ato inconstitucional até o momento em que, reconhecida fosse a mácula da inconstitucionalidade.

Nesse azimute, a Lei n.º 9868/99 inovou na matéria no direito pátrio, ao trazer para o nosso ordenamento jurídico a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com efeito pró-futuro. Trata-se da consagração da chamada modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, prevista no do artigo 27 da Lei n.º 9868/99, e reza que 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 absoluta 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 a ser fixado.

Assim, julgada procedente a ação direta, proclamar-se-á os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, julgada improcedente a ação, fica reconhecida a sua constitucionalidade, pelo que se conclui tratar-se de ação de natureza dúplice.

4 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 INTRODUÇÃO

O controle difuso de constitucionalidade, essencialmente incidental, pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal da federação, pelo que, negar aplicação à lei inconstitucional, passará a constituir um dever-poder.

A questão constitucional suscitada constitui questão prejudicial de mérito a ser decidida pelo Juiz antes de enfrentar o objeto principal.

Portanto, poderá o juiz ou Tribunal enfrentar a arguição de inconstitucionalidade através de ação ordinária, mandado de segurança, *habeas corpus* como, aliás, se deu no HC 82.959/SP –, ação civil pública – como, aliás, se deu no RE 197.917/SP –, apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, etc. A arguição manifestar-se-á sempre no curso de um processo, e ataca-se, antes, o ato, o fato ou a conduta que se pretende praticar com base na lei. (CLÉVE, 2000).

Desta feita, em processos nos quais a matéria versada consubstanciar interesses controvertidos entre as partes litigantes, a decisão apenas a eles aproveita, ou seja, não atinge a terceiros estranhos à relação processual instaurada – ao menos em regra.

Assim, transitada em julgado a sentença ou acórdão que houver apreciado determinada questão submetida a julgamento pelas partes e, igualmente que tenha apreciado arguição de inconstitucionalidade incidentalmente, a decisão torna-se imutável.

Entretanto, diz o artigo 469 do Código de Processo Civil que, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, bem como a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, não fazem coisa julgada.

Isto autoriza dizer que, as partes litigam sob determinado objeto, e seus interesses contrapostos na demanda se limitam a conquistar o bem da vida, pelo que a decisão que venha a ser proferida se restringe apenas a aplicar o Direito ao caso concreto, ainda que questões incidentais tenham quer ser examinadas no curso do processo, e como tal, se a questão vier a ser discutida novamente em outro processo, poderá tomar outro rumo.

Portanto, pode-se afirmar que a decisão produzirá efeito *ex tunc*, ou seja, retroativo, eis que o ato inconstitucional não pode criar direitos e nem gerar

obrigações válidas, porquanto a decisão que o repute inconstitucional atinge-o desde o surgimento.

Nesse sentido, vale transcrever recorte da obra de Barroso (2008, p. 116)¹ que, enfrentou o assunto de forma ímpar:

Aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade como nulidade ao controle incidental e difuso, parece fora de dúvida que o juiz, ao decidir a lide, após reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar a essa conclusão eficácia retroativa, *ex tunc*. De fato, corolário da supremacia da constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis.

A decisão possui efeito *inter partes*, não atingindo sujeitos estranhos à relação processual, não obstante inexista vinculação da tese judicial sufragada por ocasião da apreciação da questão constitucional suscitada.

Atento à questão da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso que se limita às partes, desde a Constituição de 1934 – passando por toda as outras Constituições que se seguiram, e ainda, mantida pela atual Constituição – existe um mecanismo que possibilita que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade alcance terceiros, e tal se dá com a participação de um dos poderes da república, o Senado Federal.

Diz o art. 52, inciso X da Constituição Federal de 1988 competir privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Assim, proferida decisão em que se declara a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, o Senado Federal, através de Resolução, poderá suspender a eficácia do ato que, não obstante suspenso, continuará válido e existente na ordem jurídica, porquanto ainda, a decisão senatorial atingirá apenas o plano normativo da eficácia da norma, porque:

A resolução não se presta a reconhecer a invalidade da lei. Ao contrário, ela deve partir da invalidade, reconhecida em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, para alcançar a lei no plano de sua eficácia. A suspensão não pode ser confundida com revogação. Esta apenas compete ao próprio órgão do qual emanou a norma. Como bem pondera ALFREDO BUZAID, 'Suspender a execução de uma lei ou decreto, no todo ou em parte, cassar-lhe

definitivamente a eficácia. A lei não mais obriga. Deixa de ser obrigatória. Porém, o Senado não a substitui por outra, nem a revoga; limita-se a suspender-lhe a execução. A fórmula legal é exata, pois o legislador constituinte partiu da idéia de que as leis inconstitucionais, embora nulas, são executórias. Dessa forma, depois da declaração de inconstitucionalidade segue-se a manifestação complementar e necessária do Senado, que lhe cassa a executoriedade”’. (TAVARES, 2009, p. 386-387).

Discorrendo acerca da razão da participação do Senado Federal, ensina Barroso (2008, p. 120):

A razão histórica – e técnica – da intervenção do Senado é singelamente identificável. No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.

Em sentido oposto, reascendendo a polêmica acerca da desnecessidade de o Senado Federal editar resolução suspendendo a execução de ato inconstitucional, encontra-se Mendes (2004, p. 266):

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se aquebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada.

Reascendendo porque o notável Lúcio Bittencourt já o fez na primeira metade da centúria passada, ainda sob a égide da Constituição de 1946, por ocasião da publicação da obra intitulada o Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, a mais completa produção doutrinária da época acerca do controle de constitucionalidade.

Ali registrou que:

A Constituição não prescreveu o processo para que o Senado tenha conhecimento da inconstitucionalidade, nem a forma que há de revestir o ato previsto, sendo, neste particular, menos explícita do que a Constituição de 1934, que provia expressamente sobre o assunto. O ato do Senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração dos outros poderes. O objetivo do art. 45, n.º IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. (BITTENCOURT, 1997, p. 147, grifo nosso).

Insta salientar ainda que, a competência conferida ao Senado Federal para a elaboração do ato normativo mencionado possui natureza discricionária, ao contrário do que sustentou Lúcio Bittencourt, ou seja, não existe dever constitucional ou legal de adotar tal postura.

E não poderia ser diferente. O postulado iluminista da separação dos poderes, o qual reserva ao poder legislativo a nobre função de representação popular nos atos de estado, não se coaduna, evidentemente, com a concepção de vinculação do poder legiferante às decisões do poder judiciário, quando revestida de cunho político, como é o caso de conveniência ou não de se editar a dita resolução.

A própria jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal já nega tal possibilidade, conforme se extrai dos autos da Reclamação no Agravo Regimental 26117/MG e publicado no Informativo 386, tendo o Ministro Cezar Peluso qualificado referido fenômeno como “fossilização da Constituição”, o que se afigura inadmissível num regime democrático compatível com o Estado de Direito.

4.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 197.917/ SP

Neste caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública visando reduzir de onze para nove o número de Vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela/SP, sob a alegação de que a disposição contida na Lei Orgânica Municipal não obedeceu ao critério de proporcionalidade estabelecido no artigo 29, inciso IV, alínea “a” da Constituição Federal.

O juiz de primeiro grau de jurisdição julgou a ação procedente em parte, eis que reconheceu a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do dispositivo municipal atacado, e igualmente, reduziu o número de Vereadores de onze para nove, decretando a extinção dos mandatos que sobejaram o número fixado, e condenou-os a restituir o que eventualmente viessem a receber a partir da sentença, restando indeferida apenas a devolução dos subsídios anteriormente percebidos.

Esta decisão desafiou recurso de apelação onde o Tribunal de Justiça reformou a decisão e asseverou que a fixação do número de Vereadores tratava-se de matéria reservada à Lei Orgânica Municipal, e como tal, se encontrava abrangida pela autonomia municipal.

Da decisão do tribunal de origem foi que a questão chegou ao Supremo Tribunal ao argumento de violação ao preceito do artigo 29, inciso IV, alínea “a” da Constituição Federal, porquanto, à época, o município de Mira Estrela/SP contava com apenas 2.651 habitantes.

Já no Supremo Tribunal Federal restou acolhida a tese de que a fixação do número de Vereadores haveria de ser tomada em obediência à proporcionalidade exigida pelo artigo 29, inciso IV da Constituição de 1988, e como tal, não haveria de se ater apenas entre as balizas descritas nas alíneas, eis que ali não estava presente a proporcionalidade. E a definição do critério de proporcionalidade acolhido pela Corte adveio de construção matemática do Ministro MAURÍCIO CORRÊA, relator do caso.

Foi assim que, por via difusa, o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica Municipal que fixava o número de Vereadores.

Acontece que, a legislatura já havia se encerrado, e ainda, outra se encontrava em curso, pelo que a simples declaração de inconstitucionalidade poderia causar transtornos de variadas formas, motivo pelo qual pela primeira vez

se cogitou de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, e ainda, de aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

4.3 O *HABEAS CORPUS* 82.959/ SP

No ano de 1990 foi editada a Lei n.º 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos, a qual visava dar tratamento legal ao comando insculpido no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

Referido diploma consagrou no ordenamento jurídico a vedação à progressão de regime aos que fossem condenados por delitos considerados hediondos ou eles equiparados.

Dezesseis anos se passaram desde que a lei foi editada e, de doze dista da primeira decisão do Supremo Tribunal Federal que apreciou a arguição de constitucionalidade do referido diploma legal, tendo naquela oportunidade a Corte afirmado ser a lei compatível com a Carta Constitucional, e como tal, não haveria ofensa ao princípio da individualização das penas.

Entretanto, no ano de 2006 o Supremo voltou a enfrentar a questão, agora em *Habeas Corpus* impetrado pelo paciente Oseas Campos, condenado por sentença definitiva e em fase de execução, por infração ao artigo 214 e sua combinação com o artigo 226, alínea “a”, todos do Código Penal.

Alegou o impetrante que o regime integralmente fechado de cumprimento de penas era inconstitucional por violar o princípio da individualização das penas, o qual também guarda aplicação em sede de execução penal.

Aqui, novamente, o Supremo Tribunal voltou a se deparar com a questão da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, a qual necessitaria de se aplicar a técnica da modulação de efeitos.

Foi assim que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei n.º 8072/90, em acórdão assim ementado:

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.

4.4 A RECLAMAÇÃO 4335/ AC

No ano de 2007 chegou ao Supremo Tribunal Federal a Reclamação 4335/ AC, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, contra decisão do juiz de direito da Vara de Execuções Criminais da comarca de Rio Branco, capital do Estado, ao argumento de que referido magistrado teria descumprido decisão do Supremo Tribunal Federal sufragada no HC 82.959/SP, porquanto o magistrado indeferiu pedido de progressão de regime prisional mediante o cumprimento de 1/6 da pena privativa de liberdade, aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

Argumentou a Defensoria Pública que a decisão emanada nos autos do HC 82.959/SP teria efeito *erga omnes*, e como tal, a teor do disposto no art. 102, §2º da Constituição Federal, vinculariam os demais órgãos do poder judiciário e da administração pública.

Referida Reclamação Constitucional ainda não foi julgada, contudo, em razão dos votos já proferidos, verifica-se a nítida formação de uma corrente capitaneada pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de normas seria dotada de eficácia *erga omnes*, e como tal seria despicienda a comunicação ao Senado Federal para fins do artigo 52, inciso X da CF/88, uma vez que a função exercida pela Câmara Alta seria apenas no sentido de conferir publicidade à decisão da Suprema Corte.

Vale a pena transcrever alguns pontos relevantes do voto do Ministro Gilmar Mendes nos autos:

[...] Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito a decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). [...] 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. [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. [...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação. [...] Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

Sustentou o eminente relator ter havido uma mutação constitucional, e que, portanto, a comunicação da decisão ao Senado Federal teria apenas o condão de se conferir publicidade ao julgado. Tal entendimento foi acompanhado pelo Ministro Eros Roberto Grau.

O julgamento da referida ação restou interrompida com pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, após os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, os quais sustentaram, em apertada síntese que deveria ser mantida a interpretação tradicional da regra constitucional na medida em que: a) mesmo com o advento do controle concentrado, a Constituição Federal não abandonou o sistema difuso, sendo indispensável a participação do Senado Federal na suspensão das normas declaradas inconstitucionais *in concreto*; e b) não estão presentes dois importantes requisitos para a configuração da mutação

constitucional, a saber: o decurso do tempo e; o desuso definitivo do dispositivo. (KUBLISCHAS, 2009).

5 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE NORMAS

Desde que inaugurado a partir da Constituição de 1891, o controle de constitucionalidade no direito pátrio sempre se deu de forma bastante tímida, até metade da década de 1950.

Isto porque foi somente a partir do referido texto constitucional que o postulado de Supremacia da Constituição passou a integrar o direito pátrio, eis que nos anos anteriores, a inspiração do direito público advinha essencialmente da doutrina francesa da supremacia do parlamento (CLÉVE, 2000).

Neste cenário de forte tensão dogmática acerca do papel e valor da Constituição na ordem jurídica – de um lado a idéia de Supremacia do Parlamento e da lei com expressão da vontade geral, e de outra a idéia de Supremacia da Constituição, como valor supremo da ordem jurídica – foi que a doutrina do controle da constitucionalidade passou a se desenvolver.

Num primeiro momento admitia-se apenas a declaração de inconstitucionalidade em concreto, aliada ainda à necessidade de um *quorum* qualificado, e por último, com uma decisão que aproveitava somente às partes com a eficácia *ex tunc*, porquanto o nulo não gerava efeitos válidos na ordem jurídica.

Posteriormente, quando a doutrina francesa deixou de influenciar a doutrina brasileira, ao menos da forma como antes, a jurisprudência evoluiu no sentido de se admitir a declaração da inconstitucionalidade em um processo objetivo, sem partes, onde se atacaria a lei em tese.

Por último, com a reabertura democrática experimentada pelo país com o fim da ditadura e com a elaboração de um novo texto constitucional compatível com as aspirações de um povo recém saído de governo autoritário, a expansão da jurisdição constitucional e a consagração de um extenso rol dirigido à defesa e proteção dos direitos fundamentais marcaram profundamente o novo momento constitucional.

Dessa forma, passando a conviver na ordem jurídica de forma mútua a fiscalização concreta e concentrada, alguns autores, ao menos no nosso sentir, de forma equivocada, passaram a advogar a tese da “abstrativização do controle difuso”, ou mesmo da “objetivação da jurisdição constitucional”. (TAVARES, 2009).

Entretanto, com este pensamento não coadunamos, pois a coerência e a harmonia da ordem jurídica e das instituições democráticas podem restar seriamente abaladas, conforme procuraremos demonstrar nos itens seguintes.

5.1 A SEGURANÇA JURÍDICA

Sobre o postulado da segurança, francamente acatado pelos tribunais da federação, não constitui esse o melhor espaço acadêmico para sobre ele discorrer, contudo, sua salutar importância para o tema proposto esta a merecer algumas digressões, sem o ideal de alcançar a exaustão.

A expressão em si é bastante vaga, contudo, substantivamente carrega uma significação infundável, e que tem a principal baliza teórica responsável pela expansão da jurisdição constitucional.

Daí porque relembra Bobbio (1999, p.76) que “o ordenamento jurídico, ou pelo menos parte dele, constitui um sistema é um pressuposto da atividade interpretativa, um dos ossos do ofício, digamos assim, do jurista”.

Assim, por segurança jurídica podemos compreender a situação de direito e de fato acobertada pelo Direito, quando legal e validamente exercida ou criada, cuja desconstituição não poderá mais alcançada, havendo de ser respeitada pelo particular e também pelo Estado.

Por outro viés, a segurança jurídica pode ainda ser encarada como forma de manutenção da estabilidade da ordem jurídica e social, e se insere em todas as manifestações poder, tanto na esfera pública ou privada, com vistas a evitar lesão ou ameaça de lesão a quem quer seja.

É esse, aliás, o comando inscrito no art. 5º, inciso XXXVI da CF/88, o qual afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada.

O Direito, ao mesmo tempo em que, exige mudanças para se conformar à vida social, também exige comedimento, em homenagem à preservação dos efeitos e atos que foram validamente constituídos sob a égide do que se pretende mudar.

Portanto, mister se faz que o espírito de mudança esteja suficientemente discutido e engajado no espírito da sociedade, que a mudança seja querida, que o contexto social repugne o velho, e como tal exija o novo.

Mas, uma advertência. Há de prevalecer sempre o comedimento, aquele limite necessário, sem o qual a mudança pretendida, se transformaria num caos não pretendido.

Seria um tanto quanto perigoso, pelo menos no atual cenário em que vivemos pretender transformar a via difusa de aferição da constitucionalidade num processo objetivo, onde a decisão, até então, *inter partes*, passasse a produzir efeitos além dos sujeitos envolvidos, sem que os destinatários do cumprimento da norma nascida a partir do julgado sequer tenham oferecido uma contribuição dogmática na forma de amigo da corte, procedimento previsto para o controle concentrado.

O Direito Constitucional ainda não está suficientemente preparado para experimentar tais mudanças, isto do ponto de vista da *práxis*, porquanto sob o ângulo das disposições constitucionais, o obstáculo na atual quadra se afigura intransponível, porquanto a mutação constitucional pretendida não se coaduna com perfil constitucional adotado.

Por último, há de se consignar ainda que, os institutos jurídicos existentes para conferir estabilidade e segurança jurídicas hão de ser vistos pelo intérprete e pelo julgador de forma restritiva, assim como se procede na interpretação das normas restritivas de direitos fundamentais, sob pena de se aquebrantar a harmonia do sistema.

5.2 AMEAÇA À ESTABILIDADE DAS INSTIUIÇÕES DEMOCRÁTICAS E DOS PODERES REPUBLICANOS

Diz a Constituição Federal no artigo 2º que são poderes da união o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Referido dispositivo dimana de um dos postulados da república moderna, e que se tornou fundamento de validade e manutenção de qualquer regime político que se diz democrático.

Ensina Temer (2006, p.121) que:

O mérito da doutrina, especialmente de Montesquieu, no seu o Espírito das Leis, não foi o de propor certas atividades para o Estado, pois estas já eram identificáveis. O valor de sua doutrina está na sua proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos 'freios e contrapesos' a que alude a doutrina americana.

Este postulado da separação e harmonia dos poderes há de ser encarado como condição de subsistência da uma ordem democrática, onde cada fração do poder central se manifeste nos exatos limites de sua atribuição, cabendo ao poder judiciário, também nos limites de sua função e dever, velar por esse equilíbrio e harmonias.

E é justamente por isso que o ativismo judicial desenfreado se mostra atentatório à ordem democrática e republicana, pelo fato de uma fração do poder se sobrepor à outra, gerando um permanente ponto de tensão institucional capaz e suficiente de conduzir a uma crise das instâncias democrática e que, no seu ápice, pode comprometer inclusive a ordem democrática.

Nesta perspectiva, de equilíbrio entre as instâncias republicanas, e igualmente, de preservação da ordem democrática, se insere o magistério de MORO (2004, p. 298), o qual leciona o seguinte:

[...] o juiz constitucional não pode perder de vista sua função, que a Constituição lhe atribuiu, de guarda da democracia e dos direitos fundamentais. O eficaz cumprimento de tal tarefa demanda a adoção de salutar ativismo judicial, quando for possível defendê-lo com base em argumentos que apelem para a própria democracia. Se a atuação judicial contribuir para o aprofundamento da democracia, não há como acusá-la de antidemocrática. [...] o juiz constitucional, alternará, não arbitrariamente, a autocontenção com ativismo judicial, o que implica a adoção de padrões de controle de constitucionalidade de intensidade diversa, à semelhança do que faz a Suprema Corte norte-americana.

Portanto, pretender que uma brusca mudança de discurso venha a ser acatada, sem qualquer espécie de discussão, ou mesmo de demonstração de viabilidade, a partir de critérios extraídos do próprio texto constitucional ou do âmbito da uma teoria geral do direito, seria no mínimo um atentado contra a ordem republicana.

Luis Roberto Barroso há alguns anos publicou ensaio acerca do triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, decorrente de uma baixa cultura constitucional advinda de longos períodos em que se obedecia apenas aos Códigos (BARROSO, 2008).

Agora, neste tímido ensaio, procura-se trazer para o centro do debate a concepção e uma crise prematura no Brasil do *pós-positivismo* ou do *neo-positivismo*, em razão unicamente da manipulação maçante e descomprometida dos princípios jurídicos.

Os princípios jurídicos, notadamente os princípios constitucionais, concebidos no pós-guerra como instrumentos, por excelência, de conformação da ordem constitucional, hoje são “amesquinhados” e “vendidos a preço de banana”, sob o viés de um discurso dominador em plena democracia globalizada.

As técnicas de controle de constitucionalidades admitidas no direito brasileiro, e na visão do Ministro Gilmar Mendes, como justificadoras do fenômeno da mutação constitucional em relação ao artigo 52, inciso X da Constituição da República, não de ser revisitadas, e, sobretudo, repensadas pela doutrina, porquanto, aliadas aos novos institutos jurídicos – súmula vinculante, repercussão geral, poderes monocráticos do relator, etc – estão a conduzir para um processo de fortalecimento indesejável do Poder Judiciário, eis que poderá ser erigido um poder ilimitado, incondicionado, onde a ofensa à Constituição haverá de ser anulada em razão da já mencionada maçante manipulação dos princípios jurídicos.

Em acalentado trabalho sobre o tema, Kubliskas (260-261) chegou à seguinte conclusão:

O caso trazido na Reclamação nº 4335/AC, consoante a definição de mutação constitucional adotada neste livro, é importante para ilustrar a questão dos limites da incidência do fenômeno. Conforme já exposto neste livro, são consideradas legítimas apenas as mutações constitucionais que não contrariam o texto ou o espírito da Constituição Federal. De modo a não contrariar o texto, as mutações constitucionais somente podem incidir sobre

dispositivos redigidos com uma linguagem minimamente aberta, ou seja, sobre dispositivos que possibilitem ao intérprete/aplicador mais de uma opção legítima de concretização. Os dispositivos redigidos de modo hermético, isto é, os dispositivos cuja redação não confere ao intérprete/aplicador um espaço mínimo de conformação, somente podem ser alterados por meio da incidência de mecanismos formais de modificação constitucional. O art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 é uma norma hermética, do tipo que não comporta mais de uma interpretação válida condicionada pelo contexto fático envolvido. Nesse sentido, a atribuição da interpretação defendida pelos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau implicaria 'não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (Sinngerbung), mas, sim, a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal)', o que extrapolaria os limites da mutação constitucional aqui defendidos.

Conforme dito alhures, já se encontra à disposição do Supremo Tribunal Federal instrumentos jurídicos suficientes que o possibilita exercer com fidelidade e dignidade suas precípuas funções previstas na Constituição Federal.

A Súmula Vinculante constitui o mais novo instrumento jurídico-constitucional colocado à disposição da Suprema Corte para garantir uma célere prestação jurisdicional, sem que com isso se cogite de violação à separação dos poderes, ou mesmo, de instabilidade institucional em virtude de invasão de competências.

O que se mostra inadmissível é pretender que numa simples demanda de cunho litigioso, onde se encontram em jogo interesses, eminentemente subjetivos, possam vir a afetar a esfera jurídica de terceiros não envolvidos na demanda – que sequer tiveram oportunidade de exercer o contraditório, cuja matéria discutida não prescindiu de um amplo debate constitucional – possa a vir gozar de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

Nesse sentido ensina Mancuso (2007, 316-317) que:

[...] na ausência de força obrigatória expressa, as súmulas, na prática, operavam em modo impositivo, e isso por argumentos diversos: (i) pela lógica do sistema, não faria sentido a extração de um enunciado representativo da jurisprudência assente numa Corte Superior, se não fosse para servir com um guia, para si mesma e como diretriz, em face das demais instâncias; (ii) a súmula vinculante apresenta, ao fim de contas, uma estrutura semelhante à da norma legal (= enunciado abstrato, genérico e impessoal, de obrigatoriedade geral, emanado da mais alta Corte do país), e, tanto quanto a norma, não dispensa, o labor interpretativo, seja para se apurar sua perfeita inteligência, seja para subsunção aos casos concretos; (iii) o reconhecimento da obrigatoriedade da súmula não atrita com o princípio da reserva legal, já que, em última análise, é na Constituição, nas leis e nos regimentos internos que vêm previstos e disciplinados os Tribunais, sendo as súmulas o produto final, potencializado, de sua

atividade precípua, de dizer o Direito; onde inexistir qualquer extrapolação ou excesso na emissão daqueles assentos. Nesse sentido, Sérgio Seiji Shimura entende que 'não está havendo invasão de competência normativa, muito menos um cerceamento da convicção do juiz. É do sistema processual e constitucional que, em determinada hipótese concreta, o juiz de hierarquia jurisdicional inferior tenha de obedecer ao decidido pela Corte Superior, pelas vias recursais normais; com maior razão, se o caso sub judice se enquadra no mesmo paradigma já traçado pela mais alta Corte, decorrente da repetição de casos idênticos'.

6 CONCLUSÃO

Após a densa exposição aqui feita, sem a mínima intenção de esgotar a matéria, conclui-se que o moderno sistema adotado para controlar a constitucionalidade, ao qual se revelou bastante complexo, ante o fato o fato de ter surgido a partir de matrizes constitucionais diversas, está agora a merecer uma releitura pela doutrina e jurisprudências, o que evidentemente, deve ser levado a cabo com bastante prudência.

Nesse azimute, se mostra inegável a importância que controle objetivo abstrato de normas assumiu no ordenamento jurídico interno pós-1988, e como tal, compatível com as balizas democráticas que se pretendeu para um Estado de Direito, reforçado, pois, com a ampliação do rol dos legitimados para deflagrar a jurisdição constitucional concentrada num processo de cunho objetivo.

Entretanto, os que advogam a tese de que o controle concentrado alcançou uma importância tal que, acabou com a importância do controle do controle difuso, e como corolário desse raciocínio, a função do Senado Federal, a despeito do artigo 52, X da CF/88 seria apenas a de conferir publicidade à decisão pretoriana, seria, ao menos, um atentado contra os princípios do Estado de Direito.

Separação dos Poderes e Segurança jurídica não constituem expressões vazias e que podem ser vendidas barato num discurso legitimador da jurisdição constitucional.

A nobre competência constitucional da Câmara Alta há de ser vista como ponto de equilíbrio das instâncias republicanas, porquanto passa a constituir no caso específico aqui tratado, como instituição responsável pelo equilíbrio dos poderes constituídos.

Conceber a idéia de anulação – ou invalidação – dos atos do Poder Legislativo, sem a mínima ofensa sequer à independência daquele órgão do Estado é no mínimo um absurdo, daí porque as teorias que sustentam a legitimidade da jurisdição constitucional a veem com moderações, com mitigações, em resumo, com comedimento.

Assim, a prevalecer a tese do relator na já mencionada Reclamação 4335/AC, estar-se-ia a transformar o Poder Judiciário num super-poder, soberano, incondicionado e ilimitado, sem precedentes na história constitucional, figurando hipoteticamente como seus predecessores o poder constituinte originário e o poder moderador, o último figura da constituição imperial.

Não se pode perder de vista que o Judiciário é um poder estabelecido, e como tal deve obediência e respeito aos preceitos estabelecidos no estatuto jurídico fundamental de onde retira sua validade e legitimidade.

Pretender retirar de uma das mais respeitadas instituições republicanas, o mister previsto na Constituição Federal, atribuindo-lhe a mera função de conferir publicidade a uma decisão jurídica, seria a mesma coisa que subverter a ordem democrática e ferir de morte o princípio da separação dos poderes, que na ordem jurídica brasileiro gozam de *status* constitucional.

Seria no mínimo um absurdo, um verdadeiro despautério praticado contra a ordem jurídica interna.

Romper com a tradição constitucional sem qualquer justificativa razoável, relegando a condição de subalterno uma importante instância republicana, que consagra uma tradição constitucional brasileira, simplesmente através de um processo informal de mudança da Constituição, obra de um poder constituinte difuso, representaria não menos que um golpe mortal na ordem constitucional.

Portanto, a legitimidade democrática do Poder Judiciário não se encontra em condições de passar a exercer uma função tão importante para a manutenção da estabilidade das instituições democráticas.

O futuro do controle de constitucionalidade no Brasil se apresenta com excelentes perspectivas, em que o constitucionalismo pátrio passa por um momento ímpar, em que participação dos intérpretes não oficiais da constituição vem se tornando cada vez maior e mais importante, onde todos são chamados em pés de igualdade e de oportunidade a trazer cada qual a sua contribuição para as mais importantes questões a serem decididas pelo Poder Judiciário.

Por fim, a lição a ser extraída caminha no sentido de não valer à pena romper com uma tradição constitucional duradoura, por simples caprichos de ordem científico-doutrinária, cujos efeitos deletérios poderiam ser de uma ordem tal que poderia inclusive causar uma ruptura constitucional, revolucionária ou não, armada ou não, violenta ou não.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tomo III.

BITTENCOURT, Lúcio A. **Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 57, de 18.12.2008. In: **Vade Mecum saraiva**. Obra coletiva de autoria da ed. Saraiva com a colaboração de A. L. de Toledo Pinto, M. C. V. dos S. Windt e L. Céspedes. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Pena. Regime de Cumprimento. Progressão. Razão de Ser. Habeas Corpus 82.959/SP, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição Autonomia Municipal. Limites Constitucionais. Número de Vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos Princípios da Isonomia e da Razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. Recurso Extraordinário n.º 197.919/SP, Brasília, DF, 24 de março de 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Curso de direito constitucional**: teoria do estado e da constituição. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FAVOREU, Luis. **As cortes constitucionais**. tradução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição – trad. Gilmar Ferreira Mendes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal e da constituição**. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição? – trad. Hiltomar Martins Oliveira**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

LEITE, George Salomão. **Do controle de constitucionalidade e tipologia da inconstitucionalidade dos atos estatais**, In NOVELINO, Marcelo (org.), **Leituras complementares de direito constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORO Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.