

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA PÚBLICA E DIREITO DO ESTADO**

SIMONE DA ROCHA CUSTÓDIO

**CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE:
SISTEMA A SERVIÇO DO INDIVÍDUO, DA SOCIEDADE E DO DIREITO**

PORTO ALEGRE

2016

Simone da Rocha Custódio

**CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE:
SISTEMA A SERVIÇO DO INDIVÍDUO, DA SOCIEDADE E DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Advocacia Pública e Direito do Estado, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

Orientador: Professor Doutor Carlos Eduardo Dieder Reverbel.

PORTO ALEGRE

2016

Aos Ramão, marido e filho, pelo apoio e paciência.

RESUMO

A proposta da pesquisa apresentada nesta monografia é tratar do tema do controle de constitucionalidade com vistas à reflexão sobre as consequências da utilização desse importante mecanismo na via judicial para o mundo jurídico, para o indivíduo e para a sociedade. Noções gerais sobre Constitucionalismo e a consagração da Supremacia da Constituição serão, de início, abordadas. Com o objetivo de enfrentar algumas questões, tais como a convivência com leis válidas no ordenamento jurídico, porém declaradas inconstitucionais e o fato de que a mesma lei pode ser aplicada para alguns, e para outros ser afastada por inconstitucionalidade, far-se-á análise geral do Sistema de Controle Judicial de Constitucionalidade, por meio de apresentação de conceitos, modelos existentes, origens e pressupostos. A convivência entre controle judicial de constitucionalidade e os princípios da harmonia e separação dos Poderes será trazida em seu contexto histórico. O controle na Constituição Federal de 1988, com especial enfoque no meio incidental ou difuso de controle de constitucionalidade e os efeitos dessas decisões e reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, o crescimento de meios a permitir o controle de constitucionalidade em tese, fortalecendo o controle abstrato, bem como o caráter expansivo das decisões do Supremo Tribunal Federal - STF e a aproximação entre os modelos do sistema constituem pontos de estudo apresentados neste trabalho. Importante abordagem será feita em relação ao regramento processual do Novo Código de Processo Civil, de 2015, a normatizar o controle de constitucionalidade pela via difusa. A interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF sobre o tema, como não poderia deixar de ser, constitui fonte essencial e especial a ser analisada.

Palavras-Chave: Constitucionalismo. Controle Judicial de Constitucionalidade. Modelos de Controle Judicial. Questão Constitucional Incidental.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 CONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS..	8
2 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	11
2.1 Origem e Pressupostos do Sistema	12
2.2 O Controle sob o Prisma da Separação dos Poderes	14
2.3 Delimitação dos Modelos: Concentrado, Difuso e Misto.....	18
2.4 O Controle na Constituição Federal de 1988.....	22
2.5 Reflexos no Ordenamento Jurídico	25
3 CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO	28
4 QUESTÃO CONSTITUCIONAL INCIDENTAL NOS CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E 2015.....	31
5 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	36
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro, no intuito de buscar respostas e propostas para intrigantes questões que rondam o tema, em especial: a quem deve servir o controle judicial de constitucionalidade? O modelo adotado pelo Brasil está de “mãos dadas” com princípios eleitos pela sociedade?

Tendo aqui como premissas: a) se a Constituição é a lei suprema de um Estado; b) se o ordenamento jurídico do Estado deve com ela estar em conformidade; e c) se o Estado Democrático de Direito se rege por normas democráticas que visam ao bem comum (da sociedade) e têm como princípio a garantia dos direitos fundamentais da pessoa; por que ainda podemos conviver com leis válidas no ordenamento jurídico, porém “declaradas”¹ inconstitucionais? Por que a lei pode ser aplicada para alguns e para outros ser declarada inaplicável? Afinal, como lidar com sistema de controle que permite essa disparidade ao tempo em que sua própria aplicação busca preservar direitos?

O controle de constitucionalidade constitui meio para garantir a supremacia da Constituição Federal. Todavia, quando se está a tratar de normas constitucionais cuja interpretação dá margem a divergências ainda não dirimidas, de forma definitiva, pelo Corte Superior competente (STF), temos que o julgamento de casos concretos, mediante aplicação do controle de constitucionalidade, via meio difuso, muito embora possa atender a anseios individuais de uma das partes (e porque não, efetivamente, alcançar a justiça buscada), derrama no sistema jurídico infraconstitucional “gotas insolúveis” que lá ficarão destacadas, até que (e se) o conteúdo diferencial que as colocam nessa condição seja dissolvido. Na presença de tais ocorrências fica fácil identificar situações à margem dos princípios da segurança jurídica e da isonomia. Nesse ponto, estaria o atual modelo de controle difuso a permitir a escolha dos direitos individuais em detrimento da preservação de princípios constitucionais? Ou, ao contrário, está o judiciário cumprindo com seu

¹ Aqui se refere à declaração no caso concreto, onde os efeitos da decisão alcançam somente as partes envolvidas, permanecendo a norma no ordenamento jurídico.

papel de prestação jurisdicional e abrindo caminho para a integral preservação de valores escolhidos pela sociedade?

Para enfrentamento das questões postas, serão apresentadas noções gerais de Constitucionalismo, far-se-á análise geral do Sistema de Controle Judicial de Constitucionalidade por meio de apresentação de conceitos e modelos existentes, origens e seus pressupostos. A partir do sistema de controle judicial de constitucionalidade adotado pelo Estado Brasileiro, conforme a Constituição Federal de 1988, atenção especial será dada ao tradicional meio incidental ou difuso de controle judicial e aos efeitos dessas decisões e reflexos no ordenamento jurídico. Importante abordagem será feita em relação ao regramento processual, do Código de Processo Civil, a normatizar o controle de constitucionalidade pela via difusa, com vistas a identificar possíveis alterações e inovações trazidas pelo Novo CPC e, a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema de controle de constitucionalidade dará fecho à pesquisa apresentada.

1 CONSTITUCIONALISMO E SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Em sua essência, o termo constitucionalismo significa limitação de poder e supremacia da lei. Embora o nome sugira, nem sempre está ligado à existência de uma constituição escrita, a exemplo do que ocorre no Reino Unido. O ideal constitucionalista pode estar presente em Estado sem constituição escrita, bem como ausente em locais onde exista.²

Em um Estado constitucional,

[...] existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não devem ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (checks and balances). Por fim, há as limitações processuais: órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, [...]³

Somente por meio da história dos povos e de cada Estado é possível dizer da existência e em que estágio está o constitucionalismo.

Certo é que as marcas deixadas pela violência da segunda guerra mundial despertaram na grande maioria dos seres humanos a consciência de que a pessoa humana deve ser reconhecida como o primeiro dos valores. A liberdade e a igualdade das pessoas devem ser protegidos por toda a sociedade, como direitos inerentes à condição humana.⁴

² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo, 2013, p. 27.

³ Ibid., p. 27-28.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p.139-140.

O constitucionalismo é um movimento social,

[...] implantado e desenvolvido através da história, tendo recebido a contribuição de elementos resultantes das elaborações de teoria política e jurídicas, sendo hoje um instrumento fundamental para a implantação de sociedades humanistas e democráticas. O constitucionalismo não foi o resultado de alguma proposição teórica abstratamente formulada, mas resultou do reconhecimento de peculiaridades da pessoa humana, de necessidades e aspirações comuns a toda a humanidade, percebidos e explicitados, gradativamente, a partir de situações concretas.⁵

Após discorrer sobre o conceito polêmico de Constituição escrita, ligada à doutrina liberal, diz o professor Ferreiro Filho:

[...] o movimento político e jurídico, denominado Constitucionalismo visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas. Confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha para o século XIX e nos primeiros três lustros do século XX foi triunfal. Ou pela derrubada dos tronos, ou pela “outorga” dos monarcas, um a um, todos os Estados europeus adotaram Constituição.⁶

Em artigo sob o título “Divisão do Poder e Partidos Políticos”, Jorge Miranda recorda para nós, independentemente das disputas doutrinárias, as grandes aquisições do constitucionalismo moderno, do Estado de Direito ou do *rule of law*:

[...]
 - o princípio representativo, por envolver dissociação entre titularidade e exercício do poder (ao contrário do que se verifica na democracia directa e na monarquia absoluta);
 - a pluralidade de órgãos da função pública;
 - a independência dos tribunais e a sua reserva da função jurisdicional;
 - a atribuição das grandes decisões legislativas do Parlamento – tanto pelo seu carácter electivo e pluralista quanto pelo seu procedimento;
 - o controlo judicial da legalidade dos actos administrativos e da constitucionalidade das leis.⁷

⁵ DALLARI, op. cit., p. 349.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 37.

⁷ TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

A supremacia constitucional foi consagrada a partir do surgimento das Constituições escritas. Porém, em período anterior já era possível identificar a supremacia de determinadas leis sobre outras. Das características do constitucionalismo antigo podemos ressaltar: texto não codificado; surgimento do Parlamento; não responsabilização do Soberano por descumprir normas constitucionais; exigência de normas pelo “povo” (nobres); noção restrita: garantia exclusiva dos direitos fundamentais (limitados); prevalência do Parlamento (impossibilidade de controle de constitucionalidade dos atos parlamentares). Do Constitucionalismo moderno vale salientar: texto escrito; existência de Poder Constituinte originário e proteção dos interesses de uma comunidade (social); vinculação de todos os Poderes do Estado à supremacia da Constituição; responsabilização dos atos “soberanos”; necessidade de maior aproximação entre a Constituição real e Constituição formal; força normativa do texto constitucional; surge a idéia de controle de constitucionalidade.⁸

O Direto Constitucional tem na supremacia da Constituição sua verdadeira sustentação. A Constituição é superior a todas as normas jurídicas e nenhum ato que com Ela seja incompatível poderá manter-se no sistema. Está na jurisdição constitucional os mecanismos para fazer valer, por meio do judiciário, esta supremacia. O controle de constitucionalidade possui exatamente a finalidade de “declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.”⁹

⁸ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 3. Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 11, 15-21.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 106-107.

2 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo permite a verificação da conformidade de seus comandos com os princípios, direitos, garantias e valores eleitos na Constituição Federal. A averiguação dessa conformidade pode se dar antes¹⁰ ou depois¹¹ da entrada da norma no mundo jurídico.

Controle de constitucionalidade é, pois, a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.¹²

No sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade *preventivo* é exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo e, de forma excepcional, pelo Poder Judiciário (nos casos de inobservância do devido processo legislativo constitucional). O Poder Judiciário “é o principal responsável pelo controle repressivo”, porém, em casos pontuais, no âmbito federal, poderá ser exercido pelo Poder Legislativo. Ainda, é admitido pela doutrina, mas com divergências, o controle pelo Poder Executivo, na hipótese em que o Chefe do Executivo nega cumprimento à lei que entenda ser inconstitucional.¹³

Admite-se, ainda, a apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público pelos Tribunais de Contas, na condição de órgãos auxiliares do Poder Legislativo.¹⁴ O atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é classificado como “jurisdicional misto ou combinado”, já que admitido “pelas vias difusa ou concentrada”.¹⁵

O controle judicial preventivo de constitucionalidade no Brasil pode ser feito somente por meio da via concreta, de forma incidental, durante o procedimento de

¹⁰ Controle *a priori* – preventivo.

¹¹ Controle *a posteriori* – repressivo.

¹² FERREIRA FILHO, op. cit., 2013, p. 64.

¹³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Ed. Método, 2009, p. 220-223.

¹⁴ Ibid., p. 222.

¹⁵ Ibid., p. 225.

elaboração das normas legais pelo parlamento, para garantia de respeito à constituição durante o processo legislativo. Não há no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes existentes na França e Portugal, forma de controle preventivo abstrato.¹⁶

O controle repressivo de constitucionalidade pelo poder judiciário, na Constituição de 1988, pode ser feito por via de ação direta (controle abstrato) ou por via de exceção (controle difuso).

2.1 Origem e Pressupostos do Sistema

Considerando-se a natural *imperfeição* dos homens e, por sua vez, de suas criações, incluindo-se as leis, não sealaria em controle posterior¹⁷ pelo Judiciário acaso não se admitisse a possibilidade de existirem no ordenamento jurídico leis vigentes, porém, viciadas por nulidade.

Em capítulo sob o título “Juizes Desconfiados” – “Juiz soldado da lei: um paradigma obsoleto”, o professor André Ramos Tavares refere a distinção entre “juiz conforme a lei e juiz da lei”, alertando que:

[...] o exercício clássico das funções judiciais (juiz segundo a lei) pressupõe um Estado de Direito formal e uma separação (divisão funcional) de Poderes, como observou Calamandrei. Mas o exercício *da função de controle da lei* pressupõe algo mais, pois essa postura judicial só pode se estabelecer no marco do Estado Constitucional de Direito, e não de qualquer Estado.¹⁸

Vasco Della Giustina, em sua obra “Controle de Constitucionalidade das Leis”, informa que “as Constituições escritas datam da segunda metade do século 18. Mais precisamente, Virgínia, nos Estados Unidos, em 1776, foi a primeira a publicar

¹⁶ MORAES, op. cit., 2013, p. 216-217.

¹⁷ Também chamado pela doutrina de “repressivo”.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. 1. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 19-20.

regras básicas.”¹⁹ Também nos Estados Unidos, nasce o controle de constitucionalidade.²⁰ Importante referir que na Constituição Federal dos Estados Unidos não há menção expressa ao controle de constitucionalidade. Foi por meio de construção lógico-jurídica do sistema que o juiz Marshall, ao decidir sobre o caso *Marbury versus Madison*, demonstrou que se ao Judiciário cabe “dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da constitucionalidade de uma lei.”²¹

Sobre a origem do sistema nos Estados Unidos vale referir que, diferentemente do que aconteceu na França, onde a desconfiança e o medo do arbítrio judicial vivido antes da revolução levou à limitação da atividade do judiciário, a herança inglesa do *common law*, onde juízes progressistas se preocupavam em proteger o indivíduo contra abusos do poder governamental, permitiu aos americanos criar um direito livre de medo e com confiança no judiciário.²²

Como pressupostos à existência de sistema de controle de constitucionalidade, alguns elementos são essenciais: Constituição Escrita (codificada ou não-codificada); rigidez constitucional; e existência de Órgão Controlador.²³ Por constituição escrita Jorge Miranda ensina: “uma constituição escrita equivale, antes de mais, à reivindicação de que as normas constitucionais se contenham num texto ou documento visível, com as inerentes vantagens de certeza e de prevenção de violações”.²⁴

A rigidez de uma constituição (escrita²⁵) está diretamente vinculada aos formalismos legais necessários para a sua modificação. A partir dessa rigidez pode-se concluir que os mandamentos e os princípios constantes da Constituição “rígida” de um Estado, embora não “imutáveis”, são supremos. Trata-se da lei maior do Estado. Todas as outras a Ela se subordinam e não podem contrariá-la. A Constituição rígida é Suprema. Tal supremacia decorre de sua origem, pois fruto do

¹⁹ DELLA GIUSTINA, Vasco. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 27.

²⁰ Trata-se de controle judicial, por meio de julgamento de caso concreto.

²¹ FERREIRA FILHO, op. cit., 2013, p. 64.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Marinoni. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 885-888.

²³ SIMÃO, Calil. **Elementos do Sistema de Controle de Constitucionalidade**. 2. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 92-109.

²⁴ MIRANDA, Jorge *apud* SIMÃO, op. cit., 2014, p. 94.

²⁵ Nem toda constituição escrita é rígida; todavia, para ser rígida, a constituição há de ser escrita.

denominado “Poder Constituinte (poder fonte de todos os demais, que constitui o Estado)”.²⁶

2.2 O Controle sob o Prisma da Separação dos Poderes

O professor Jorge Miranda ao tratar do tema da separação dos poderes, em artigo intitulado “Divisão do Poder e Partidos Políticos” refere, por sua importância, dois postulados base, o primeiro:

[...] de que nenhum Estado existe sem um mínimo de limitação do poder pelo Direito – porque é sempre o Direito que o constitui e legitima e porque a própria lei decretada pelos governantes obriga-os enquanto estiver em vigor e pode adquirir dinamismo próprio que o ultrapassa. O segundo vem no sentido de que contra o poder só o poder, exaltando a permanente atualidade de Montesquieu. Ensina: “só existe liberdade onde o poder aparece distribuído por vários centros ou sujeitos.”²⁷

Essencial lição histórica é dada pelo professor Marinoni, ao tratar do *judicial review* diante do princípio da separação dos poderes. Alerta que as revoluções francesa e americana, muito embora tendo em suas raízes a separação dos poderes de Montesquieu, o papel dos juízes seguiram rumos distintos nos Estados Unidos e na França.²⁸

Na França, antes da revolução, os juízes (cargos comprados ou herdados) julgavam de acordo com os interesses daqueles para os quais “serviam”.

A necessidade da separação dos poderes, na linha defendida por Montesquieu, se apresentou forte a partir do momento em que latente a necessidade de um novo direito para uma nova sociedade. Neste momento a preocupação principal era impor clara distinção entre as funções do legislativo e executivo e limitar a atividade do judiciário.

²⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., 2013, p. 50-51.

²⁷ TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 27.

²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia (coord.) *et al.* **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais**. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 883.

De acordo com Montesquieu, o poder de julgar deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de direitos novos. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o poder de julgar.²⁹

A conclusão de Montesquieu foi de que o poder de julgar seria um poder nulo. Criar o direito cabia exclusivamente ao legislativo. Ao judiciário cabia declarar a lei, por meio de decisões judiciais executadas diretamente pelo executivo. Importante, naquele momento, era separar o poder de criar o direito do poder de julgar.

A Revolução Francesa idealizou que o direito francês seria calcado em legislação tão clara que não seria necessário ao juiz interpretar a regra e, na excepcional necessidade, deveria levar a dúvida ao legislativo para que este, legítimo detentor do poder de interpretação das leis, esclarecesse a questão. Ao contrário do ocorrido na França, na Inglaterra o judiciário preocupava-se com a proteção do indivíduo e com o controle de abusos por parte dos governos.

A Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só afirmou que ‘os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo’ (Título II, art. 10), mas também que os tribunais ‘reportar-se-ão ao corpo do legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei’ (Título II, art. 12).³⁰

Também em 1790, e na linha da total limitação do poder dos juízes, foi criada na França uma Corte de Cassação, com a função de cassar as decisões judiciais que estivessem em “desacordo” com as leis, ou seja, que dessem à lei interpretação “indesejada”. Essa Corte não fazia parte do judiciário. Tratava-se de órgão destinado a proteger a “supremacia da lei”.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao contrário, não existia medo da interferência judicial. Todavia, importante referir que o princípio da separação dos poderes também compôs a base da revolução americana, “desencorajando contaminações recíprocas e previsões de controle de um poder sobre o outro.”

²⁹ MEDINA, op. cit., 2008, p. 884.

³⁰ Ibid., p. 886.

Todavia, os americanos tinham visão clara sobre a Constituição, qual seja, a Carta que contém os direitos fundamentais para o desenvolvimento do homem e que, por isso, não poderia ser negada ou violada por qualquer dos poderes, inclusive pelo Legislativo. Nesse contexto, os constituintes americanos, não obstante a separação dos poderes, “apostaram no texto da Constituição para fazer brotar, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o poder judicial de revisão da constitucionalidade das leis.”³¹

A preocupação dos americanos em garantir a supremacia da Constituição conferiu ao poder judiciário, na linha de pensamento de Montesquieu - muito embora para este a atividade judicial não fosse dotada de qualquer poder (poder nulo) – função de controle de validade das normas.

No Brasil, o controle de constitucionalidade pelo judiciário também sofreu resistência e foi visto como interferência do poder judiciário sobre o poder legislativo, violando, portanto, o princípio da separação dos poderes. Rui Barbosa, um dos principais autores da primeira constituição republicana do país (1891), então senador do Estado da Bahia, defendia a separação dos poderes e o controle de constitucionalidade.

Do acervo da Biblioteca Digital do Supremo Tribunal Federal, extraem-se trechos de acórdão que muito elucidam o debate à época:

Vistos, examinados, relatados e discutidos estes autos de recurso para este Tribunal de Conflictos da sentença de fls. 28 a 2, proferida pelo Juiz de Direito da primeira vara civil em uma acção ordinaria entre partes A.A. a Santa Casa de Misericórdia, Commendadores Manoel de Souza Campos, Carlos Martins Vianna e outros, e R. o Estado da Bahia, representado na primeira instancia pelo Dr. Promotor Publico, acção na qual os AA. recorrentes dizem se vêm privados do direito effectivo de propriedade garantido pela Constituição Federal no art. 72 §17, 136 §20 da Constituição Estadual por força da lei Estadual n. 202 de 17 de Agosto de 1897, lei que regula o processo das acções de despejo, e pedem seja considerada nulla a citada lei para que possam propôr as acções de despejo pelas leis a esta preesistentes: a sentença recorrida conclue julgando os A.A. carecedores de acção e os condena nas custas; recorrendo os AA. para este Tribunal foram ouvidas as partes interessadas, os recorrentes pelo seu advogado que arrazou a fls 38 e 39 e o recorrido, o Estado da Bahia, pelo Dr. Substituto do Procurador Geral, que impugnou as razões de fls. 40 a 4 I. E tudo visto, examinado e discutido.

³¹ MEDINA, op. cit., 2008, p. 888-890.

Considerando que, a sentença recorrida baseia-se normalmente nos princípios de direito que regem a matéria da constitucionalidade das leis dos povos civilizados, leis estas que fazem parte do nosso direito constitucional e privado; e,

Considerando que, contra as deliberações do Congresso os tribunais não dispõem de auctoridade revogatoria e sim tão somente contra sentenças de tribunais; e quanto aos actos inconstitucionais dos outros poderes, o Legislativo e o Executivo, o que fazem os tribunais é desconhecei-os, mas os deixando, subsistir no corpo das leis; porém a cada indivíduo por elles agravado, que vem requerer contra elles protecção, que pede a restituição de um direito estorquido, **os magistrados têm obrigação de ouvir e deferir em homenagem á lei violada pelo governo ou á Constituição violada pelo Congresso (Ruy BARBOSA, actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo);**

Considerando que, o que pedem os recorrentes e que seja annullada a sentença proferida na acção por elles proposta pedindo seja considerada inconstitucional, nulla, seja riscada do corpo da nossa legislação a lei estadual ll. 202, de 17 de Agosto de 1897 J lei sobre o processo de acções de despejo, sob o pretexto allegado de que restringe o direito de propriedade dos possuidores de Casas no Estado da Bahia; e auteram o [...]

Considerando que [...]

Aliás, censurada assim, ella não é destruída: reduz-se-lhe a força moral, mas o efeito material não fica suspenso. Pouco a pouco sob os ameados golpes da jurisprudencia, é que ella vem afinal a perecer; e diz também LEON DONNAT, não se contraria a lei rosto a rosto, seria contrario á harmonia e divisão dos poderes; o individuo lesado queixa-se e sobre sua queixa o juiz decide que a lei é inapplicavel, porque a Const. o protege contra as disposições desta lei. Se outros intentarem o mesmo meio, sentença idêntica será proferida e para, diz DONNAT, sabir da duvida ou o povo modifica a sua Constituição, ou o legislador revoga sua lei.

(...) (Bahia e sala de sessões do Tribunal de Conflitos, aos 5 de Outubro de 1899.)³² (grifei)

Sob a vigência da Constituição Federal de 1988, com Poderes da União, Legislativo, Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si, e em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. Todavia, há de se levar em conta que as atividades deles são distintas. Pela ordem acima referida, ao primeiro compete assegurar os valores e promover os fins constitucionais através da elaboração e aprovação das leis. Ao segundo, via atividade administrativa, dá efetividade à Constituição. E, ao terceiro, via resolução de conflitos, diz o Direito. Não sendo, portanto, o Judiciário o único poder a interpretar a Constituição, deve ter atitude de deferência com a interpretação dada pelo Legislativo e Executivo, em prol da independência e harmonia dos Poderes.³³

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência** n. identificador 767, v. 30, t. 87.

³³ BARROSO, op. cit., 2013, p. 324.

O Ministro Barroso alerta que a presunção de constitucionalidade das leis é decorrência do princípio da separação dos poderes e funciona como autolimitação da atuação judicial. Por isso, juízes e tribunais não devem, em regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando:

- a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma;
- b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação do ato de outro poder;
- c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a constituição.³⁴

2.3 Delimitação dos Modelos: Concentrado, Difuso e Misto

O controle de constitucionalidade pelo Judiciário pode ser, nos termos das denominações mais usadas pela doutrina, “difuso” ou “concentrado”. Quando qualquer juiz de Direito tem competência para apreciar a alegação de inconstitucionalidade, via caso concreto, temos controle difuso. Toda vez que a competência para o julgamento for “reservada a um único órgão” temos controle concentrado.³⁵

O controle difuso ocorre quando a verificação da conformidade da lei ou do ato normativo com a norma constitucional é feita pelo próprio juiz singular que julga a causa ou, ainda, pelos tribunais – o que está em jogo é o direito subjetivo das partes. A regra legal apreciada e julgada inconstitucional não é retirada do ordenamento jurídico, apenas restará inaplicável. O alcance da decisão, também neste supremo aspecto (invalidação da norma vigente), limitar-se-á às partes envolvidas no contencioso (efeito *inter partes*).

Por outra via, mais conhecida como controle concentrado (originário da doutrina do austríaco Hans Kelsen), a verificação da constitucionalidade está a cargo de um único órgão – o que está em jogo é a própria regra positivada. Somente

³⁴ BARROSO, op. cit., 2013, p. 324.

³⁵ TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 27.

esse órgão terá competência para invalidar a lei ou o ato normativo, os quais deixarão de fazer parte do ordenamento jurídico, alcançando todos os seus sujeitos (efeito *erga omnes*). O controle difuso, marco do próprio sistema de controle de constitucionalidade na via judicial, nasceu nos Estados Unidos, ao passo que o denominado controle concentrado tem origem européia, mais especificamente na Áustria.

Nas palavras do professor Luiz Guilherme Marinoni:

O sistema estadunidense de controle de constitucionalidade das leis costuma ser equiparado ao dito controle difuso de constitucionalidade, isto é, ao sistema em que o controle de constitucionalidade das leis é deferido a todo e qualquer juízo, independentemente da sua posição na estrutura do Poder Judiciário, sem que para tanto seja necessária uma ação específica, já que neste caso a aferição da constitucionalidade da norma é realizada *no curso* do raciocínio judicial tendente à resolução do litígio.³⁶

O professor Carlos Reverbel apresenta o estudo do controle de constitucionalidade partindo de uma teoria dos fins e funções do Estado. Para tanto, prefere trabalhar seguindo terminologia do constitucionalista espanhol Ferreres Comella: “modelos de jurisdição cumulada e de jurisdição separada”. Aponta vários termos utilizados para denominar o sistema: monista ou dualista, centralizado ou descentralizado, cumulado ou separado, difuso ou concentrado, por via de ação direta ou por via de exceção, em abstrato ou em concreto.³⁷

Trata-se de verificar se a função de controle da lei está “cumulada” ou “separada” da função de aplicação da lei. Aos *fins últimos do Estado* a função (do *juiz constitucional*) de controle da lei e aos *fins próximos* a função (do *juiz ordinário*) de execução - aplicação da lei.³⁸ Alguns países adotam o modelo de controle de origem norte-americana (difuso) e outros o de procedência austríaco-europeia (concentrado). Há, ainda, aqueles que preferiram uma forma intermediária entre os

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, op. cit., 2015, p. 873.

³⁷ COMELLA, Ferreres *apud* REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. 1. Ed. Porto Alegre: Ed. Brejo-bibliobureau, 2012, p. 13.

³⁸ REVERBEL, op. cit., 2012, p. 13, 23.

dois principais modelos, modelo denominado na doutrina ibero-americana de misto.³⁹

Revelação importante encontramos nas lições do professor Reverbel acerca do nascimento do controle concentrado:

A *Colômbia* e a *Venezuela* possuem a peculiaridade de terem sido os primeiros países do mundo a adotarem controle concentrado-separado de constitucionalidade, antecipando-se inclusive ao modelo concentrado Kelseniano, que idealizou, doutrinariamente, a concentração da função de controle no Tribunal Constitucional Austríaco, como verdadeiro legislador negativo. A Venezuela internalizou referido controle, em 1858, já a Colômbia, pela reforma constitucional de 1910. Cumuladamente com este controle a técnica difusa-cumulada opera normalmente, e os juízes e tribunais de ambos os países podem deixar de aplicar uma lei por entendê-la contrária à Constituição.⁴⁰

O controle judiciário de constitucionalidade no Brasil é, em princípio, de caráter difuso, produzindo efeito *inter partes*. Qualquer juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Nos Tribunais, por sua vez, somente pela maioria absoluta de seus membros.⁴¹ Trata-se do controle (concreto-difuso de origem norte-americano) exercido a partir da propositura de ação judicial que não tem por objeto principal a verificação de constitucionalidade da lei, porém, o direito subjetivo a ser tutelado fica na dependência do reconhecimento da inconstitucionalidade.

No controle judicial difuso não há declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, mas sim afastamento da lei tida por inconstitucional, pelo juiz ou por Tribunal. A verificação da alegada inconstitucionalidade é apreciada como matéria prejudicial ao julgamento do pedido principal. "A pretensão principal fica condicionada à solução sobre a constitucionalidade da norma impugnada."⁴²

³⁹ REVERBEL, op. cit., 2012, p. 11.

⁴⁰ Ibid., p. 230.

⁴¹ FERREIRA FILHO, op. cit., 2013, p. 70.

⁴² SIMÃO, op. cit., 2014, p. 121.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao tratar das Especificidades do Sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro assinala que:

[...] tal como observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.⁴³

Ensina o Ministro Luis Roberto Barroso:

No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considere inconstitucional.⁴⁴

Muito embora, efetivamente, a jurisdição constitucional seja exercida de forma ampla, existe substancial diferença entre o controle de constitucionalidade realizado pelos Juízes de primeiro grau e pelos Tribunais.

Enquanto que para os Tribunais a declaração de inconstitucionalidade somente é válida quando apreciada e julgada por todos os seus membros, ao juiz singular é permitido reconhecer a inconstitucionalidade individualmente.

Trata-se de curiosidade que para o professor Araken de Assis pode assim ser explicada:

Sucedem que o entendimento oposto conduziria a consequências altamente indesejáveis, obrigando o órgão judiciário de primeiro grau a desrespeitar a Constituição e aplicar leis inconstitucionais. Por tais razões, cristalizou-se a tese de que juízes monocráticos apreciam, irrestritamente, questões

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; ALVES, Moreira. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 2.

⁴⁴ BARROSO, op. cit., 2013, p. 409-410.

constitucionais, e, de outro lado, a repercussão intensa do pronunciamento dos tribunais impôs o quórum qualificado.⁴⁵

2.4 O Controle na Constituição Federal de 1988

Como já foi tratado, no Brasil o controle judiciário de constitucionalidade é principalmente de caráter difuso, produzindo efeito *inter partes*. Cabendo a qualquer juiz reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Já, nos Tribunais é necessária maioria absoluta dos membros para declará-la.⁴⁶

No sistema pátrio,

O Supremo Tribunal Federal nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal n. 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais.⁴⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil admite, ainda, o controle *abstrato-concentrado* (de origem doutrinária austríaco-europeia), exercido pelos Tribunais. Nesse contexto, o Brasil possui um sistema misto, já que, usando terminologia preferida pelo professor Reverbel, cumula técnicas do modelo “centralizado” (jurisdição separada) e “descentralizado” (jurisdição cumulada).⁴⁸

A Constituição de 1988 ampliou e aperfeiçoou o sistema de controle de constitucionalidade. Conforme Vasco Della Giustina, observando a respeito o eminente constitucionalista Clèmerson Merlin Clève:

Com a Constituição de 1988, o sistema brasileiro (combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado-principal) de fiscalização da

⁴⁵ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 325-326.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., 2013, p. 70.

⁴⁷ MORAES, op. cit., 2013, p. 203.

⁴⁸ REVERBEL, op. cit., 2012, p. 13, 77.

constitucionalidade foi aperfeiçoado.⁴⁹ Com efeito, (I) ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); (II) admitiu-se a instituição, pelos Estados-membros, de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual; (III) instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; (IV) exigiu-se, ademais, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal; (V) exigiu-se a citação do Advogado-Geral da União que, nas ações diretas, deverá defender, na qualidade de verdadeiro curador, o ato impugnado; (VI) não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que, criado pela Emenda Constitucional 7/77 (*pacote de abril*), foi suprimido pela nova Lei Fundamental; (VII) previu a criação de mecanismos de arguição de descumprimento de preceito fundamental; e, finalmente, (VIII) alterou recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional.⁵⁰

O Ministro Gilmar Mendes refere que:

[...] até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário – também quanto ao critério de quantidade – o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo *writ of error* americano e introduzido na ordem constitucional brasileira pela Constituição de 1891, pode ser interposto pela parte vencida, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e julgar válida local contestada em face de lei federal (CF, art.102, III, *a ad*). A Constituição de 1988 reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário, confiando ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre casos de colisão direta entre o direito estadual e o direito federal ordinário.⁵¹

Em 1993, por meio da Emenda n. 03, foi introduzida a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (não cabe quanto a atos estaduais ou municipais), de competência do Supremo Tribunal Federal, cuja legitimidade ativa (ampliada por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004) é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade.⁵² A propósito, a Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe, ainda, importante mecanismo a auxiliar na

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin *apud* DELLA GIUSTINA, op. cit., 2006, p. 30.

⁵⁰ DELLA GIUSTINA, op. cit., 2006, p. 33.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. 1. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 49-50.

⁵² FERREIRA FILHO, op. cit., 2013, p. 72.

eliminação de multiplicação de demandas ocasionadas pelas controvérsias, no controle difuso, acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma: trata-se da Súmula Vinculante.⁵³

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

De qualquer sorte, o controle abstrato de normas passa agora a ser exercido tanto pela ação direta de inconstitucionalidade, de longe a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas, como pela Ação Declaratória de Constitucionalidade.⁵⁴

A criação da ação declaratória e seu aperfeiçoamento, bem como a ampliação dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade constituem marcos de redução do controle difuso e da consolidação do controle abstrato no atual sistema brasileiro.⁵⁵

Sob o regime da Constituição de 1988, o sistema de controle concentrado foi, como se sabe, acentuadamente valorizado e ampliado. Foi mantida a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e novos instrumentos foram agregados, nomeadamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e, a partir da EC n. 3/1993, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). São ações caracterizadas pela sua natureza dúplice, a significar que as sentenças de mérito nelas proferidas, julgando procedente ou improcedente o pedido, têm aptidão para afirmar ou negar a legitimidade da norma questionada, além de natural eficácia erga omnes e efeito vinculante. É o que se depreende, relativamente à ADI e à ADC, dos artigos 26 e 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999, e, relativamente à ADPF, dos artigos 10, § 3º e 13 da Lei n. 9.882/1999.⁵⁶

⁵³ FERREIRA FILHO, op. cit., 2013, p. 76.

⁵⁴ Ibid., loc. cit.

⁵⁵ MENDES, op. cit., 2012, p. 61.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335 - ACRE. Relator Min. Gilmar Mendes. Ementa: Reclamação. 2. Progressão De Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão Reclamada aplicou o Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, declarado inconstitucional pelo plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito Ultra Partes da Declaração de Inconstitucionalidade em Controle Difuso. Caráter Expansivo da Decisão. 6. Reclamação Julgada Procedente. Julgamento: 20/03/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 20 de março de 2016.

2.5 Reflexos no Ordenamento Jurídico

Com enfoque nos dois principais sistemas de controle de constitucionalidade existentes, o norte-americano e o austríaco-europeu, faz-se importante entender a situação da norma legal após sua declaração de inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos a Corte Suprema,

[...] ao proceder apenas um controle concreto-difuso, declara a inconstitucionalidade da lei para o caso concreto e, por força do precedente vinculante, a lei se torna não impositiva, mas não é abolida, juridicamente falando. No caso dos tribunais constitucionais, ao contrário, a declaração de inconstitucionalidade significa a abolição imediata da lei pelo Tribunal Constitucional (ideia do legislador negativo de Kelsen).⁵⁷

Como visto, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é misto, porquanto congrega características dos dois sistemas (americano e europeu). Todavia, tais modelos não se ajustam perfeitamente (diferem quanto ao processo e quanto aos efeitos).⁵⁸

Ao contrário, eventual aproximação, ainda que de forma genérica, é imprecisa:

Em síntese, pode-se estabelecer que, quando se fala em precedente constitucional nos modelos de Direito legislado e com Tribunais Constitucionais ou equivalentes (salas constitucionais e cortes supremas com função de controle abstrato de constitucionalidade) não se trata propriamente de precedente como é conhecido e praticado nos países de *common law*, especialmente nos EUA.⁵⁹

No Brasil, o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foi introduzido por meio de Emenda Constitucional em 1993, exclusivamente

⁵⁷ TAVARES, op. cit., 2012, p. 95.

⁵⁸ DELLA GIUSTINA, op. cit., 2006, p. 34.

⁵⁹ TAVARES, op. cit., p. 95-96.

para as ações de controle abstrato (foi considerado um *plus* no já existente efeito *erga omnes* das decisões proferidas em controle concentrado).⁶⁰

Também com a Súmula Vinculante em 2004, tivemos um “alargamento” em relação ao efeito *erga omnes* das reiteradas decisões sobre matéria constitucional em casos concretos. As súmulas vinculam as decisões dos demais Poderes do Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta nas esferas federal, estadual e municipal.

No controle difuso, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei ou do ato alcançam somente as partes litigantes no processo judicial. Não se trata de declaração de inconstitucionalidade da norma apreciada, mas de negativa de validade da lei ou do ato vigente, de modo a afastar sua aplicação ao caso concreto levado a juízo. Não existe restrição à natureza do ato questionado, podendo ser proveniente do âmbito federal, do âmbito estadual ou do âmbito municipal.

O reconhecimento (pelo juiz ou tribunal) da inconstitucionalidade de uma norma não a retira do mundo jurídico. A norma não é anulada, permanece, “em tese, eficaz e aplicável aos demais casos, salvo se tiver sua execução suspensa, no caso brasileiro, pelo Senado Federal.”⁶¹

O exame da constitucionalidade da lei ou do ato, cuja aplicação foi negada, não é necessariamente levado ou examinado pelo Supremo Tribunal Federal, embora seja ele o órgão máximo do Poder Judiciário e o competente para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal. Pelo método de controle cumulado⁶², o julgamento acerca da constitucionalidade ou não da lei ou do ato apreciado, de forma incidental pelos juízes ou tribunais ordinários, pode ter esta decisão transitada em julgado sem exame pelo STF.

As questões constitucionais suscitadas no controle difuso chegam ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, cabível quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, julgar válidos lei ou ato de governo

⁶⁰ TAVARES, op. cit., 2012, p. 96.

⁶¹ SIMÃO, op. cit., 2014, p. 121.

⁶² Para usar nova terminologia. REVERBEL, op. cit., 2012, p. 13.

local contestado em face da Constituição Federal, ou julgar válida lei local (estadual) em face da lei federal. Ainda, desde que demonstrada à repercussão geral da questão constitucional debatida (requisito acrescentado pela EC n. 45/04).⁶³

No sistema concentrado, por sua vez, a lei ou o ato julgados conflitantes com a Constituição são efetivamente declarados inconstitucionais. A norma jurídica é considerada viciada, nula, sendo, portanto, inaplicável a todas as pessoas, vinculando, inclusive, as decisões dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Duas modificações introduzidas pela EC 45/2004 contribuíram significativamente para acentuar a força expansiva das decisões do STF, **mesmo quando tomadas no julgamento de casos concretos**. Primeira, a que autorizou a edição de súmulas vinculantes (art. 103-A da CRFB/1988, regulamentado pela Lei pela Lei 11.417/06). Aprovada e publicada na imprensa oficial, a súmula, por si só, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CRFB/1988, art. 103-A), sendo que, 'da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios de impugnação' (art. 7º da Lei n. 11.417/2006). A segunda modificação importante para a eficácia expansiva das decisões do STF, trazida pela EC n. 45/2004, foi a que instituiu, como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a demonstração da 'repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei' (art. 102, § 3º da CF, regulamentado nos arts. 543-A e 543-B do CPC).⁶⁴ (grifei)

⁶³ FERREIRA FILHO, op. cit., 2013, p. 75.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335 – ACRE. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 20 de março de 2016.

3 CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Também conhecido como *fullbench*, o comando constitucional expresso no art. 97 estabelece que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos respectivos órgãos especiais os Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A matéria encontra-se sedimentada, por meio da Súmula Vinculante nº 10 do STF, com o seguinte enunciado:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.⁶⁵

Nesse contexto, resta resolvida controvérsia sobre a decisão que “declara”, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Todavia, vale ressaltar: somente no âmbito dos Tribunais.

De precedente para edição da Súmula Vinculante n. 10, extrai-se que:

Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em conseqüência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no artigo 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno. EQUIVALÊNCIA, PARA OS FINS DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO, ENTRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E O JULGAMENTO, QUE, SEM PROCLAMÁ-LA EXPLICITAMENTE, RECUSA APLICABILIDADE A ATO DO PODER

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

PÚBLICO, SOB ALEGAÇÃO DE CONFLITO COM CRITÉRIOS RESULTANTES DO TEXTO CONSTITUCIONAL. Equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional.⁶⁶

Mas, afinal, sendo o Supremo Tribunal Federal o “Guardião da Constituição”, competindo a Ele a última palavra em matéria constitucional, e no caso de já ter se manifestado sobre a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, os Tribunais estariam desrespeitando o art. 97 da CF ao afastar a aplicação de lei, por exemplo, sem submeter a questão ao Plenário ou ao respectivo Órgão Especial?

A questão está longe de ser pacífica. Todavia, importante transcrever alguns trechos de votos proferidos em recente julgado do STF. Trata-se do acórdão proferido na Reclamação n. 4335-ACRE, publicado em outubro de 2014.

O Ministro Gilmar Mendes, ao pronunciar seu voto, na condição de relator na referida Reclamação que trata da questão acima ao discorrer sobre a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF nas decisões de outros tribunais. Diz o Exmo. Ministro:

Questão interessante agitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição na hipótese de existir pronunciamento da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, por maioria de votos, vencido o Ministro Celso de Mello, afirmar a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada [...] Na ocasião, acentuou-se que referido entendimento fora igualmente adotado pela 2ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no AI-AgR 168.149, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio: ‘Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 472897 – Paraná. Relator Min. CELSO DE MELLO. Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. Contribuições. Contribuições Sociais. Cofins. DIREITO TRIBUTÁRIO. Limitações ao Poder de Tributar. Isenção. DJ 26-10-2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2162442>. Acesso em 28 de agosto de 2015.

Supremo Tribunal Federal -, descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. [...] **Conclui, nesse ponto, o Ministro que referido entendimento “marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.** A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.⁶⁷ grifei

O Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto alerta:

Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais. Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário. A Emenda Constitucional n. 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. [...]⁶⁸

Do voto do Ministro Teori Zavaski entende-se por destacar:

Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *staredecisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil lawe common law*) é fenômeno em vias de franca generalização.⁶⁹

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335 - ACRE. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

4 QUESTÃO CONSTITUCIONAL INCIDENTAL NOS CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E 2015

No Código de Processo Civil - CPC de 1973 a matéria está regradada no Título XI - Dos Processos nos Tribunais, Capítulo II – Da Declaração de Inconstitucionalidade, arts. 480 a 482.

De início, necessário referir que o Código de Processo Civil sofreu desde 1973 importantes modificações, em especial a partir da Constituição Democrática de 1988. A partir de então, não foram poucas as modificações legislativas, muitas delas com evidente propósito de “desafogar” o judiciário e, penso, de buscar a tão-senhada celeridade e efetividade na prestação jurisdicional.

A inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público pode ser alegada pelas partes, pelo Ministério Público e por quaisquer dos julgadores da causa ou do recurso, *exoffício*. No controle incidental o exame de constitucionalidade de leis locais (estaduais ou municipais) ou de leis federais frente à Constituição Federal também é feito pelo órgão judiciário de justiça comum.⁷⁰

Dentre as alterações sofridas pelo texto processual, destaca-se, em relação ao ponto ora abordado, a Lei n. 9756/98, por meio da qual foi incluído parágrafo único ao artigo 481 do CPC, no sentido de excepcionar a obrigatória submissão da questão constitucional suscitada ao Plenário ou ao Órgão Especial do Tribunal, quando já houver pronunciamentos destes ou do Plenário do STF.

Não sendo caso da exceção posta no parágrafo único do art. 481, a submissão ao plenário ou ao órgão especial da questão constitucional suscitada é cogente, restando nula a decisão de órgão fracionário que reconhecer a inconstitucionalidade, por violação ao art. 97 da Constituição Federal e art. 481 do CPC. O órgão fracionário analisa a constitucionalidade, em juízo prévio, com vistas, apenas, ao encaminhamento da questão ao Plenário ou ao Órgão Especial. Quando admitido o incidente de constitucionalidade o processo fica suspenso até a decisão do Plenário ou do Órgão Especial. Depois de decidido o incidente, o julgamento do

⁷⁰ ASSIS, op. cit., 2007, p. 326-327.

processo principal deve ser retomado pelo órgão fracionário, o qual ficará vinculado à decisão tomada pelo Pleno ou Órgão Especial.⁷¹

A valorização do precedente, mediante a inclusão do parágrafo único ao artigo 481 do CPC, em 1998, por meio da Lei n. 9.756, veio com força, já que não há faculdade ao órgão fracionário, na hipótese de já existente pronunciamento do respectivo tribunal ou do pleno do STF sobre a questão constitucional. Nesse caso, os órgãos fracionários não deverão submeter a questão, nos claros termos do dispositivo.

O exame da arguição de inconstitucionalidade pelo Tribunal envolve interesse público relevante, devendo contar, necessariamente, com a intervenção do Ministério Público a ser, obrigatoriamente, ouvido (art. 481, *caput*).

O órgão fracionário está juridicamente vinculado à decisão do Plenário ou do Órgão Especial. Também esses não poderão julgar novamente a questão já apreciada e julgada. Somente quando a manutenção do julgamento mostrar-se um equívoco, o rejuízo é possível “seja porque os valores sociais e morais se alteraram, seja porque a evolução da sociedade e do direito mostraram que a decisão primitiva não mais deve prevalecer”.⁷²

Com exceção do cabimento de embargos de declaração, a decisão do Pleno ou do Órgão Fracionário acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo questionado é irrecorrível.⁷³

A matéria é objeto da Súmula n. 513, do STF:

A DECISÃO QUE ENSEJA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO OU EXTRAORDINÁRIO NÃO É A DO PLENÁRIO, QUE RESOLVE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, MAS A DO ÓRGÃO (CÂMARAS, GRUPOS OU TURMAS) QUE COMPLETA O JULGAMENTO DO FEITO.⁷⁴

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Marinoni, Daniel, op. cit., p. 501-505.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Súmula n. 513. Ementa: A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito. Disponível em:

A importância do julgamento da questão constitucional, em controle difuso, foi enaltecida mediante a inclusão de parágrafos ao art. 482 do CPC, por meio da Lei n. 9.868/99⁷⁵ a permitir a participação de diversos órgãos, pessoas e representantes da sociedade no processo de argüição de inconstitucionalidade. Todavia, os efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade permanecem restritas ao âmbito do respectivo tribunal.

Desde então, muitas foram as modificações a valorizar os precedentes judiciais, em especial as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, pela via difusa.

Exemplos típicos podem ser observados nas modificações de dispositivos que tratam da execução contra a fazenda pública e do cumprimento da sentença, iniciadas em 2001 e concluídas em 2005, por meio da Lei n. 11.232, que considera inexigíveis títulos judiciais fundados em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidos pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal.

Para o Ministro Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter à declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).⁷⁶

www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600

Acesso em 08 de agosto de 2015.

⁷⁵ BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm Acessado em 08 de agosto de 2015.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335 - ACRE. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

O Novo Código de Processo Civil, com vigência a partir do dia 18 de março de 2016, trata da declaração de inconstitucionalidade no Livro III - Dos Processos os Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais, Título da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais - Capítulo IV – Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade - via artigos 948 a 950.

No título do Capítulo já encontramos novidade, com a modificação do seu texto, que não mais refere “declaração”. Tal termo foi substituído por “incidente de arguição”, por evidente inapropriação do termo anterior, posto que não há efetiva declaração de inconstitucionalidade na decisão que afasta a aplicação da norma julgada desconforme à Constituição.

O texto do art. 948 apresenta novidade de caráter pedagógico, ao referir a forma de controle, qual seja, “em controle difuso”, e de natureza principiológica, ao expressar a necessidade de oitiva também das partes, além do Ministério Público, antes do conhecimento do processo.

Note-se que não houve mudança significativa em relação ao texto do art. 480 do CPC de 1973, que na visão do professor Araken de Assis “diz menos do que o devido, pois nem o grupo de câmaras nem a seção cível podem pronunciar a inconstitucionalidade, e diz imperfeitamente, porque nem sempre o relator provoca a apreciação da matéria.”⁷⁷

De qualquer sorte, não aproveitada a oportunidade de melhora na redação do texto do artigo 948 do novo CPC, a interpretação a ser dada permanece aquela apontada pelos estudiosos do tema, no sentido de que a análise da questão constitucional pelo órgão fracionário (membros da câmara ou do grupo) é feita em juízo prévio, necessária para envio da questão prejudicial ao Pleno ou ao Órgão Especial.⁷⁸

Na redação do art. 949 foi excluída menção à lavratura do acórdão após o acolhimento da arguição de inconstitucionalidade. Aqui importante lembrar a verdadeira função do órgão fracionário naquele momento:

⁷⁷ ASSIS, op. cit., 2007, p. 328.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, op. cit., 2014, p. 502.

Deliberar sobre: submeter, ou não, a inconstitucionalidade ao tribunal pleno (art. 481, *caput*, segunda parte, *in fine*). Nenhum vínculo predece figurante da votação nas etapas subseqüentes do julgamento. Às vezes, o integrante do órgão fracionário inclina-se por acolher a argüição, mas no órgão competente, que também integra, rejeita o vício.⁷⁹

Em relação ao art. 950, equivalente ao art. 482 do CPC de 1973, a única alteração que se observa diz respeito à exclusão do Ministério Público da relação das pessoas mencionadas no §1º, a manifestar-se naquele momento, no incidente. O dispositivo tratou de suprimir duplicidade atualmente existente. Também aqui o professor Araken de Assis já alertava ao referir que “Após a distribuição, no órgão competente, impõe-se colher o parecer escrito do Procurador-Geral da Justiça, atendendo, outra vez, à cláusula do art.480.”⁸⁰

Por pertinente ao tema, evolução importante foi localizada na inclusão de hipótese de reconhecimento direto da existência de repercussão geral quando o recurso impugnar acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. Tal acréscimo encontra-se no inc. III do §3º do art. 1035 do Novo CPC.

Ainda, o Novo CPC inova ao expressar as formas de controle de constitucionalidade, nos artigos 525, §12, e 535, §5º, que permitem ao executado por quantia certa e à fazenda pública:

[...] impugnar a execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.⁸¹

⁷⁹ Assis, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 330.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 331.

⁸¹ BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 08 de agosto de 2015.

5 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Vale destacar que a inconstitucionalidade nunca se presume. A violação há de ser manifesta, conforme jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal. A dúvida milita em favor da validade da lei. Representação n. 881/MG, Relator Djacir Falcão de 13.12.1972.⁸²

Conforme ensinamentos do Ministro Teori Zavascki a jurisdição constitucional deve ser vista de forma ampla, sob três facetas: decisão, ato e norma. Trata-se da relação de conformidade da norma, da decisão ou do ato com a Constituição. Sobre a eficácia temporal das decisões, essencial distinguir eficácia normativa e executiva.

É importante distinguir essas duas espécies de eficácia (a normativa e a executiva), pelas consequências que operam em face das situações concretas. A eficácia normativa (=declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) se opera *ex tunc*, porque o juízo de validade ou nulidade, por sua natureza, dirige-se ao próprio nascimento da norma questionada. Todavia, quando se trata da eficácia executiva, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que o efeito vinculante, que lhe dá suporte, não decorre da validade ou invalidade da norma examinada, mas, sim, da sentença que a examina. Decorrendo, a eficácia executiva, da sentença (e não da vigência da norma examinada), seu termo inicial é a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não atos pretéritos. Esses atos, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, não estão submetidos ao efeito vinculante da sentença, nem podem ser atacados por simples via de reclamação. Somente poderão ser desfeitos ou rescindidos, se for o caso, em processo próprio.⁸³

Sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso para além das partes litigantes destaca-se a decisão proferida na Reclamação 4335, com a seguinte ementa:

⁸² BARROSO, op. cit., 2013, p. 324; e, <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 20 de março de 2016.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário n. 730.462 - São Paulo. Relator Min. Teori Zavascki. 29.05.2014. <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 20 de março de 2016.

Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.

Do voto-vista do Ministro Teori Zavascki na Recl n. 4.335, extrai-se:

É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.

9. Pois bem, certamente contaminado e sensibilizado por essa clara e enfática mensagem imposta pelo sistema normativo, quanto ao caráter expansivo de que devem se revestir as suas decisões, o Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes importantes, tomados em casos concretos, passou, ele próprio, a enunciar o que depois se convencionou chamar de modulação de efeitos, que outra coisa não é senão dispor sobre a repercussão daquela específica decisão a outros casos análogos. Essa tendência da jurisprudência do Tribunal restou afirmada com sua posição francamente favorável à aplicação, também em controle incidental de constitucionalidade, da técnica consagrada no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, que, ao tratar das decisões que, em ações diretas, declaram a inconstitucionalidade de preceito normativo, permite que o Tribunal atribua efeitos restritos e de caráter temporal. Ora, ao estabelecer formas e limites a serem observados na repercussão de suas decisões – tomadas, enfatize-se, também em casos concretos –, o Tribunal está, implícito, mas inquestionavelmente, reconhecendo e atribuindo-lhes força expansiva e universalizante.

Ainda, sobre o caráter expansivo das decisões do STF, cita-se:

AGRAVO REGIMENTAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL E DIFUSO. RESERVA DE PLENÁRIO. HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A submissão prévia da arguição de inconstitucionalidade ao Plenário é dispensável se a matéria já tiver sido examinada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo órgão competente do Tribunal local (art. 481, par. ún., do CPC). Esta Suprema Corte firmou orientação quanto à inconstitucionalidade de normas que impusessem multas por infração tributária desproporcionais à conduta do sujeito passivo. Precedentes. O Tribunal de origem se limitou a aplicar a linha jurisprudencial desta Suprema Corte, sem que se possa identificar nos autos particularidades que justificassem se tratar de assunto

novo que merecesse solução diversa daquela já preconizada pelos precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento.⁸⁴

Convivência dos sistemas de controle concentrado e difuso no STF:

Controle de constitucionalidade de lei: convivência dos sistemas no Supremo Tribunal Federal. No STF - que acumula o monopólio do controle concentrado e direto da constitucionalidade de normas federais e estaduais com a função de órgão de cúpula do sistema paralelo de controle difuso, é de sustar-se a decisão da arguição incidente de ilegitimidade constitucional do mesmo ato normativo pendente da decisão do pedido de medida cautelar em ação direta.⁸⁵

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO JÁ REVOGADO, ANTES MESMO DE SUA PROPOSITURA: FALTA DE OBJETO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS SISTEMAS CONCENTRADO E DIFUSO (ART. 102, I, "a", e III, "a", "b" e "c" da CONSTITUIÇÃO FEDERAL). 1. No controle concentrado de constitucionalidade, exercido, com exclusividade, pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o processo e julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual, só lhe cabe verificar e declarar se este, ainda em vigor, está, ou não, em conflito com a Constituição de 1988 (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. Se o ato normativo já se encontrava revogado, antes mesmo da propositura da A.D.I., a esta falta objeto, pois não pode impugnar o que já não existe no ordenamento jurídico. 3. É irrelevante, no processo da A.D.I., a circunstância de a norma, já revogada, estar sendo, apesar disso, aplicada, em seus efeitos, em processo judicial de Mandado de Segurança, pois a decisão, que neste se profira, cautelar ou de mérito, tem eficácia apenas entre as partes que nele figuram, não, assim, "erga omnes", não tendo, ademais, o condão de ressuscitar o dispositivo já sem vigência. 4. Tal decisão é impugnável, pelas vias próprias, como a da Suspensão de Segurança (art. 4º da Lei n. 4.348, de 26.06.1964), ou a do Recurso Extraordinário para esta Corte, se, confirmada a liminar, em julgamento final de mérito, ocorrerem os respectivos pressupostos, inclusive os previstos em qualquer das alíneas "a", "b" e "c" do inc. III do mesmo art. 102 da C.F. 5. A.D.I. não conhecida, por falta de objeto, no momento mesmo da propositura, prejudicado o requerimento de medida cautelar.⁸⁶

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Superior. Recurso Especial n. 501838 AgR / RN - RIO GRANDE DO NORTE. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 22/05/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet n. 2066 AgR-QO / SP - SÃO PAULO. QUESTÃO DE ORDEM NO AG. REG. NA PETIÇÃO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 02 de agosto de 2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2429472>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1436 MC / ES - ESPÍRITO SANTO. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 22/08/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1638570>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes.

Ao assinalar que não viola o princípio da separação dos Poderes o controle de legalidade exercido pelo Judiciário, a 1ª Turma negou provimento a agravo regimental, das Centrais Elétricas da Mantiqueira S/A, interposto de decisão do Min. Dias Toffoli, que desprovera agravo de instrumento, do qual relator. No acórdão recorrido, o Tribunal de origem consignara que 'em linha de princípio, o Poder Judiciário controla somente o aspecto da legalidade estrita do ato administrativo, ou seja, o plano de validade do mesmo. 7. Todavia, em se tratando de direitos da terceira geração, envolvendo interesses difusos e coletivos, como ocorre com afetação negativa do meio ambiente, o controle deve ser da legalidade ampla'. Inicialmente, explicitou-se que, na espécie, referir-se-ia à suspensão de estudos de viabilização de usina hidrelétrica. Asseverou-se não ser o caso de ofensa ao aludido princípio (CF, art. 2º).⁸⁷ No mais, sublinhou-se ser vedado o reexame de fatos e provas dos autos.

Sobre a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade prévio de atos legislativos, temos:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é 'a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo' (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 817564 AgR/MG. Relator(a): Min. Dias Toffoli, 18.12.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3953090> Acesso em 13 de agosto de 2015.

domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificção plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.⁸⁸ Grifei.

Na hipótese de afastamento de aplicação de legislação vigente, pelos Tribunais, sob argumento de violação à Constituição, deve-se respeito à Súmula 10 do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DE DISPOSITIVO DO CÓDIGO CIVIL POR FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL (ART. 217, I, DA CRFB/88). PROVIDÊNCIA REALIZADA POR DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. OFENSA À SÚMULA VINCULANTE N. 10 CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A violação ao princípio da reserva de plenário se configura quando uma norma é declarada inconstitucional ou tem sua aplicação negada pelo Tribunal de origem sob fundamento extraído da Carta Magna, conforme disposto pela Súmula Vinculante n. 10 (“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”). 2. In casu, a negativa de aplicação do dispositivo do Código Civil se deu por fundamento constitucional, isto é, por sua suposta incompatibilidade com o art. 217, I, da CRFB/88, representando verdadeira declaração velada de inconstitucionalidade por órgão fracionário e revelando ofensa à Súmula Vinculante n. 10. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁸⁹

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 32033 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. GILMAR MENDES e para o Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 20/06/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4397298>. Acesso em 20 de março de 2015.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 11760 AgR / SP - SÃO PAULO. AG. REG. NA RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 23/02/2016. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4078996>. Acesso em 14 de março de 2015.

Do Informativo n. 739 do STF, faz-se, novamente, referência à Reclamação 4335, diante da riqueza de seu conteúdo para estudo do tema do controle de constitucionalidade:

O relator afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluía relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, de maneira que seria cabível a reclamação para todos os que comprovassem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia “*erga omnes*” da decisão no HC 82.959/SP dependeria da expedição de resolução do Senado que suspendesse a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução, pelo Senado, do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que emprestaria eficácia “*erga omnes*” às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/1988, concorreriam para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado em concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que, ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringira a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.⁹⁰

As distintas e próprias vias para busca da tutela jurisdicional constitucional individual (situações individuais – interesses concretos - processo subjetivo) e coletiva (situações em tese – interesse do “sistema constitucional” - processo objetivo) restam bem definidas e observadas, conforme jurisprudência do STF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - INCLUSÃO DE ENTIDADE PRIVADA NO PÓLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL - INADMISSIBILIDADE - TUTELA DE SITUAÇÕES SUBJETIVAS E INDIVIDUAIS - INCOMPATIBILIDADE COM A NATUREZA ABSTRATA DO CONTROLE NORMATIVO - FUNÇÃO

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335/ACRE. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento 20 de março de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>. Acesso em 20 de agosto de 2015.

CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - AGRAVO IMPROVIDO ENTIDADES PRIVADAS NÃO PODEM FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DO PROCESSO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - O caráter necessariamente estatal do ato suscetível de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade exclui a possibilidade de intervenção formal de mera entidade privada no pólo passivo da relação processual. Precedente. O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO CONSTITUI PROCESSO DE NATUREZA OBJETIVA - A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo - vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional - encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção "in abstracto" da ordem constitucional. Precedentes. Admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a intervenção de terceiros na relação processual. Precedentes. NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O círculo de sujeitos processuais legitimados a intervir na ação direta de inconstitucionalidade revela-se extremamente limitado, pois nela só podem atuar aqueles agentes ou instituições referidos no art. 103 da Constituição, além dos órgãos de que emanaram os atos normativos questionados. - A tutela jurisdicional de situações individuais - uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional - há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse (CPC, art. 3º). FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (defensor legis) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do "munus" indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Precedentes.⁹¹

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1254 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO. AG.REG.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 14/08/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1610838>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

Do corpo da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, extrai-se:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade – em cujo âmbito não se discutem situações individuais, nem se examinam interesses concretos – qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, destinado a viabilizar ‘o julgamento não de uma relação jurídica concreta, mas de validade de lei em tese (...)’ (RTJ 95/999, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei), ou, como sucede na espécie, a propiciar decisão “in abstracto” da compatibilidade de uma dada interpretação judicial com o texto da Constituição da República.

A importância de qualificar-se o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo – vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da ‘harmonia do sistema constitucional, ferida pela manutenção de lei [ou de interpretação judicial] produzida em desrespeito à Constituição’ (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 327) –, além de refletir entendimento exposto em autorizado magistério (CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 141/145, item n. 3.2.2, 2. Ed., 2000, RT; NAGIB SLAIBI FILHO, “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, p. 106, 2. Ed., 1995, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, “Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos”, p. 250, 1990, Saraiva), encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção “in abstracto” da ordem constitucional (RTJ 113/22, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RTJ 131/1001, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 136/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), repelindo, por isso mesmo, qualquer pretensão que vise a resguardar interesses individuais supostamente lesados em face de situações concretas.

Isso significa, portanto, tal como ressaltado, que, em face da natureza objetiva de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas (RTJ 164/506-509, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 1.254-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), notadamente quando o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental é motivado, em caráter preponderante, por determinadas situações concretas claramente identificáveis: **INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA.**

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). Doutrina. Precedentes. (ADI 2.423-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. O exame de relações jurídicas

concretas e de situações individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Precedentes.” (ADPF 363-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Vale referir, bem por isso, ante a pertinência de seu conteúdo, fragmento do parecer que o eminente Procurador-Geral da República produziu no âmbito da ADPF 318/DF, de que fui Relator:

“A amplitude da arguição de descumprimento para impugnar atos do Poder Público, todavia, não deve ser tomada a ponto de transmutar a vocação constitucional dessa via processual, de ação de contornos marcadamente objetivos para sucedâneo de recursos próprios, como forma de atalhar as vias processuais ordinárias a fim de submeter a lide à apreciação direta do Supremo Tribunal Federal. Não se deve admitir manejo de ADPF para tutela judicial de caso singular, a fim de obter solução para situação concreta, sob pena de banalizar e inviabilizar a jurisdição constitucional concentrada que a Constituição da República atribui ao Supremo Tribunal Federal. (...)”⁹²

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 81 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 27/10/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2317019>. Acesso em 13 de agosto de 2015.

CONCLUSÃO

Uma sociedade organizada reclama a produção de regras compatíveis com as normas, princípios e valores consagrados na Constituição Federal, Lei Suprema do Estado, inclusive para a solução pacífica das controvérsias. Não há divergência quanto à fundamental importância da existência de mecanismos para permitir a proteção dos valores supremos, eleitos pelo povo em um Estado Democrático de Direito, de projetos (controle preventivo) ou de comandos legais (controle repressivo) que destoem desses valores.

Sem dúvida, a instituição de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos jurídicos constituiu imensurável avanço do Estado. O que ainda causa certo desconforto são as diferentes formas e consequências jurídicas, sociais e políticas decorrentes da utilização dessa “ferramenta”.

Dentre os métodos de controle judicial de constitucionalidade o que mais corre risco de causar desigualdades é o difuso, porquanto a negativa de aplicação da lei ou do ato vigente para a solução de determinado conflito terá, a princípio, efeitos somente entre as partes. E mais, o juiz singular está autorizado a negar aplicação da norma legal (ao menos, do ponto de vista formal) aprovada pelo Legislativo, com base em interpretação individual da lei frente à Constituição e, muitas vezes, para tanto, imprimindo sua interpretação à própria Constituição Federal, em matérias controvertidas e que, necessariamente, precisariam da apreciação do Intérprete Supremo.

Por outro lado, inadmitir-se a apreciação da constitucionalidade da lei pelo juiz da causa, frente ao caso concreto levado pelo indivíduo ao judiciário, seria negar-lhe direito à efetiva tutela jurisdicional constitucional e porque não dizer, renegar-lhe a própria justiça.

No que se refere ao controle difuso pelos Tribunais ordinários, embora existam determinadas exigências e a formação de precedentes, os efeitos da decisão também não ultrapassam as partes envolvidas no litígio. Com isso, a probabilidade de desigualdades de direitos é evidente. Tal fato agrava-se, ainda

mais, na medida em que não há sequer garantia de apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal (intérprete máximo da Constituição Federal). Ao contrário, com requisitos mais rígidos para admissibilidade do remédio excepcional, os riscos assumidos pelo sistema são maiores.

Se, por um lado, a criação de mecanismos de redução de demandas centralizadas em um único órgão é plenamente justificável; por outro, há de prosseguir-se refletindo com mais afinco sobre alternativas para a manutenção da efetiva prestação jurisdicional (realização do direito), sem causar na sociedade sentimentos de desigualdades, de injustiças e de insegurança jurídica.

O reconhecimento de que as funções de aplicação e controle das leis são distintas e a introdução de modificações processuais, no sentido de se reconhecer obrigatória a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (recurso necessário, sem efeito suspensivo) para trânsito em julgado das decisões judiciais que, por *via difusa*, negarem validade (material) à lei, poderá tornar esse método mais harmônico com o Direito. A ampliação dos casos de admissão da ação declaratória de constitucionalidade também poderá colaborar nesse sentido.

Todavia, não se pode olvidar que a opção pelo modelo de controle abstrato, mediante inserção de mais restrições ao controle difuso, muito embora possa efetivamente trazer ao sistema jurídico mais harmonia e menores riscos de desigualdades e insegurança jurídica, parece caracterizar grande retrocesso aos direitos fundamentais do indivíduo. Isso porque, restringir o controle de constitucionalidade pela via difusa seria reduzir as chances do indivíduo em alcançar daquele que tem o dever de prestar-lhe tutela judicial a tão sonhada Justiça.

O modelo de constitucionalidade adotado pelo Brasil vem sofrendo modificações, alinhando-se e amoldando-se aos novos conceitos e princípios valorizados pela sociedade brasileira, contrabalançando os pesos de um e de outro (concentrado e difuso), de forma que, muito embora crescente a introdução de meios de controle pela via abstrata, a preservação do controle difuso, ou, nas diversas terminologias utilizadas pela doutrina: monista, descentralizado, cumulado, concreto ou, por via de exceção, mantém-se indispensável à preservação do direito fundamental do indivíduo à Justiça Constitucional.

Isso porque os valores da sociedade, aos poucos acolhidos pelo Direito (*latu sensu*), caminham para a proteção da pessoa, enquanto indivíduo integrante de uma sociedade que não mais se contenta com respostas “feitas”, imutáveis, petrificadas e que, especialmente, deixam extensa margem para a prática de desigualdades, inseguranças e injustiças generalizadas. Nesse contexto, o judiciário ao caminhar em direção aos anseios de uma sociedade com essas características, provoca os outros poderes (legislativo e executivo) a também, caminharem na mesma direção, quando apresenta decisões que “sacodem” o próprio sistema jurídico.

Certo é que as modificações ocorridas na sociedade e não recepcionadas pelo ordenamento jurídico reclamam de adequações. O controle jurisdicional de constitucionalidade, em especial pela via direta, apresenta-se como uma das formas de ajuste ao sistema normativo.

A valorização dos precedentes no direito brasileiro vem ao encontro da permanente presença do modelo difuso de controle de constitucionalidade, já que a observância das decisões judiciais faz desaparecer ou, pelo menos, minimiza as desigualdades e a insegurança jurídica.

O constante crescimento dos meios de controle abstrato de constitucionalidade após a Constituição Federal de 1988, aliado ao permanente aperfeiçoamento desse método, bem como a preservação do controle difuso, com observância obrigatória do respeito aos precedentes, certamente coloca o Sistema de Controle Judicial de Constitucionalidade a serviço de todos: do Indivíduo, da Sociedade e do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernandes Dias Menezes de. **Competências na Constituição Federal de 1988**. 6. Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1. Ed., 3. Tir. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 08 de agosto de 2015.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm Acessado em 08 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 81 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 27/10/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2317019> . Acesso em 13 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Súmula n. 513. Ementa: A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600 Acesso em 08 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1254 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO. AG. REG. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 14/08/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1610838> . Acesso em 18 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1436 MC / ES - ESPÍRITO SANTO. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 22/08/1996. Órgão Julgador:

Tribunal Pleno. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1638570>
 . Acesso em 15 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 472897 – Paraná. Relator Min. CELSO DE MELLO. Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. Contribuições. Contribuições Sociais. Cofins. DIREITO TRIBUTÁRIO. Limitações ao Poder de Tributar. Isenção. DJ 26-10-2007. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2162442>
 . Acesso em 28 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 817564 AgR/MG. Relator(a): Min. Dias Toffoli, 18.12.2012. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3953090>
 Acesso em 13 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 32033 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. GILMAR MENDES e para o Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 20/06/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4397298>
 . Acesso em 20 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet n. 2.066 AgR-QO / SP - SÃO PAULO. QUESTÃO DE ORDEM NO AG. REG. NA PETIÇÃO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 02 de agosto de 2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2429472>
 . Acesso em 15 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. Rcl 11760 AgR / SP - SÃO PAULO. AG. REG. NA RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 23/02/2016. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4078996>
 . Acesso em 14 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335 - Acre. Relator Min. Gilmar Mendes. Ementa: Reclamação. 2. Progressão De Regime. Crimes Hediondos. 3. Decisão Reclamada aplicou o Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, declarado inconstitucional pelo plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito Ultra Partes da Declaração de Inconstitucionalidade em Controle Difuso. Caráter Expansivo da Decisão. 6. Reclamação Julgada Procedente. Julgamento: 20/03/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 20 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário n. 730.462 - São Paulo. Relator Min. Teori Zavascki. 29.05.2014.
<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>
 o. Acesso em 20 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência** n. identificador 767, v. 30, t. 87.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

_____. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 12. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1986.

DELLA GIUSTINA, Vasco. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia (coord.) *et al.* **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais**. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**. 1. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____; ALVES, Moreira. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 3. Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Ed. Método, 2009.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. 1. Ed. Porto Alegre: Ed. Brejo-bibliobureau, 2012.

_____. **O Federalismo numa Visão Tridimensional do Direito**. 1. Ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Marinoni. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÃO, Calil. **Elementos do Sistema de Controle de Constitucionalidade**. 2. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Biblioteca Digital. Disponível em: <[www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RevistaODireito/352043_v30_t87/PDF/352043_v30_t87.pdf#search='767 767](http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RevistaODireito/352043_v30_t87/PDF/352043_v30_t87.pdf#search='767%20767')>.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. 1. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. **A Relativização da Coisa Julgada pelo Supremo Tribunal Federal**. 1. Ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013.