



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A HIBRIDIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE - LIMITES DOS EFEITOS DAS DECISÕES
JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM FACE
DO DIREITO COMPARADO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Vilmar Rêgo Oliveira

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número do candidato: 20151923

Novembro de 2018

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Sou oriundo de uma família de lavradores semianalfabetos do Nordeste Brasileiro, que sonharam em proporcionar aos nove filhos uma possibilidade de alcançarem sonhos mais altos e, por isso, colocaram todos eles para estudar fora da cidade natal.

Assim sendo, sou grato ao meu pai, Antônio Correia de Oliveira (*in memoriam*), e minha mãe, Maria de Jesus Rêgo Oliveira, que me permitiram sair da roça e poder estudar até chegar ao ponto de poder defender a presente dissertação de mestrado.

Sou grato a minha esposa e aos três filhos pela compreensão e suporte durante os vários meses de ausência em função de decisão quase exclusiva para esta pesquisa.

Acima de tudo, sou grato ao meu bom Deus, pelo dom da vida e por me proporcionar momento de realização de grandes sonhos.

RESUMO

Nos modernos sistemas jurídicos em que a Constituição se localiza no topo da pirâmide normativa, têm-se assegurado diversos instrumentos capazes de assegurar a supremacia tanto no campo teórico quanto prático. Um desses mecanismos com ampla penetração é o controle de constitucionalidade das normas inferiores. Nesta pesquisa, nos interessa estudar o controle de constitucionalidade em seus aspectos gerais e históricos, abordando as peculiaridades dos sistemas difuso e concentrado. É analisado o sistema de controle difuso atualmente adotado no Brasil, com a apreciação dos inúmeros institutos e técnicas de decisão que tornam o caso brasileiro tão complexo e sem precedente nos principais sistemas jurídicos modernos, principalmente quanto à hibridização dos efeitos das decisões, na medida em que torna-se possível que na análise de um caso os efeitos podem se estender a sujeitos não envolvidos diretamente no processo, ou mesmo que as decisões possam ser aplicadas de forma retroativa, de imediato ou mesmo apenas em um ponto no futuro a ser discricionariamente fixado pelo julgador. Uma vez analisado o controle difuso brasileiro, ele é confrontado com a modalidade em que a fiscalização da mesma natureza é efetivada em Portugal, nos Estados Unidos e na Alemanha. Em conclusão, verifica-se que a fiscalização de norma atualmente em vigor no Brasil, além de complexa, encontra elevado grau de hibridização quanto aos efeitos das decisões produzidas, seja no controle difuso ou no concentrado, muitas vezes com sobreposição de um sobre o outro, características essas que diferenciam substancialmente a opção do legislador brasileiro dos demais sistemas jurídicos estudados.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade Difuso. Hibridização dos Efeitos das Decisões. Direito Brasileiro e Comparado.

ABSTRACT

On modern Civil Law legal systems in which the Constitution is at the top of the normative pyramid, several instruments have been secured to ensure constitutional supremacy in both theoretical and practical fields. One of these mechanisms with wide penetration is the control of the constitutionality of the lower norms. In this research, we are interested in studying the control of constitutionality in its general and historical aspects and addressing the peculiarities of diffuse and concentrated control systems. In addition, this research analyzes the diffuse control system currently adopted in Brazil, with the analysis of the numerous institutes and decision making techniques that make the Brazilian case so complex and unprecedented in the main modern civil legal systems, mostly regarding the hybridization of the effects of the decisions, making possible that in the analysis of a specific case the effects may extend to subjects not directly involved in the proceeding or even that the decisions can be applied retrospectively, immediately or even only at a point in the future to be discretionary fixed by the Judicial entity. Once the Brazilian diffuse control is analyzed, it is confronted with the same modality of control carried out in Portugal, the United States and Germany. In conclusion, it can be verified that this standard of control currently in force in Brazil, besides being complex, finds a high degree of hybridization as far as the effects of the decisions produced are in diffuse or concentrated control, often causing overlapping of multiples forms of judicial control, which differ substantially the option of the Brazilian legislature from the other legal systems studied.

Keywords: Control of Diffuse Constitutionality. Hybridization of the Effects of Decisions. Brazilian and Comparative Law.

RESUMEN

"En los modernos sistemas jurídicos en que la Constitución se ubica en la cúspide de la pirámide normativa, se han instaurado diversos instrumentos capaces de asegurar la supremacía tanto en el campo teórico como práctico. Uno de esos mecanismos con amplia difusión es el control de constitucionalidad de las normas inferiores. En esta investigación fue estudiado el control de constitucionalidad en sus aspectos generales e históricos y abordando las peculiaridades de los sistemas difuso y concentrado. Se analizó el sistema de control difuso actualmente adoptado en Brasil, con la apreciación de los innumerables institutos y técnicas de decisión que hace el caso brasileiro tan complejo y sin precedente en los principales sistemas jurídicos modernos, principalmente en cuanto a la hibridación de los efectos de las decisiones, en la medida que sea posible durante el análisis de un caso, analizar los efectos pueden extenderse a sujetos no involucrados directamente en el proceso o aún cuando las decisiones puedan ser aplicadas de forma retroactiva, de inmediato o incluso sólo en un punto en el futuro a ser discrecional fijado por el mismo crítico. Una vez analizado el control difuso de Brasil, se enfrentó con el modo en el que el control de la misma naturaleza es eficaz en Portugal, Estados Unidos y Alemania. En conclusión, se verificó que la fiscalización de norma actualmente en vigor en Brasil además de compleja encuentra un elevado grado de hibridación cuanto a los efectos de las decisiones producidas, sea en el control difuso o en el concentrado, muchas veces con superposición de uno sobre el otro, características que diferencian sustancialmente la opción del legislador de los demás sistemas jurídicos estudiados.

Palabras Claves: Control de Constitucionalidad Difuso. Hibridación de los Efectos de las Decisiones. Derecho Brasileiro y Comparado."

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	13
1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	13
1.1 Conceito / Definição: Constituição, Inconstitucionalidade e Controle de Constitucionalidade.....	13
1.2 Origem do Controle de Constitucionalidade	16
1.2.1 Precedentes históricos	17
1.2.2 Contexto político da decisão de Marshall	18
1.2.3 A decisão.....	19
1.2.4 Críticas à decisão	22
1.3 Pressupostos do Controle de Constitucionalidade	24
1.3.1 Constituição escrita	25
1.3.2 Rigidez constitucional	25
1.3.3 Supremacia da Constituição.....	27
1.4 Natureza Jurídica do Controle de Constitucionalidade	28
1.5 Classificação.....	29
1.5.1 Quanto aos sujeitos.....	30
1.5.2 Quanto ao momento	31
1.5.3 Quanto ao modo	32
1.5.4 Quanto aos efeitos.....	33
1.6 Distinção dos modelos de Controle Jurisdicional.....	33
1.6.1 Quanto aos sujeitos.....	34
1.6.2 Quanto aos modos	35
1.6.3 Quanto aos efeitos.....	37

1.6.4 Vantagens e desvantagens de ambos os sistemas.....	38
1.7 O Valor do Ato Jurídico Inconstitucional.....	39
1.8 Das Sentenças Intermédias	41
CAPÍTULO II.....	45
2 CONTROLE DIFUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	45
2.1 Evolução Histórica	45
2.1.1 A Constituição Imperial de 1824.....	45
2.1.2 A Constituição Republicana de 1891	46
2.1.3 A Constituição Republicana de 1934.....	47
2.1.4 A Constituição Federal de 1937	48
2.1.5 A Constituição Federal de 1946	49
2.1.6 A Constituição Federal de 1967/1969	50
2.2 A Constituição Federal de 1988 – atual sistema constitucional	51
2.2.1 Da cláusula de reserva de plenário	51
2.2.2 Da ação civil pública	54
2.2.3 Da ação popular.....	58
2.2.4 Do controle perante o STF.....	60
2.2.4.1 Da composição e natureza jurídica do STF	61
2.2.4.2 Do controle preventivo em ação originária – mandado de segurança	64
2.2.4.3 Do mandado de injunção	67
2.2.4.4 Do controle em sede recursal.....	73
2.2.4.4.1 Do recurso extraordinário	73
2.2.4.4.2 Da resolução editada pelo senado federal	75
2.2.4.4.3 Aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99	78
2.2.4.4.4 Da repercussão geral.....	80
2.2.4.4.5 Da súmula vinculante.....	83

2.2.4.4.6 Da mutação constitucional.....	86
2.2.5 Considerações finais.....	93
CAPÍTULO III	97
3 CONTROLE DIFUSO NO DIREITO COMPARADO.....	97
3.1 Controle Difuso no Ordenamento Jurídico Português	97
3.2 Do Controle de Constitucionalidade em Grau Recursal	99
3.2.1 Do tribunal constitucional	100
3.2.2 Do recurso constitucional	102
3.2.2.1 Do recurso constitucional de decisões que reconhecem a inconstitucionalidade	104
3.2.2.2 Do recurso constitucional de decisões que não reconhecem a constitucionalidade.....	105
3.2.2.3 Do recurso constitucional de decisões que aplicam norma anteriormente tida por inválida pelo tribunal constitucional	106
3.2.3 Das possibilidades de apreciação pelo plenário	106
3.2.4 Da possibilidade de outorga de força obrigatória geral decorrente de processos julgados em controle difuso	108
3.3 Controle Difuso no Direito norte-americano	110
3.3.1 Da Suprema Corte Americana.....	111
3.3.1.1 Da composição	112
3.3.1.2 Da competência.....	112
3.3.1.2.1 Da competência originária.....	113
3.3.1.2.2 Da competência recursal.....	113
3.3.1.2.3 Dos efeitos da decisão em sede de controle difuso	115
3.4 Controle Difuso no Direito Alemão	118
3.4.1 Do Tribunal Constitucional Federal.....	118
3.4.1.1 Da composição	119

3.4.1.2 Da competência.....	120
3.4.1.3 Do controle de constitucionalidade.....	121
3.4.2 Do recurso constitucional para tutela dos direitos fundamentais.....	122
3.4.3 Dos efeitos das decisões em controle concreto	124
CONCLUSÃO	126
BIBLIOGRAFIA.....	130

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro de fiscalização das normas tem se tornado um dos mais complexos do mundo, na medida em que não apenas adota um sistema misto de controle, ora se valendo do difuso ora do concentrado, mas tem avançado para a adoção de um verdadeiro hibridismo quanto aos efeitos da decisão, permitindo majoritariamente que as controvérsias possam ser discutidas tanto de forma concreta quanto abstrata, com decisões muito amplas no plano subjetivo, na medida em que não apenas permite a vinculação *inter parts*, mas também se expande, podendo os efeitos ser ultrapartes ou até mesmo *erga omnes*.

O mesmo elasticamento vêm ocorrendo quanto ao momento em que a decisão passa a produzir efeitos, admitindo desde a concepção tradicional que reconhece a aptidão *ex tunc*, passando ao *ex nunc* ou mesmo sendo possível fixar qualquer momento no futuro, dependendo da análise de cada caso concreto.

É certo que para a formatação do Estado faz-se necessário o reconhecimento de um estatuto escrito ou consuetudinário, promulgado pelo povo ou outorgado por um soberano, por intermédio do qual se estabeleçam os fundamentos e valores a serem preservados. Esse diploma tem sido chamado no campo doutrinário como sendo a Constituição.

Reconhecido o valor fundante da Constituição, deve haver meios por intermédio dos quais se possa preservar a própria norma, bem como sua observação pelos demais órgãos ou poderes do Estado.

Verifica-se, ainda, na história do controle de fiscalização e no Direito Comparado a existência de, pelo menos, dois sistemas judiciais que se propõem a servir de meio e suporte para a preservação da autoridade da Lei Maior, quais sejam o difuso e o concentrado, com suas diversas peculiaridades.

De forma geral os sistemas jurídicos constitucionais modernos têm adotado um dos dois sistemas de forma pura ou mesmo uma mescla em maior ou menor escala de ambos, ou seja, adotando um sistema misto.

Ocorre que no Brasil, com a Constituição Atual promulgada em 1988, com quase uma centena de emendas, tem-se modificado consideravelmente a tradição de adoção do sistema difuso para aquilo que a doutrina vem chamando de um modelo misto e que, segundo nos parece, talvez essa denominação já não represente bem o que está ocorrendo no Brasil, na medida em que não se adota apenas um ou outro modelo dependendo da hipótese fática ou

jurídica a ser examinada, mas uma verdadeira mescla das características de um sistema no outro na análise da mesma situação fático-jurídica, acarretando uma verdadeira sobreposição de institutos jurídicos, o que nos parece mais correto denominar de hibridismo de controle de constitucionalidade, hipótese que ilustra bem o título desta dissertação.

Com base nessas premissas, a presente pesquisa aborda no primeiro capítulo os aspectos gerais do controle de constitucionalidade, partindo dos conceitos indispensáveis à compreensão do tema, como o que vem a ser constituição, constitucionalidade e até mesmo controle de constitucionalidade.

Uma vez fixado o campo de atuação da fiscalização das normas, faz-se necessário uma incursão na história para a busca da origem desse instituto, acompanhada de uma análise mais minuciosa da decisão proferida pelo Juiz Marshall no caso *Marbury x Madison* que, se não foi a primeira decisão sobre esse tema, certamente foi a que fixou de forma expressa os parâmetros básicos que se espalharam e serviram de inspiração para tantos outros países que decidiram adotar o controle difuso de constitucionalidade.

Serão analisados ainda nesse capítulo os pressupostos reconhecidos na doutrina para que haja um efetivo controle de constitucionalidade, como a necessidade de que a Constituição seja escrita, que goze do reconhecimento de uma supremacia sobre as demais normas e que, por isso, torne-se necessário um procedimento especial e mais dificultoso para que ela seja alterada.

É certo que, considerando a importância que se atribua à Constituição, daí decorre a necessidade de criação de uma rede de proteção, razão pela qual também se torna necessária a discussão sobre a natureza jurídica do controle de fiscalização, com a finalidade de deixar clara sua distinção dos demais institutos existentes no ordenamento jurídico com a mesma finalidade, qual seja, manter a higidez da Lei Maior, na medida em que essa atribuição pode eventualmente ser atribuída não apenas ao Poder Judiciário, mas a todos os demais Poderes ou mesmo a um órgão específico, que não se subordine a nenhum dos Poderes tradicionalmente reconhecidos e ainda em momentos, modos e até mesmo com efeitos distintos.

No caso específico do controle judicial das normas, tradicionalmente se tem verificado a existência de dois grandes sistemas, o difuso e o concentrado, razão pela qual ainda nesse capítulo inicial se investigará ambos os sistemas, com a finalidade de compará-los e verificar

eventuais distinções quanto a seus diversos aspectos, bem como de forma não exaustiva apresentar os elementos de vantagens e desvantagens da adoção de um ou outro modelo.

Não poderia concluir a análise desses aspectos gerais sem uma incursão na discussão quanto ao valor de um ato jurídico reconhecido como inconstitucional ou mesmo os limites em que uma decisão judicial está legitimada em aplicar ou não uma determinada norma jurídica, mesmo quando declarada incompatível com a Constituição, manipulando seus efeitos.

Por fim, é ainda objetivo, após a análise da situação atual, verificar se seria possível antever as tendências, evolução ou retrocesso da fiscalização difusa em ambos os países.

Já no capítulo dois será abordado, de forma o mais exaustivo quanto comporte essa dissertação de mestrado, o sistema de controle difuso adotado no sistema jurídico brasileiro, principiando pela evolução desses institutos em todas as constituições brasileiras, desde a imperial de 1824 até a atual, promulgada em 1988, observando na análise histórica quando cada elemento foi acrescentado ou eliminado do arcabouço jurídico até então existente.

Após essas questões históricas, se aprofundará na análise do sistema de controle difuso adotado pela atual Constituição, examinando os inúmeros institutos jurídicos que vão de ações específicas como mandado de segurança, ação popular, ação civil pública e o mandado de injunção, passando pelo recurso extraordinário e diversos outros elementos que visam ampliar ou reduzir os efeitos do controle de fiscalização difusa, como a Cláusula de Reserva de Plenário, a edição de Resolução pelo Senado Federal, a adoção das técnicas da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante, bem como a possibilidade de aplicação de normas que especificam e expressamente foram criadas para regular o controle concentrado e não o difuso.

Ainda nesse capítulo se analisará a composição e a natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal, indicando os requisitos, a forma de escolha e a nomeação de seus integrantes.

Finalizando a análise do arcabouço jurídico que compõe o controle difuso brasileiro, serão apresentadas algumas conclusões e sugestões de alteração, com a finalidade de tornar o sistema mais coerente e eficiente, como a alteração na forma de indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal para que ele efetivamente tenha uma composição que represente de forma mais ampla a sociedade, bem como que se permita uma forma mais ágil e democrática de acesso imediato a esta Corte Suprema, como a possibilidade de recurso direto e imediato

de recurso extraordinário como ocorre em outros países, sem que se exija o esgotamento das vias ordinárias.

No terceiro e último capítulo se estudará o controle difuso nos países que têm maior relevância na adoção de um ou outro sistema ou que têm influenciado de forma mais marcante o ordenamento jurídico brasileiro no particular.

Assim será avaliada a forma em que o controle difuso de fiscalização das normas vem ocorrendo em Portugal, Estados Unidos e na Alemanha, com a finalidade de se comparar a eficiência ou buscar subsídios que possam servir de lastro para uma eventual alteração do sistema adotado no Brasil.

Em relação ao direito português se abordará aspectos gerais, mas primordialmente a composição do Tribunal Constitucional, as diversas hipóteses em que se admite o recurso constitucional, bem como as hipóteses previstas nesse sistema jurídico que possibilitam a apreciação do controle de fiscalização das normas pelo Plenário do Tribunal e até mesmo a possibilidade de atribuição de força obrigatória geral a julgados que tenham sido originalmente apreciados em controle difuso.

No que se refere ao direito americano se abordará a composição e as competências originárias e recursais da Suprema Corte, com enfoque principal nos efeitos atribuídos a esses julgamentos.

Já o direito alemão, embora tenha exercido grande influência em outras legislações quanto à aplicação do controle concentrado de normas, para fins desta pesquisa interessa-nos apenas avaliar a amplitude dos efeitos das decisões proferidas nos processos submetidos ao controle difuso, sem descuidar de uma rápida análise da composição de sua Corte Suprema e da especificidade da utilização do recurso constitucional para tutela dos direitos fundamentais.

Para alcançar o objetivo acima traçado, serão adotados o método de abordagem de investigação dedutivo, com os métodos de procedimentos históricos e comparativos, com a utilização da técnica de pesquisa documental e pesquisa bibliográfica de obras literárias especializadas nesses diversos países, além da análise jurisprudencial esculpidas prioritariamente nos órgãos máximos de cada país incumbidos do controle de constitucionalidade.

CAPÍTULO I

1 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O estudo do controle de constitucionalidade exige uma clara conceituação, a natureza jurídica, visando distingui-lo dos demais institutos que atuam em campo próximo na seara do direito e que tem como objetivo maior preservar a ordem constitucional, seus pressupostos, sem o qual ele não encontra nem suporte jurídico nem fático que o justifique, sua origem, ou seja, perquirir o quanto possível qual teria sido a necessidade que justificou a demanda por um controle de normas, bem como uma análise da primeira ou talvez da decisão que impulsionou os sistemas jurídicos mundo afora a produzir também a fiscalização de suas normas inferiores.

É certo também que diversos países têm adotado sistemas distintos de fiscalização, divergindo entre si quanto aos sujeitos habilitados para a análise, ao modo, ao momento e até mesmo quanto aos efeitos das decisões proferidas, sendo relevante um levantamento dessas distinções, bem como uma análise, ainda que não exaustiva, dos pontos que a doutrina e a jurisprudência têm apresentado como vantagens e desvantagens da adoção de um ou outro sistema.

Por fim, deve-se pesquisar se é possível definir qual o valor de um ato jurídico tido como incompatível com a Constituição, abordagens essas que serão efetuados no curso deste capítulo.

1.1 Conceito / Definição: Constituição, Inconstitucionalidade e Controle de Constitucionalidade

O estudo de qualquer instituto na seara das ciências jurídicas demanda, inicialmente, a correta compreensão do significado e dos elementos que o integram. Somente com esse domínio cognitivo se torna possível particularizar o estudo e distingui-lo dos demais institutos que a ele se assemelham.

Isso se torna possível por intermédio de uma conceituação ou definição prévia, elementos esses que podem vir expressos em determinado diploma legal, formulação teórica elaborada pela doutrina ou mesmo em decisões de tribunais consolidadas em sua jurisprudência.

No campo conceitual, tem-se observado divergência quanto à equivalência ou não dos termos “conceito” e “definição”. Há autores que consideram que as palavras são sinônimas e ainda outros que concluem pela distinção entre ambas.

Para os que fazem distinção, entre os quais se encontra o professor Alessandro Knaesel Arrabal¹, adotando a perspectiva do empirismo tradicional, eles partem da premissa de que a diferença entre um instituto e outro se evidencia quando reconhecemos o sentido das coisas. Nesse diapasão, na definição se considera as características peculiares do objeto que são aptas para diferenciá-lo de todos os demais, ou seja, o objeto tem uma essência que o diferencia de todos os demais elementos existentes no mundo.

Por outro lado, para a caracterização de conceito, palavra oriunda do latim *conceptus* e que significa “o que está contido, está dentro”, não se torna necessária a análise ou mesmo o reconhecimento de que o objeto estudado tenha uma essência, ou seja, o objeto não se particulariza por seus componentes endógenos, mas toma significado a partir de sua relação com outras variantes existentes no mesmo contexto. Essa é a perspectiva adotada pela fenomenologia, pelo existencialismo e pela teoria dos sistemas.

Para o professor Alessandro, portanto, a diferença entre os termos definição e conceito consiste no fato de que o primeiro aborda os elementos essenciais de determinado instituto que o distingue dos demais, ao passo que conceito seria influenciado por elementos externos, entre os quais o meio ou o contexto em que ele foi empregado.

No mesmo sentido, para Maurício Godinho Delgado², “definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexos lógico que os mantêm integrados. Definição é, pois, a declaração da estrutura essencial de determinado fenômeno, com seus integrantes e o vínculo que os preserva unidos.”

Assim sendo, embora seja controvertida a efetiva distinção semântica entre conceito e definição, tal discussão não é meramente acadêmica e/ou desprovida de interesse no estudo de institutos jurídicos, porquanto sabe-se que o direito, como ciência social, tende a seguir a evolução dos valores da sociedade a que pretende regulamentar. Ademais, somente após fixar os contornos conceituais de determinado instituto se poderá efetivamente rastrear seu histórico e disciplina em determinado ordenamento jurídico.

¹ ARRABAL, Alessandro Knaesel – **Diferença entre Definição e Conceito** [Em linha] <http://www.praticadapesquisa.com.br/2015/06/diferenca-entre-definicao-e-conceito.html>. Acesso em: 09 set. 2016. O autor utiliza o objeto “caneta” para ilustrar sua argumentação.

² DELGADO, Maurício Godinho – **Curso de Direito do Trabalho**. p. 51

Para fins da pesquisa que ora se propõe, ou seja, a análise do controle difuso de constitucionalidade de normas, faz-se necessário inicialmente a conceituação de constituição, inconstitucionalidade e controle de constitucionalidade.

A doutrina tem divergido quanto a apresentar um conceito ou definição do que venha a ser Constituição, dependendo da concepção ideológica ou filosófica ou a forma de estado a que se adota, razão pela qual se fala em concepção sociológica, política, jurídica, cultural e etc. Diante da diversidade de concepções de Estados, torna-se inviável definir constituição, razão pela qual tentaremos pelo menos conceituar sob o aspecto jurídico. Para José Afonso da Silva, Constituição é

“um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais dos homens e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”³

Já para Marcelo Novelino, Constituição pode ser definida como sendo “o conjunto sistematizado de normas originárias e estruturantes do Estado que têm por objeto nuclear os direitos fundamentais, a estruturação do Estado e a organização dos poderes.”⁴

Jorge Miranda, fazendo uma análise mais valorativa, afirma que a “Constituição é a base da ordem jurídica, o fulcro das suas energias, o fundamento último da atividade do Estado. Estatuto definidor da vida pública, o ordenamento estatal...”⁵

Das transcrições acima verifica-se que ambos os doutrinadores partem da premissa meramente jurídica, sem se preocupar em apresentar quais elementos subjetivos ou ideológicos contribuíram para a formatação do texto constitucional. Embora o segundo alegue que está fazendo uma definição, seguindo o rigor técnico, nada mais faz do que também apenas apresentar um conceito.

Para essa pesquisa consideraremos a Constituição na sua concepção jurídica, como a lei fundamental de um Estado e, por essa razão, deve gozar do privilégio de supremacia sobre

³ SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 38.

⁴ NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**. p. 12

⁵ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. p. 23.

as demais normas que integram esse sistema. Fixados os contornos do que seja uma Constituição, cabe-nos agora conceituar o que vem a ser inconstitucionalidade.

Jorge Miranda observa que os conceitos de constitucionalidade e de inconstitucionalidade são relacionais, ou seja, decorre da relação de caráter normativo e valorativo de um comportamento que é ou não compatível, que cabe ou não na Constituição.⁶

No mesmo sentido, Oswaldo Palu conceitua inconstitucionalidade como sendo “a incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto da incorreção formal (ou seja, do processo legislativo, órgão emissor competente), quer sob o aspecto da incorreção material (conteúdo substancialmente incompatível com a Constituição,”⁷

Conclui-se, assim, que a inconstitucionalidade é a inadequação jurídica formal ou material de uma norma inferior prevista em determinado ordenamento jurídico em relação à Constituição. Fixados os conceitos de Constituição e de inconstitucionalidade, passa-se à conceituação do que vem a ser controle de constitucionalidade.

Se se reconhece que a Constituição é norma superior com eficácia vinculante em relação às demais e que inconstitucionalidade é a inadequação de uma norma às regras e princípio da Lei maior, seria razoável concluir que controle de constitucionalidade é o instrumento jurídico por intermédio do qual os órgãos competentes assegurados na própria Constituição devem, obedecidos regramentos próprios, aferir a compatibilidade ou não de determinado ato normativo às regras e princípios consagrados constitucionalmente e, por conseguinte, determinar os efeitos daí decorrentes.

1.2 Origem do Controle de Constitucionalidade

No particular serão analisados precedentes históricos que começaram a formatar o controle de constitucionalidade na forma como o conhecemos hoje, escrutinando, de forma mais analítica, a decisão proferida pela Suprema Corte Americana pelo Juiz Marshall no caso que ficou conhecido como Marbury x Madison, avaliando o contexto político, bem como de forma crítica o conteúdo da própria decisão.

⁶ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. p.273-274.

⁷ PALU, Oswaldo Luiz – **Controle de Constitucionalidades: Conceitos, Sistemas e Efeitos**. p. 69.

1.2.1 Precedentes históricos

No presente tópico pretende-se analisar os precedentes históricos de controle de constitucionalidade para que se possa compreender seu formato atual.

É certo que a decisão mais famosa ou conhecida sobre essa matéria foi a decisão proferida pelo Juiz Marshall, da Suprema Corte Americana, naquele que ficou conhecido como o caso Marbury x Madison, decisão essa que será oportunamente apreciada, mas provavelmente não foi a primeira decisão sobre essa matéria.

Nesse sentido, Mauro Capelletti⁸ chama a atenção para o fato de que o reconhecimento de uma lei superior a outras já existe desde a Grécia antiga, sistema no qual se reconhecia que as leis (*nómos*) eram consideradas superiores aos decretos (*psefímata*) e que, embora os juízes atenienses fizessem juramentos de bem executar tanto as leis quanto os decretos, estavam desobrigados da aplicação desses se eles estivessem em confronto com as leis.

O mesmo autor⁹, fazendo alusão a outros autores, cita como precedente do controle de constitucionalidade a concepção dominante na Idade Média, fulcrada em Tomás de Aquino e outros pensadores, no sentido de que o Direito Natural, por ser oriundo da Divindade, seria norma superior a todas as outras e deveria servir-lhe de inspiração, sendo o juiz que estivesse com a competência para apreciar o caso obrigado a declarar sua nulidade, independente de quem a tivesse proclamado, fosse o papa ou mesmo o imperador. Nesse sentido, seria lícito não só ao julgador, mas a qualquer pessoa negar a aplicação ou cumprimento dessa lei, podendo até mesmo se valer de resistência armada para isso.

Capelletti ainda vê na supremacia das Leis inglesas sobre as das colônias americanas antes da independência como precedentes históricos para o controle de constitucionalidade.

Luís Roberto Barroso¹⁰, citando Gerald Gunther, chama a atenção para o fato de que, no plano teórico e não jurisdicional, Alexander Hamilton, no Federalismo nº 78, já defendia a supremacia de normas e o Poder de o Judiciário realizar controle de normas.

No mesmo sentido, Carlos Blanco de Morais¹¹ parte da premissa de que havia diversos precedentes britânicos pelos menos desde 1610 em que se reconhecia a supremacia de uma

⁸ CAPPELLETTI, Mauro – **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. p. 48.

⁹ *Idem* - **Op. Cit.** p. 52.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto – **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 27.

norma sobre as outras, ora reconhecendo a *Common Law*, ou seja, normas consuetudinárias reconhecidas pelos tribunais seria uma lei maior, ora o princípio da equidade natural, bem como em decisões anteriores das próprias colônias americanas que tomavam como postulados superior a equidade e/ou o Direito Fundamental Natural, ressaltando, expressamente, que as constituições das treze colônias responsáveis pela independência reconheciam, expressamente, a rigidez constitucional e até mesmo fixando o judicial *review*, ou seja, a possibilidade de os tribunais apreciarem a validade das leis tomando como parâmetro a Constituição.

Entretanto, não obstante os precedentes acima citados, é certo que foi a decisão proferida pelo Juiz Marshall, da Suprema Corte Americana, que difundiu a ideia e os postulados básicos do que hoje se reconhece como controle de constitucionalidade.

Vale ressaltar que a própria Constituição Americana de 1787 já previa a sua superioridade, ao determinar que os juízes, estaduais ou federais, deveriam primar por sua aplicação quando suas normas colidissem com as leis ou constituições estaduais, dispositivos esses invocados pelo Juiz Marshall em sua célebre decisão ao apreciar o caso *Marbury x Madison* que será a seguir apreciado.

1.2.2 Contexto político da decisão de Marshall

Por volta de 1800 já havia se estabelecido nos Estados Unidos da América a presença de dois partidos políticos, os federalistas, até então dominantes, e os republicanos.

Em eleição realizada em 1800, os federalistas, liderados pelo Presidente John Adams, foram derrotados pelos republicanos, Thomas Jefferson então se tornou o novo presidente.

Com a derrota, os federalistas arquitetaram um plano para manter sua influência após a posse do novo presidente. Para isso, antes da posse do novo presidente, aprovaram algumas normas, entre as quais a que alterava a organização do Poder Judiciário, prevendo, entre outras, a redução do número de ministros da Suprema Corte, bem como a criação de dezesseis novos cargos de juiz federal, que foram preenchidos por supostos simpatizantes dos federalistas, além de haver nomeação de John Marshall, então Secretário de Estado, para ocupar o cargo de presidente da Suprema Corte.

¹¹ MORAIS, Blanco de Moraes – **Justiça Constitucional**, Tomo I, p. 291/292.

Nova norma assegurava, ainda, a nomeação de quarenta e dois juízes de paz que foram nomeados pelo Presidente John Adams, em 03 de março de 1801, véspera da posse do novo presidente, cuja entrega dos termos de nomeação aos interessados ficou a cargo de Marshall, que não conseguiu entregar a tempo a quatro deles, figurando entre os que não receberam William Marbury.

Após a posse de Thomas Jefferson, este orientou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não fizesse a entrega do termo de nomeação para aqueles que ainda não o haviam recebido.

Nesse diapasão e inconformado com essa decisão, William Marbury ajuíza ação perante a Suprema Corte, com o intuito de que o Secretário de Estado fosse obrigado a entregar-lhe a carta de nomeação, conforme norma editada em 1789, conhecida como *the Judiciary Act*.

Sucedeu que essa norma foi revogada pelo Congresso após a posse de Thomas Jefferson, incluindo a extinção de todos os cargos dela derivados. Para impedir que a Suprema Corte apreciasse a matéria, o Congresso ainda suspendeu as reuniões do Tribunal de 1801 a 1803.

Luís Roberto Barroso¹² ainda chama a atenção para dois fatos que serviram de pano de fundo no sentido de pressionar a decisão do Tribunal, a saber: Primeiro a recusa do Presidente Thomas Jefferson em reconhecer a legitimidade do Judiciário obrigá-lo a cumprir a decisão e, segundo, a abertura pela Câmara, já de maioria republicana, de processo de *impeachment* de um juiz federalista e a possibilidade de que tal procedimento se estendesse até mesmo aos ministros da Suprema Corte.

Esse era o contexto político reinante no momento do julgamento do caso e que, certamente, influenciou a formação do convencimento dos ministros da Suprema Corte.

1.2.3 A decisão

O Juiz Marshall, ao fixar os parâmetros para a decisão, os fez nos seguintes termos:

"I. Há da parte do notificante direito à comissão que elle requer?"

¹² BARROSO, Luís Roberto – **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 27.

II. Si tem elle direito, e se esse direito foi violado, as lei de seu paiz lhe faculta recurso?

III. Si elas lhe facultam recurso, será o de mandamus emanado desse Tribunal?"¹³

Ao analisar a primeira questão, o magistrado fez longa digressão, aduzindo que o direito vindicado tinha como suporte uma Lei aprovada pelo Congresso que autorizava o Presidente da República a nomear tantos juizes de paz quanto lhe parecesse necessário.

Observou, ainda, que os termos de nomeação haviam sido assinados pelo Presidente quando este ainda estava no exercício dessa função.

Fez também uma longa análise de quando se deveria considerar perfeito o ato jurídico da nomeação, uma vez que após a assinatura do Presidente era colocado o selo pelo Secretário de Estado do país e então entregue ao nomeado. Nesse sentido, ele concluiu que a assinatura do Presidente já preenchia os requisitos legais para assegurar o direito à nomeação e que nem mesmo a ausência de aposição do selo pelo Secretário, a prova física do termo original de nomeação, o conhecimento da ausência da concordância prévia do comissionado, eram argumentos válidos para obstar o direito do requerente.

Assim, Marshal concluiu que:

“É, pois, certo que o Sr. Marbury foi nomeado, visto que a sua comissão fora assignada pelo Presidente e sellada pelo Secretário de Estado, e como a lei da criação do officio deu ao funcionario o direito de conserval-o por cinco annos, independentemente do executivo, a nomeação, longe de ser revogável, empossara o funcionario em legítimos direitos que são protegidos pelas leis de seu paiz.

Reter o título de sua comissão é, pois, um acto julgado pelo Tribunal, não só não permitido pela lei, mas espoliatio de um legítimo direito adquirido”.¹⁴

No que tange à segunda questão, o magistrado passa a discorrer se, uma vez reconhecido o direito do requerente, o ordenamento jurídico lhe assegura um recurso para fazer valer esse direito.

Nessa trilha, cita comentários à lei inglesa, no sentido de que “todo direito quando offendido deve ter necessariamente um recurso, e toda offensa o seu justo desagravo.”¹⁴

¹³ MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. p. 3.

¹⁴ *Idem*, p. 11.

É nesse contexto de respeito às leis vigentes que ele pronuncia a célebre frase, no sentido de que é por essa razão que os Estados Unidos se chama governo de leis e não de homens e que seria indigno de ter esse reconhecimento se as leis não assegurassem um meio judicial de que o lesado pudesse se valer para ver respeitados seus direitos.

Marshall ainda faz digressão sobre que atos estão sujeitos ao controle judicial, direcionando-se no sentido de que os atos políticos devem ser investigados politicamente, enquanto os atos administrativos devem ser decorrentes de expressa previsão legal, ou seja, “quando, porém, um dever específico lhes é assignado por lei, e direitos individuais dependem do fiel cumprimento desse dever, parece igualmente certo que a pessoa que se julga offendida, tem o direito de recorrer às leis de seu paiz para a sua desaffronta”.¹⁵

Nesse diapasão, ele resume sua conclusão em relação às duas primeiras questões, afirmando que a assinatura do Presidente da República no termo de nomeação é suficiente para assegurar o direito de Marbury e que o selo apostado pelo Secretário de Estado era prova suficiente da verdade da assinatura e que, portanto, o requerente tinha direito ao cargo, bem como que a recusa na entrega do termo de comissão configura flagrante violação a esse direito e que as leis do país lhe asseguram recurso apto a fazer cessar essa ilegalidade.

Com essas ponderações, Marshall analisa a terceira questão, qual seja, se o recurso escolhido por Marbury era apto a tutelar a pretensão, desmembrando a análise sobre dois aspectos, quais sejam, a natureza do alvará postulado e se a Suprema Corte tinha competência para apreciar o feito.

Quanto à natureza da ordem postulada, Marshall parte da premissa de que o autor poderá requerê-lo sempre que houver sido privado de seu direito e a lei não assegurar outro meio específico para tutelá-lo, bem como quando a pessoa sobre quem se busca o *mandamus* se enquadre nas hipóteses legais para ser sujeito passivo da espécie processual, explicitando, ainda, que seria admissível a ordem apenas quando se tratar de ato administrativo, e não quando for de natureza política.

Nesse sentido, o Magistrado conclui que no caso de Marbury, como a comissão já havia sido assinada pelo Presidente e colocado o selo pelo Secretário de Estado, a simples entrega do termo era ato administrativo vinculado por lei e sua recusa era razão suficiente e evidente que dava amparo à utilização do instrumento processual escolhido.

¹⁵ *Idem*, p. 15.

Por último, analisou-se a decisão da competência da Suprema Corte para apreciar o feito. Nesse sentido, constatou-se que a Lei que autorizava a análise do caso pela Suprema Corte era uma Lei infraconstitucional e que, portanto, o Secretário de Estado estava a ela vinculada. Contudo, a Constituição Federal consagrou a função jurisdicional a diversos órgãos do Poder Judiciário e ao Supremo, ora com competência primária ora recursal.

Em um primeiro momento Marshall observou que a Constituição não havia expressamente atribuído à Suprema Corte competência originária para apreciar a matéria discutida no caso de Marbury, afirmando que:

“a atribuição, portanto, dada ao Supremo Tribunal pela lei que estabelece aos tribunais judiciais dos Estados Unidos para expedir alvará de mandamus a funcionário público, não se mostra assente na Constituição e obriga a examinar se pode ser exercida uma jurisdição assim conferida”.¹⁶

É nessa parte de sua análise que ele fixa os parâmetros mais importantes para a moderna doutrina do controle de constitucionalidade, ao afirmar que os poderes dos legisladores ordinários são definidos e limitados e, para assegurar o respeito à Constituição ela é escrita.

Ele fixa ainda dois outros elementos, quais sejam, a superioridade da Constituição sobre as demais normas, consagrando o princípio da supremacia da constitucionalidade sobre as demais normas do sistema jurídico, declarando nula toda norma inferior que seja incompatível como essa norma maior, bem como fixa ainda a base da rigidez constitucional. Essa superioridade vincula tanto os tribunais quanto os demais órgãos do Estado.

Segundo o princípio da rigidez constitucional, a Constituição é imutável por normas ordinárias, somente podendo ser alterada por procedimento próprio e distinto daqueles previstos para alteração da normatização infraconstitucional.

Assim, Marshall conclui por declarar a inconstitucionalidade da lei que atribuiu competência à Suprema Corte para apreciar o feito, por entender que ela criava competência originária não prevista na Constituição.

1.2.4 Críticas à decisão

A decisão proferida por Marshall no caso *Marbury x Madison* foi, sem dúvida, um marco na evolução histórica do controle de constitucionalidade, na medida em que firmou as premissas básicas do controle de constitucionalidade moderna, como a supremacia da constituição sobre as demais normas que compõe o ordenamento jurídico, a exigência de processo mais rígido para alterar a Lei Maior, a competência do Poder Judiciário em analisar os atos e normas emitidas pelos outros Poderes, podendo inclusive declarar sua nulidade na hipótese de contrariar dispositivo constitucional.

Entretanto, a decisão não goza de unanimidade entre os operadores do direito, sendo passível de diversas críticas, entre as quais se inserem a ausência de declaração de impedimento ou suspeição para participar do julgamento por parte de Marshall, a total inversão da ordem de enfrentamento das questões ao deixar para enfrentar a competência da Corte apenas após a análise do mérito, entre outros.

Marshall era Secretário de Estado do Presidente John Adams e foi um dos responsáveis pela articulação que levou a cabo a promulgação da Lei – *the Organic Act of the District of Columbia* – que autorizou o Presidente a nomear os 42 juízes de paz, entre os quais se incluiu Marbury, beneficiado pela impetração da ação perante a Suprema Corte, tendo inclusive ficado responsável por entregar os termos de nomeação aos seus titulares.

Tendo ele participado ativamente da elaboração e da implementação da Lei, seria de se esperar que se declarasse impedido ou mesmo suspeito para apreciar o feito, e essa matéria nem sequer foi abordada na decisão, ainda que fosse para demonstrar os fundamentos pelos quais afastar essa preliminar.

Quanto à competência, é de boa técnica de julgamento que as questões preliminares devem ser apreciadas antes da análise do próprio mérito. Com muito mais razão, a competência do juízo, como pressuposto processual intrínseco, deve ser apreciada antes de qualquer outra matéria, seja de mérito, prejudicial de mérito ou mesmo de qualquer outra preliminar, na medida em que somente um juízo competente pode apreciar todas as demais questões abordadas no processo.

Do ponto de vista da técnica processual, não faz sentido abordar toda a questão meritória para só então apreciar a competência, exatamente para não ocorrer o que se deu com a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Marbury x Madison*, na medida em que, embora todas as questões tenham sido apreciadas, nenhuma delas teve nenhum efeito prático para as partes envolvidas.

Não se ignora que Marshall tivesse conhecimento da boa técnica processual, entretanto, como era sabedor de que o Presidente Thomas Jefferson já alardeava que não reconhecia a competência do Tribunal para lhe obrigar a cumprir a decisão, caso fosse reconhecido o direito de Marbury, é razoável concluir que ele propositadamente resolveu inverter a ordem da análise das matérias para fixar os parâmetros para um futuro controle de constitucionalidade, entre os quais se inserem a supremacia e a rigidez da Constituição e a competência do Poder Judiciário, seja monocrático ou por intermédio de seus colegiados, analisar e até mesmo declarar a nulidade de atos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, desde que não fossem atos políticos, princípios esses que hoje são largamente reconhecidos nos sistemas jurídicos que adotaram o controle de constitucionalidade.

Por último, vale ressaltar que, como a decisão proferida por Marshall não impôs nenhuma obrigação ao Presidente, não obstante tenha reconhecido o direito do postulante, a autoridade dessa decisão não foi atacada.

1.3 Pressupostos do Controle de Constitucionalidade

Sendo o controle de constitucionalidade um instrumento por intermédio do qual os órgãos competentes comparam ou valoram outros atos normativos, só poderá ocorrer quando forem admitidas determinadas premissas, que serão a seguir apreciadas.

Uma Constituição pode ser classificada ou analisada sob diversos aspectos. Quanto à forma, pode ser escrita ou não escrita; quanto ao conteúdo, pode ser material ou meramente formal; quanto à origem, pode ser promulgada após decisão democrática ou outorgada por determinação de um líder sem efetiva participação popular; e, quanto à estabilidade, pode ser imutável, rígida, flexível ou mesmo semiflexível.

Hodiernamente, são reconhecidos diversos pressupostos para que haja um efetivo controle constitucional, entre os quais se insere a necessidade de que a Constituição seja escrita, além da exigência de formalidades especiais para sua alteração e, principalmente que ela seja reconhecida como superior às demais normas do ordenamento jurídico.

Assim, a seguir serão abordados mais pormenorizadamente estes três pressupostos.

1.3.1 Constituição escrita

Quanto à forma, uma dada Constituição pode ser escrita ou consuetudinária. Nesse sentido, segundo Pedro Lenza, constituição escrita seria aquela constante de um conjunto de normas colacionadas em um único documento, enquanto a consuetudinária seria aquela que contém um conjunto de normas esparsas, mas reconhecidas pela coletividade como fundamentais, tendo diversas fontes, como: leis, costumes, jurisprudência etc., a exemplo do que ocorre com a Inglaterra.¹⁶

Luís Pinto Ferreira chama a atenção para o fato de que os direitos primeiro se alicerçam nos costumes e somente depois passam a fazer parte dos sistemas normativos, sendo a Constituição costumeira um grupo de hábitos coletivos tendentes a organização, funcionamento e transmissão do poder em seus diversos aspectos. Para esse autor, Constituição escrita é oriunda da condensação dos hábitos e costumes que se corporificam formalmente em um ou vários instrumentos.¹⁷

Como bem assentado na decisão proferida por Marshall, analisada anteriormente, para que haja um efetivo controle de constitucionalidade, é indispensável que a Constituição seja escrita, tendo em vista que é a partir de seus reais contornos que se pode confrontá-la com as demais normas operantes em dado sistema jurídico.

1.3.2 Rigidez constitucional

Um segundo elemento indispensável para que se autorize e se efetive o controle de constitucionalidade diz respeito a permanência e estabilização do texto constitucional, ou seja, quais são as regras que permitem ou não alterar essa norma maior. No campo doutrinário e teórico, é possível classificar as constituições quanto a esse aspecto em flexível, semiflexível, rígida e até mesmo imutável.

A Constituição será classificada como flexível quando for possível alterá-la por completo, utilizando-se dos mesmos procedimentos legislativos exigidos para a elaboração e/ou alteração das demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Para uns

¹⁶ LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. p. 49.

¹⁷ FERREIRA, Luís Pinto – **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. p. 41.

doutrinadores, quando a constituição é flexível há evidência de que esse sistema jurídico não reconhece a supremacia da constituição¹⁸, enquanto outros entendem que, mesmo nessa espécie de Constituição, pressupõe-se uma certa rigidez substancial, na medida em que implicitamente se veda a modificação de seus princípios fundamentais.¹⁹

Já a Constituição semiflexível é aquela que permite que algumas matérias possam ser alteradas sem exigência de procedimento distinto das demais normas, enquanto para outras matérias se exige procedimento mais difícil. Nesse sentido, Pedro Lenza cita o caso da Constituição Imperial Brasileira de 1824, que permitiu livre alteração de seu texto, salvo quando se tratasse de direitos relativos aos limites e às atribuições dos poderes políticos, direitos políticos e direitos individuais dos cidadãos.²⁰

A Constituição será imutável quando não permitir que ela seja alterada em nenhuma hipótese. Esse tipo de Constituição caiu em desuso, na medida em que a norma maior visa a disciplinar a relação da sociedade que, sabidamente, está em constante evolução.

Ela será rígida quando, para sua alteração, se fizer necessário um procedimento mais rigoroso e difícil que a elaboração das demais normas, ou seja, o procedimento legislativo para a alteração da Constituição será mais rigoroso e exigente que para a elaboração de outras normas, sob pena de qualquer outra lei a revogar. Na hipótese de rigidez constitucional, normalmente a própria Constituição fixa o prazo e o procedimento a serem observados para a mudança.

Vale ressaltar que uma constituição flexível é aferível por seu conteúdo material, ou seja, regulamente matéria de cunho constitucional, regulamentação do poder político enquanto que a Constituição rígida, não obstante discipline matéria constitucional, distingue-se das demais leis pela exigência de procedimentos solenes para sua manutenção. Se se reconhece que a Constituição é norma superior, seria razoável exigência de que houvesse a comunhão de ambos os requisitos, ou seja, que a matéria disciplinada na Constituição fosse substancialmente constitucional e que fosse resguardada por normas especiais tendentes a preservá-la.²¹

¹⁸ LENZA, Pedro – *Op cit.* p. 53.

¹⁹ MARCELO, Neves apud CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 7ª Edição, 2000, p. 891.

²⁰ LENZA, Pedro – *Op cit.* p. 53, citando o art. 178 da Constituição Imperial de 1824.

²¹ MIRANDA, Jorge – **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**, p. 38/41

A rigidez dificulta a alteração das normas constitucionais, com a finalidade de preservação da própria Constituição. Desta forma, Carlos Blanco recorda que uma constituição que pretender ser estável fixa diversos limites para a sua alteração, sendo estes limites temporais, formais, materiais e até mesmo circunstanciais. Entre estes limites podem-se citar a impossibilidade de alteração em determinado período de tempo, situação política do país, como, por exemplo, estado de defesa, exigência de quórum qualificado e aprovação por duas casas do Parlamento etc.²²

Carlos Blanco de Moraes afirma que o princípio da rigidez serve de suporte a três fins, ou seja, de garantir a estabilização da Constituição, função integradora e compromissória, além de assegurar a supremacia da Lei fundamental, na medida em que produz a desaceleração de normas por ela albergada.

José Afonso acrescenta ainda que o princípio da rigidez constitucional serve de nascedouro e suporte para o princípio da supremacia da constituição, ou seja, é da rigidez da Constituição que emana, como consequência primordial, o princípio da supremacia da Constituição.²³

No mesmo sentido, não é de se ignorar a importância desse princípio, ressaltando Alexandre de Moraes que a ideia de controle de constitucionalidade está diretamente ligada à rigidez constitucional.²⁴

1.3.3 Supremacia da Constituição

Outro pressuposto que legitima o controle de constitucionalidade é o reconhecimento de que a Constituição do Estado é lei de índole superior às demais normas, ou seja, o reconhecimento de que existe a Supremacia da Constituição é que justifica a exigência de que todos os atos governamentais devam a ela estrita observância.

Essa supremacia ou superlegalidade da Constituição há de ser tanto material, ou seja, qualquer ato normativo deve ser substancialmente compatível como os valores por ela

²² MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional**, Tomo I, p. 57.

²³ *Idem. Op. Cit.* p. 47.

²⁴ MORAIS, Alexandre de – **Direito Constitucional**. p.558.

assegurados, quanto formal, no sentido de que o processo legislativo tendente a reformá-la tem que ser agravado ou reforçado em relação às leis ordinárias.²⁵

Pinto Ferreira retrata bem a importância do princípio da supremacia da constituição, ao reputá-lo como a pedra angular a que se assenta o edifício do moderno direito político, aduzindo, ainda, que essa superioridade se justifica para manter a estabilidade social, por intermédio de um sistema básico a orientar a conduta coletiva²⁶.

A supremacia da Constituição não se confunde com a sua rigidez, embora sejam normas associadas, tendo em vista que essa é erigida para assegurar aquela²⁷, valendo ressaltar, ainda, que mesmo nas constituições flexível e consuetudinária permanece presente o reconhecimento de sua supremacia, tendo em vista que sua força decorre do seu conteúdo e não apenas de sua forma, refletindo sua suprallegalidade e sua imutabilidade relativa²⁸.

É o princípio da supremacia que autoriza e justifica a atuação tanto do Poder Executivo quanto do Judiciário, por intermédio da fiscalização judicial das normas, a buscarem a concretização da Constituição, mesmo quando se esteja diante das normas consideradas programáticas. Deixar de dar concretude aos direitos assegurados pela constituição não mais é do que negar a própria supremacia da Lei Maior.

Em suma, somente uma Constituição escrita e rígida e com a reconhecida supremacia formal e material, tanto teórica quanto em sua concretude, sobre as demais normas, pode servir de amparo para o efetivo exercício da atividade de controle de constitucionalidade.

1.4 Natureza Jurídica do Controle de Constitucionalidade

Em um estudo de determinado instituto jurídico é de grande relevância determinar sua natureza jurídica, procedimento nem sempre perceptível à primeira vista.

Para Maurício Delgado,²⁹ “encontrar a natureza jurídica de um instituto de Direito [...] consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição

²⁵ Nomenclatura utilizada por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op . Cit.* p. 956.

²⁶ FERREIRA, Luís Pinto – **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**, p. 90

²⁷ MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional**, Tomo I, p. 63.

²⁸ FERREIRA, Luís Pinto – **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. p. 91

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho – **Curso de Direito do Trabalho**. p. 70.

específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas [...], de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito”.

Segundo o mesmo autor³⁰, pesquisar a natureza jurídica é “uma operação intelectual de separação e subsequente classificação”. Assim sendo, definir a natureza jurídica de um instituto exige a compreensão dos elementos que essencialmente o integram, visando à comparação com os diversos institutos afins e, por conseguinte, seu enquadramento no ordenamento jurídico. Embora definir a natureza jurídica pareça simples, a prática tem demonstrado que essa atividade tem sido divergente entre doutrinadores.

A doutrina reconhece diversos meios de Defesa da Constituição tanto em relação à sua existência quanto ao seu conteúdo, entre os quais se inserem a vinculação dos poderes públicos, por intermédio da qual se presume a autoridade da Constituição e seu efeito vinculante a todos os poderes do Estado; a fixação dos limites de revisão constitucional; a separação dos poderes e a fixação dos chamados freios e contrapesos, bem como a fiscalização judicial da Constituição.³¹

Ao abordar essa temática, Jorge Miranda elenca diversos institutos utilizados como garantias para a preservação da própria Constituição, citando expressamente os juramentos no momento da posse de titulares de cargos públicos, a vedação de partidos ou associações contrários à Constituição, os estados de exceção e de necessidade, a proibição de dissolução do parlamento, entre outros.³²

Nesse sentido, tem-se que a natureza jurídica do controle de constitucionalidade nas diversas modalidades em que ele possa se manifestar é uma das formas de controle da garantia de preservação da Constituição e/ou do Estado constitucional quanto à sua existência e ao seu conteúdo.

1.5 Classificação

³⁰ *Idem. Op. Cit.* p. 305-306.

³¹ Esses elementos são analisados pelo professor Gomes Canotilho na obra – **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 6ª Edição revista, 1993, p. 954-955.

³² MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. p. 49.

A fiscalização e o controle de constitucionalidade, visando a manter a existência e o respeito à supremacia constitucional, podem ser efetivados de diversas maneiras, por diversos órgãos, de diversos modos e com efeitos distintos.

Nessa quadra, passa-se à classificação dos meios de controle de constitucionalidade reconhecidos na doutrina majoritária.

1.5.1 Quanto aos sujeitos

O controle de constitucionalidade pode ser realizado por diversos órgãos, sejam eles políticos, judiciais, ou por ambos (misto).

O controle político, também chamado de controle francês³³, ocorre quando os órgãos que o executam são distintos do Poder Judiciário, podendo ser pelo próprio Poder Legislativo por intermédio de suas comissões ou mesmo do plenário ou, ainda, pelo Poder Executivo, como ocorre no caso de vetos. Tal controle tem como suporte doutrinário o princípio da soberania do Parlamento, segundo o qual somente quem elaborou a lei pode controlá-la.

Há ainda um sistema misto de controle de constitucionalidade. Esse sistema tem, pelo menos, duas vertentes distintas. Pode ocorrer de o ordenamento jurídico permitir que tanto órgãos jurisdicionais quanto políticos possam exercer o controle de constitucionalidade de toda e qualquer lei, como ocorre no Brasil. Entretanto, como ressalta José Afonso da Silva, pode ocorrer também de determinado ordenamento jurídico atribuir o controle a órgãos diversos, mas não concomitantemente nas mesmas matérias, como ocorre na Suíça, em que o controle político de constitucionalidade das leis federais fica a cargo do Parlamento, enquanto o controle das leis locais é de competência jurisdicional.³⁴

Já o controle será judicial quando realizado por intermédio do Poder Judiciário, seja de forma difusa (por qualquer juiz), seja de forma concentrada (por um órgão especificamente criado para essa finalidade).

³³ MENDES, Gilmar – **Curso de Direito Constitucional**. p.1055.

³⁴ PALU, Oswaldo Luiz. **Op. Cit.** p. 51.

Há quem defenda que o controle pode ser jurisdicional, mas não judicial, quando ele é feito por um órgão ou tribunal especificamente criado para essa finalidade, mas que não integra formalmente o Poder Judiciário, como ocorre na Itália.³⁵

É possível, ainda, que o exercício do controle constitucional seja misto, ou seja, que possa ocorrer tanto por órgãos integrantes do Poder Judiciário, quanto pelo Parlamento, ou mesmo por órgãos ou tribunais independentes criados para essa finalidade.

1.5.2 Quanto ao momento

Quanto ao momento em que o controle ocorre, pode ser preventivo ou sucessivo (repressivo).

Será preventivo quando a intervenção de controle ocorrer antes que a norma entre em vigor, enquanto o ato ainda é imperfeito e carece de eficácia jurídica.³⁶ Nessa situação, o controle pode ocorrer antes mesmo da edição da lei, na função meramente consultiva, ou seja, quando ainda tem a aptidão de ser apenas um parecer, não dotado de poder definitivo ou vinculatório, quer para os demais poderes, quer para os demais órgãos, como chama a atenção Cappelletti.³⁷

Isso normalmente ocorre com o controle político, a exemplo da análise feita pela Comissão de Constituição e Justiça do Parlamento brasileiro que, caso seja reconhecida a inconstitucionalidade da matéria discutida no projeto de lei, ele é sumariamente arquivado.

A intervenção pode ser repressiva ou sucessiva, entendida como tal a que ocorrer após a vigência da norma. Essa é a modalidade predominante do controle jurisdicional, seja na hipótese difusa, seja na concentrada.

Entretanto, também poderá ocorrer por intermédio de controle político, na hipótese em que o órgão de controle seja um tribunal que não integre o Poder Judiciário, bem como em outras hipóteses, a exemplo do que se dá naquela prevista no art. 49, V (sustação pelo Congresso Nacional de ato do executivo que exceda ao poder regulamentar ou exorbite os limites da delegação legislativa) e no art. 62 (medidas provisórias), ambos da Constituição Federal Brasileira.

³⁵ *Idem. Op. Cit.* p. 99.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p. 967.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro – **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** p.26.

1.5.3 Quanto ao modo

O controle de constitucionalidade ainda pode ser classificado quanto ao modo em que ele é levado a cabo. Nesse sentido, diz-se que ele pode ser incidental quando a questão constitucional é suscitada no curso de um processo já existente como causa prejudicial à análise da matéria principal. Nesse caso, a decisão da questão constitucional não alcança a plenitude de seus efeitos, na medida em que não produzirá a coisa julgada, nem tampouco retira a norma reconhecida como inconstitucional do mundo jurídico.

Essa forma de controle também é chamada de controle concreto, visto que somente pode ocorrer ao se apreciar um caso concreto posto em julgamento. Por essa razão, o juiz somente declarará a inconstitucionalidade da norma constitucional se for indispensável para a solução do tema em análise.

Há ainda quem a denomine como sendo por via de exceção ou defesa, porquanto, em regra, é suscitada em defesa pelo réu. Entretanto, como bem observa Novellino, essa nomenclatura não é precisa, visto que esse modo de controle pode ser invocado em ação típica como mandado de segurança, ação civil pública e *habeas corpus*, e não como matéria de defesa em um caso concreto.³⁸

Por último, esse tipo de procedimento é igualmente denominado de subjetivo, porque, normalmente, só pode ser suscitado pelas partes a quem interessa a declaração de inconstitucionalidade para a solução do caso concreto, ou seja, pelos autores e/ou réus.

Por outro lado, o controle pode ser feito por intermédio daquilo que a doutrina denomina como sendo via principal, entendendo com tal a possibilidade de o objeto do processo ser a própria declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma.

Esse modo é também chamado de controle abstrato ou objetivo, porquanto o que se persegue é a análise da compatibilidade ou não da norma invocada com a Constituição, independentemente da existência ou não da discussão a ser travada no âmbito de um processo subjetivo e concreto. Nesse caso, busca-se tutelar a integridade do ordenamento jurídico-

³⁸ *Idem. Op. Cit.* p. 110.

constitucional e não a defesa de uma pessoa que litigue em um processo concreto específico, embora esse possa ser beneficiado pela decisão.

1.5.4 Quanto aos efeitos

O controle de constitucionalidade deve ser analisado, ainda, pelo ângulo dos efeitos que a decisão proferida pode produzir.

Assim, a decisão proferida no controle de constitucionalidade pode vincular apenas as partes envolvidas no caso concreto, ou seja, *inter parts*, ou pode alcançar todos que estão submetidos ao Estado constitucional; nessa hipótese diz-se que o efeito da decisão é *erga omnes*.

Admite-se, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade considere a invalidade da norma e, portanto, não lhe reconheça aptidão para produzir nenhum efeito desde a sua vigência. Nessa hipótese, diz-se que a decisão tem efeito *ex tunc*. Por outro lado, o órgão que profere a decisão, por questões diversas – quer políticas, quer jurídicas – pode fazer modulação dos efeitos, ou seja, pode fixar algumas circunstâncias ou o momento que a declaração de inconstitucionalidade da norma produzirá seus efeitos (a partir da declaração), hipótese denominada na doutrina como sendo de efeito *ex nunc*.

Por último, a decisão pode-se limitar a uma declaração de inconstitucionalidade da norma e, por esse motivo, deixa de aplicá-la ao caso concreto. Nesse caso, a decisão tem apenas natureza declaratória. Entrementes, a decisão pode, ao contrário, ter caráter constitutivo negativo, ou seja, não lhe reconhecer nenhuma aptidão para produzir efeitos. Nesse sentido, Alexandre de Moraes exemplifica que, no modo de controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade tem o condão de retirar a lei do mundo jurídico.³⁹

1.6 Distinção dos modelos de Controle Jurisdicional

³⁹ *Idem. Op. Cit.* p. 599.

Até esse momento, nossa pesquisa tratou de forma genérica do controle de constitucionalidade das normas como instrumento de preservação da Constituição e, por assim dizer, do Estado constitucional.

Doravante, passe-se à análise mais acurada apenas do controle jurisdicional de adequação das normas ao texto constitucional.

Gilmar Mendes ensina-nos que há três sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, a saber: difuso, concentrado e misto.⁴⁰ Segundo esse doutrinador, o controle concentrado, também chamado de austríaco ou europeu, consiste na hipótese em que a aferição de compatibilização da norma à Constituição é atribuída a um órgão superior ou a uma corte constitucional.

Por outro lado, ocorre controle difuso, também chamado de americano, quando a competência para apreciar a constitucionalidade de leis possa ser efetuada por qualquer juiz ao analisar um caso concreto.

Por último, o sistema de controle será misto quando se permitir que todo juiz possa aferir a constitucionalidade de norma debatida incidentalmente para resolução de um caso concreto, mas reserve a órgão superior ou corte constitucional a apreciação de demanda de cunho abstrato. Esse é o caso adotado no Brasil.

Cappelletti fez um minucioso estudo sobre características e distinção entre os modelos difuso e concentrado e levou em consideração três aspectos, quais sejam: subjetivo, modal e no campo dos efeitos.

1.6.1 Quanto aos sujeitos

O primeiro critério de comparação diz respeito aos sujeitos intervenientes no processo de fiscalização constitucional. Ao abordar esse tema, Cappelletti distingue ambos os métodos, afirmando que:

“a) o ‘sistema difuso’, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e

⁴⁰ *Idem. Op. Cit.* p. 1057.

b) o 'sistema concentrado', em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário”.⁴¹

Diversos inconvenientes têm sido apresentados ao controle difuso, entre os quais, e talvez o mais relevante, a possibilidade de decisões díspares ou mesmo conflitantes entre diversos juízes ao fazer o cotejo de uma norma em face da Constituição, gerando insegurança jurídica ao jurisdicionado e às próprias instituições envolvidas nessa análise. Outro inconveniente apontado é a possibilidade de qualquer pessoa poder apresentar uma demanda perante o mesmo juízo, com base em uma norma já declarada inconstitucional, tendo em vista que nesse método a declaração de inconstitucionalidade não retira o diploma legal do ordenamento jurídico.

No controle concentrado somente o órgão superior previsto no ordenamento (caso do Supremo Tribunal Federal – STF no Brasil) ou especificamente criado para esse fim, como as cortes constitucionais, podem apreciar a constitucionalidade das leis.

Já no controle concentrado, o juiz, ao analisar um caso concreto, deve partir do pressuposto de que a lei é válida e deve-se aplicá-la, salvo nas hipóteses em que o ordenamento jurídico possa dar-lhe a atribuição de solicitar a apreciação do órgão competente para tal, quando tiver razoável dúvida quanto à constitucionalidade. Na hipótese de inconstitucionalidade, ele pode suspender o processo e determinar a questão constitucional para ser apreciada pelo órgão competente.

Em relação a quem pode alegar a questão constitucional, também há diferença entre ambos os sistemas. No difuso, por apreciar caso concreto, qualquer interessado pode suscitar; enquanto no difuso, por tratar de análise abstrata, somente as pessoas expressamente reconhecidas no ordenamento jurídico podem ajuizar a ação competente.

1.6.2 Quanto aos modos

Sobre esse aspecto, pretende-se analisar os modos ou as formas em que a questão constitucional pode ser levada à apreciação do órgão competente.

⁴¹ *Idem. Op. Cit.* p. 67.

O controle difuso se manifesta, primordialmente, pela via incidental, tendo em vista que tem como campo de atuação o caso concreto, enquanto o concentrado é exercido preponderantemente por via principal, ou seja, por ação autônoma ou de recurso.⁴²

O controle concentrado por intermédio de recurso ocorre na hipótese em que, não podendo o juízo do caso concreto apreciar a inconstitucionalidade, a questão é encaminhada ao órgão competente por iniciativa do próprio juiz ou de qualquer outro legitimado.

Cappelletti ainda informa que no controle difuso “as questões de constitucionalidade das leis não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários em ‘via principal’, ou seja, em um adequado e autônomo processo constitucional instaurado *ad hoc*, com adequada ação.”⁴³

Embora essa seja a regra, dado ordenamento jurídico pode fixar exceções que apenas confirmam a regra. Nesse sentido, Alexandre de Moraes chama a atenção para o caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, no qual o Supremo Tribunal Federal – STF, firmou entendimento no sentido de que é possível o ajuizamento de mandado de segurança por parlamentar, perante aquela Corte, como forma de controle preventivo, impugnando atos que atentem contra as regras do processo legislativo.⁴⁴

No caso citado, o controle é feito de forma difusa, em caráter preventivo, perante o Supremo Tribunal Federal, em análise de caso concreto. Entretanto, esse controle se realiza por intermédio de ação autônoma, via principal, e não por exceção ou incidental a outro processo judicial.

Por outro lado, o controle concentrado deve ser realizado exclusivamente pelo órgão ou corte constitucional previamente assegurada no ordenamento jurídico.

Questão de não menos importância a ser analisada no controle concentrado diz respeito aos legitimados a promoverem a ação judicial, variando em cada ordenamento jurídico: pode se atribuir apenas a órgãos políticos (incluindo também alguns órgãos judiciais) ou pode se atribuir a todos os magistrados.

⁴² Nesse sentido, é o magistério de Jorge Miranda. Op. Cit. p. 361, *verbis*: “A fiscalização difusa é concreta, predominantemente subjectiva e incidental. A fiscalização concentrada é, de regra, abstrata, objectiva e principal. Na fiscalização difusa, a inconstitucionalidade é apreciada por via de excepção (salvo o que há pouco se disse acerca da fiscalização incidental). Na fiscalização concentrada, por via de acção ou de recurso. E pode haver enlace entre ambas, sendo a fiscalização difusa no suscitar da questão e concentrada na decisão. Pela natureza das coisas, a decisão do tribunal em fiscalização difusa esgota-se no caso concreto e é sempre *inter parts*.”

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.* p. 102

⁴⁴ MORAIS, Alexandre de – **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. p. 227-228.

1.6.3 Quanto aos efeitos

Conforme já apreciado no item 1.5.4 supra, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por ser *inter parts*, *erga omnes*, declaratório, constitutivo negativo, retroativo ou prospectivo. No presente tópico se analisará a aplicação desses efeitos nos modelos difuso e concentrado.

Considerando que o controle difuso tem como uma de suas características ser exercido de forma incidental na tutela de um direito subjetivo posto em análise no caso concreto, o efeito da decisão judicial vinculará apenas as partes integrantes do processo.

Já no sistema de controle concentrado, considerando que em regra se caracteriza por ser abstrato, ou seja, analisa a lei em tese, sem a existência de um caso concreto, o efeito da declaração de inconstitucionalidade alcança a todos, ou seja, tem efeito *erga omnes*. O objetivo é a preservação do ordenamento jurídico-constitucional e não a tutela de um direito subjetivo.

Em relação ao modo ou à forma em que o controle é apresentado, partindo da premissa que o método difuso é realizado apenas de forma incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade tem efeito apenas declaratório, no sentido de se justificar a não aplicabilidade na norma tida como em desarmonia com a Constituição, mas não a retira do ordenamento jurídico.

Por sua vez, como o método concentrado é feito em um processo objetivo, visando a preservar a higidez do sistema constitucional, a fiscalização é feita por intermédio de ação autônoma própria.

Já em relação ao critério temporal, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem o condão de negar validade ou mesmo qualquer efeito à norma desde o seu nascedouro.

No controle concentrado, como se retira a norma viciada do mundo jurídico, em regra também deve ter efeito retroativo. Entretanto, diversos ordenamentos jurídicos têm aplicado negar a produção de qualquer efeito, enquanto outros adotam a técnica de modulação dos efeitos, considerando a norma ineficaz apenas após a declaração de inconstitucionalidade ou fixando outro momento qualquer, seja no passado ou para o futuro.

Ante o exposto, considerando as características já abordadas nessa pesquisa, seria razoável concluir que, em regra, a fiscalização difusa tem as seguintes características: pode

ser realizada por todos os órgãos jurisdicionais, de forma incidental, no bojo de um caso concreto em que se busca tutelar direitos subjetivos após a provocação das partes, bem como que a decisão tem natureza declaratória com efeitos *ex tunc*, vinculando apenas os litigantes.

Já a fiscalização concentrada em regra somente pode ser efetuada em abstrato por um único órgão jurisdicional, pela via principal em ação própria ou em recurso, após a provocação de pessoas ou órgãos previamente legitimados, visando tutelar o direito objetivo, ou seja, o ordenamento jurídico. A decisão terá, preponderantemente, a natureza desconstitutiva ou constitutiva negativa, irradiando efeitos *erga omnes* desde o seu nascedouro ou a partir do momento determinado na decisão.

1.6.4 Vantagens e desvantagens de ambos os sistemas

Após se diferenciar os sistemas modernos de fiscalização judiciária das normas, quase que instantaneamente surge a questão de se determinar qual dos dois sistemas é melhor, tarefa essa que, embora possa parecer fácil, na prática não é tão simples.

Nesse sentido, Jorge Miranda⁴⁵ informa que são bem conhecidos e até mesmo clássicos os argumentos dos defensores de cada sistema de fiscalização jurisdicional. Assim, ele resume a controvérsia nos seguintes termos: os que defendem o sistema difuso ressaltam que somente nesse sistema se confere aos tribunais a plena dignidade de órgãos de soberania; a questão da inconstitucionalidade é colocada efetivamente na esfera jurídica e não política, que se mantém a maior eficácia possível na preservação da Constituição, na medida em que o órgão que está apreciando o caso concreto não precisa aguardar o pronunciamento de um órgão central; que no modelo concentrado se atribui perigosamente exagerado poder a um único órgão em desproporção com a necessidade para solucionar o caso concreto.

Por outro lado, os defensores do controle concentrado indicam: a certeza do direito, principalmente quando os efeitos têm eficácia para além das partes envolvidas em um caso concreto; maior aprofundamento quanto à interpretação constitucional, principalmente naquelas que envolvem conceitos indeterminados e normas programáticas; maior sensibilidade da questão política e a formação de um órgão julgador dotado de maior poder que possa se contrapor aos demais poderes executivos e legislativos.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. p. 124/126.

O mesmo autor conclui que a experiência no direito comparado demonstra que o sistema difuso pode ser adotado em diferentes sistemas políticos, mas que necessita que a sociedade reconheça a autoridade do juiz e que haja mecanismo de harmonização dos julgados, enquanto que o sistema concentrado exige uma clara divisão do poder político, permitindo que os tribunais constitucionais possam exercer não apenas a análise jurídica, mas também política da decisão, visando manter o equilíbrio entre os diversos órgãos políticos central e/ou periféricos.

De fato, cada sistema tem suas vantagens e desvantagens, sendo cada um mais eficaz, a depender das diversas circunstâncias acima apontadas. Por causa disso, diversos países têm adotado um sistema misto ou híbrido, tentando conjugar o que entendem ser as melhores características de cada um, sendo oportuno ressaltar que esse grau de mistura alcança graus diferentes na evolução histórica de cada um desses países.

Provavelmente, o Brasil, para o bem ou para o mal, seja um dos países que esteja em um grau de hibridização dos sistemas em patamar bem mais avançado que a maioria dos demais, a ponto de se questionar se a diversidade dos institutos adotados não acaba não apenas por desconfigurar ambos os sistemas, mas até mesmo de sobreposição de um instituto a ponto de que outros se tornem totalmente irrelevantes, conforme se apreciará no capítulo seguinte.

1.7 O Valor do Ato Jurídico Inconstitucional

Outro assunto de grande importância diz respeito em se definir qual é o valor do ato jurídico declarado inconstitucional, assunto que tem causado grande divergência na doutrina, dependendo do ponto de partida adotado em cada sistema jurídico. Assim sendo, passa-se a analisar as principais concepções sem que com isso se pretenda exaurir o assunto, sendo certo que há livros inteiros que tratam apenas dessa matéria.

Carlos Blanco de Moraes conceitua o desvalor do ato inconstitucional como sendo “a depreciação, mais ou menos intensa, sofrida por um ato desconforme com a Constituição,

susceptível de obstar à produção dos efeitos jurídicos que ordinária e tipicamente lhe corresponderiam.”⁴⁶

Ao abordar esse tema, Barroso⁴⁷ parte da premissa que a melhor solução para se definir o valor do ato jurídico inconstitucional é adotar a regra de validade dos atos jurídicos normais em três planos distintos, quais sejam, da existência, da validade e da eficácia.

Nesse sentido, no plano da existência, para que um ato jurídico passasse a existir seria necessário apenas que houvesse um sujeito, um objeto e uma forma. Assim, os atos jurídicos que preenchessem esses requisitos seriam considerados existentes no mundo jurídico. Por outro lado, após o reconhecimento da existência de um ato jurídico, avançando um pouco mais na análise, passaria a apreciar os requisitos de validade, ou seja, não basta que tenha o sujeito, mas que ele seja competente; de igual forma, não basta a existência do objeto, ele tem que ser lícito e possível, do mesmo modo, não é qualquer forma que assegura a validade do ato, mas apenas aquela que atender aos ditames legais. Uma lei inválida acarreta a nulidade ou anulabilidade.

Já em relação ao plano da eficácia, ou seja, a aptidão para produzir efeitos e estender suas consequências, uma norma seria eficaz se idônea para atingir a finalidade que justificou sua criação. Barroso acrescenta que a avaliação da eficácia se observa no plano da aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.

Assim, ele conclui que um ato inconstitucional é um ato inválido, cuja consequência é nulidade, razão pela qual a decisão que declara essa inconstitucionalidade tem natureza apenas declaratória com efeitos *ex tunc*, não obstante reconheça que o Brasil vem flexibilizando esses efeitos da decisão em casos específicos. Já Jorge Miranda⁴⁸, também valendo-se dos princípios do Direito Privado e do Direito Administrativo, focaliza o desvalor do ato inconstitucional sobre quatro níveis. No plano da inexistência, quando o ato não pode produzir nenhum efeito jurídico desde sua origem, independentemente da declaração de um órgão judicial, hipótese em que até mesmo qualquer cidadão estaria legitimado a descumprilo.

Na invalidade, o ato não produziria nenhum efeito, na medida em que os vícios são insanáveis, mas torna-se necessária a declaração de um órgão competente, cuja natureza da

⁴⁶ MORAIS, Blanco de Moraes – **Justiça Constitucional**, Tomo I. p. 203.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto – **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p. 33/40.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI. p. 94/95.

decisão seria meramente declaratória; já na anulabilidade a irregularidade poderia ser sanável e o ato somente deixaria de produzir efeitos após a declaração por um órgão de fiscalização competente, cuja natureza será constitutiva e, por último, no plano da irregularidade, hipótese em que o ato não deixaria de produzir efeitos, embora pudesse trazer outras consequências ou sanções.

Feitas essas considerações, vale ressaltar que não é pacífico determinar *a priori* em que campo se localiza cada um desse grau de desvalor. Em relação à inexistência do ato, há quem defenda que ficaria restrita a vícios formais e orgânicos, enquanto outros incluem aí também os vícios materiais.⁴⁹

Resumindo o ato inexistente, Marcelo Rebelo de Sousa elenca as seguintes características: não produção de nenhum efeito jurídico, insanabilidade, inexecutoriedade, admissão do direito de resistência, desnecessidade de declaração jurisdicional e não vinculação ao princípio do respeito aos casos julgados.⁵⁰

Embora em termos doutrinários seja possível classificar os níveis do desvalor de atos inconstitucionais, bem como os elementos que eventualmente possam compor cada um deles, não seria desarrazoado afirmar que tais elementos não são absolutos e, dependendo da opção legislativa de cada ordenamento jurídico, podem se mover mais para um lado do que ocorre com normatização da mesma matéria em outros países, sem que isso chegue ao ponto de descaracterizar o próprio sistema que visa a preservar a Constituição.

Assim sendo, ainda que de forma não expressa, essa percepção será levada em consideração na análise de cada um dos institutos jurídicos que serão analisados nos capítulos seguintes, observado o sistema jurídico em que eles estão inseridos.

1.8 Das Sentenças Intermédias

Como já analisado nos tópicos anteriores, os efeitos das decisões proferidas no controle de constitucionalidade têm seguido, em termos clássicos, a distinção entre aquelas

⁴⁹ Controvérsia analisada por MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional**, Tomo I, p. 203 e seguintes, concluindo que o fundamento da inexistência é a “preterição de requisitos elementares e essenciais de competência e de forma que a Constituição imponha na tomada de uma decisão pública, de que resulte, ostensivamente, a inidentificabilidade desta última como um acto jurídico típico”.

⁵⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de – **O Valor Jurídico do Ato Inconstitucional**. p. 179.

proferidas na fiscalização abstrata e na concreta, seja quanto aos sujeitos, ao objeto ou mesmo ao tempo.

Nesse sentido, vale recordar que no controle difuso em geral os efeitos alcançam apenas as partes envolvidas no caso concreto como efeitos *ex tunc*, enquanto no concentrado os efeitos são em regra vinculantes com efeito *erga omnes*.

Ocorre, todavia, que diante das diversas dificuldades que encontra cada sistema de fiscalização, conforme abordado no item 1.6.4 supra, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm admitido a manipulação dos efeitos da decisão, aquilo que se tem chamado de sentenças intermédias, entendida como tais que manipulam os efeitos da decisão, visando a preservar a soberania da Constituição e a própria norma objeto do controle de constitucionalidade.⁵¹

Isso pode ocorrer por intermédio de aplicação da técnica da interpretação conforme ou mesmo de sentença que acrescentam ou reduzem os efeitos na análise de cada caso concreto.

A técnica decisória da interpretação conforme tem como fundamento a preservação da própria norma objeto do controle de fiscalização, bem como da supremacia da ordem constitucional.

Para sua aplicação, faz-se necessário que a norma objeto do controle seja polissêmica, ou seja, que sua literalidade comporte vários sentidos. Nesse sentido, a decisão consistiria em definir qual dos diversos sentidos é constitucional e deve ser aplicado no caso concreto e, por conseguinte, rechaçados os demais.⁵²

Há, contudo, quem defenda que a interpretação conforme também é aplicável quando a norma polissêmica comporte vários sentidos igualmente compatíveis com o sistema constitucional vigente, hipótese em que a aplicação da interpretação conforme seria não apenas afastar os sentidos inconstitucionais, mas também em determinar quais dos sentidos que se amoldam à constituição melhor representa a norma objeto do controle de fiscalização.⁵³

Discute-se, ainda, na doutrina quais os limites para a aplicação da interpretação conforme, ou seja, se se limitaria a aplicar um dos sentidos da lei que fosse compatível com a

51 Francisco José Sospedra Navas, em seu livro **Justicia Constitucional y procesos constitucionales**, p. 34/37, chama a atenção para o fato de que, embora haja distinção clássica entre os modelos de controles, ou seja, o difuso de origem americana e o concentrado, com larga tradição no direito continental europeu, a tendência hodierna tem sido de aproximação entre ambos, na medida em que se permite cada vez mais que o controle de fiscalização seja atribuído a mais julgadores, como ocorre na tradição americana, mas também que os efeitos das decisões possam extrapolar ao âmbito das partes envolvidas na análise do caso concreto.

52 MENDES, Gilmar Ferreira – **Jurisdição Constitucional**. p. 258.

53 MEDEIROS, Rui – **A Decisão de Inconstitucionalidade**, p. 290.

constituição ou se seria possível também avançar para atribuir um sentido corretivo que possa tornar a norma constitucional.

Em se defendendo a primeira hipótese, ou seja, a restrição apenas aos sentidos possíveis de serem extraídos da própria norma, ainda se deveria determinar se o sentido é apenas aquele que decorre na literalidade da lei ou se seria viável também perquirir a teleologia do legislador.

Nesse sentido, somente seria possível a aplicação da técnica da interpretação conforme se o sentido pudesse ser extraído da própria literalidade da norma ou da finalidade pretendida pelo legislador, ficando desde logo afastada a adoção de qualquer sentido que ferisse a literalidade do preceito ou atentasse contra a manifesta vontade do legislador, ainda que esse sentido fosse constitucional, na medida em que, nessas hipóteses, seria cabível a declaração de inconstitucionalidade e não de interpretação conforme.

Ao se adotar a segunda corrente, qual seja, a possibilidade de se atribuir um sentido corretivo à norma, elevaria o julgador ao patamar de legislador positivo, o que poderia configurar nítida violação de princípios sensíveis ao Estado de Direito, como, por exemplo, a separação de poderes. A adoção irrestrita dessa vertente poderia até mesmo produzir uma interpretação nitidamente *contra legem*, a pretexto de torná-la constitucional.

Outra modalidade de sentenças intermédias é aquela que manipula a norma acrescentando ou restringindo seu campo de aplicação. Assim, seria sentença intermédia aditiva aquela que aplica uma norma em hipótese que não esteja nela prevista, mas que também não seja expressamente vedada. Isso ocorreria, por exemplo, se uma norma previsse um reajuste apenas para parte de uma categoria sem excluir expressamente a outra parte, acarretando a inconstitucionalidade da norma, na medida em que violaria o princípio da igualdade. Nesse sentido, a decisão seria no sentido de estender a toda a categoria a mesma norma.

Guardadas as devidas proporções, foi mais ou menos isso que ocorreu com a decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro quando, ao apreciar o direito de greve assegurada na Constituição Federal aos servidores públicos, norma ainda dependente de regulamentação,

assegurou o direito de greve ao determinar que fossem observados os mesmos parâmetros da lei que disciplina o exercício do direito de greve em atividade essencial.⁵⁴

Por outro lado, a decisão redutiva seria exatamente ao contrário, ou seja, quando, por exemplo, a lei veda sua aplicação em outras circunstâncias, hipótese que justificaria a redução da norma para que alcançasse um sentido constitucional. Assim seria a decisão que declarasse a inconstitucionalidade parcial de uma norma que vede sua aplicação a circunstâncias iguais em violação também ao princípio da igualdade.

As decisões manipulativas têm encontrado campo de aplicação vasto tanto na doutrina quanto na jurisprudência, na medida em que, no campo subjetivo, pode estender seus efeitos para além das partes envolvidas no caso concreto, ou seja, saindo dos limites do *inter parts* para *ultra partes* ou até mesmo *erga omnes*.

No campo temporal, tem-se admitida a manipulação para permitir a modelação dos efeitos antes restritos apenas à modalidade *ex tunc*, para restringir a *ex nunc* ou mesmo em outra data qualquer a ser fixada no futuro.

Essas profusões das sentenças manipulativas serão aferidas quando se apreciar os diversos institutos ou sistemas jurídicos abordados nos capítulos seguintes dessa pesquisa.

⁵⁴ Esse entendimento foi fixado por ocasião dos julgamentos dos Mandado de Injunções 670, 708, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Até então a jurisprudência da Corte era apenas de reconhecer a omissão legislativa e oficiar o órgão competente para a edição da norma regulamentadora.

CAPÍTULO II

2 CONTROLE DIFUSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Evolução Histórica

A história do Direito Constitucional brasileiro é extenso e perpassa por, pelo menos, sete constituições, a começar pela Constituição Imperial de 1824, passando por aquelas oriundas do período da ditadura e chegando até à atual promulgada em 1988.

O controle de constitucionalidade evoluiu ao longo de todas essas constituições, partindo praticamente do ponto zero, como ocorria com a Constituição Imperial, até ao emaranhado que ocorre no sistema atual, conforme se constatará na análise diacrônica-evolutiva do instituto no bojo de cada Carta a seguir apreciadas.

2.1.1 A Constituição Imperial de 1824

A primeira constituição brasileira data da época do império, ou seja, de 1824, período em que a economia nacional era predominantemente a monocultura da cana de açúcar para fins de fabricação de açúcar, largamente beneficiada pela mão de obra escrava, prevalecendo o poder político dos senhores de engenho.

Essa primeira constituição se assentava na ideia da supremacia do parlamento, influência inglesa, bem como na rígida separação dos poderes, herança francesa. Nesse sentido, atribuiu apenas ao parlamento o direito de fazer, interpretar, suspender e revogar leis, bem como de zelar pela preservação e observância da Constituição⁵⁵.

Ademais, previa a norma que, na hipótese de desarmonia entre os Poderes, caberia ao Poder Moderador, personificado na figura do imperador, tido como inviolável, sagrado e acima de qualquer responsabilidade, a incumbência de zelar pela manutenção, equilíbrio e harmonia entre os poderes.⁵⁶

⁵⁵ “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: ...VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. ...IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.”

⁵⁶ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”

Nesse contexto, não foi prevista a possibilidade de o Poder Judiciário realizar a fiscalização de constitucionalidade de nenhuma norma, tendo em vista a rigidez com que se optou pela supremacia do parlamento e da separação dos poderes e que, se alguma dúvida houvesse, a harmonização entre os poderes deveria ser feita pelo imperador que se proclamava “sagrado”, em nada se diferenciando dos antigos faraós egípcios ou mesmo de imperadores romanos que se autoproclamavam deuses.

2.1.2 A Constituição Republicana de 1891

A primeira constituição republicana foi a de 1891 e trouxe importantes alterações em relação à norma anterior quanto ao controle de constitucionalidade, passando a assegurar que essa missão caberia ao Poder Judiciário, por seus diversos órgãos.

Fulcrada em grande parte no direito norte-americano, previu a fiscalização da constitucionalidade, as assegurar que competia ao Supremo Tribunal Federal julgar em grau de recurso demandas que envolvessem a discussão sobre a validade de leis e atos dos governos estaduais em face da Constituição ou das leis federais, quando a decisão do tribunal do estado-membro considerasse válidos esses diplomas legais.

Embora o texto constitucional não tenha sido claro nesse sentido e pudesse provocar controvérsia, a Lei nº 221/1984, ao disciplinar a organização da Justiça Federal, deixou claro que os juízes deveriam apreciar a validade das leis quando fossem claramente incompatíveis como a Constituição.

No mesmo sentido, a reforma constitucional de 1926 deixou explícito que caberia recurso para o Supremo Tribunal Federal quando a demanda envolvesse questões sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal Estadual considerasse válidos tais atos impugnados.⁵⁷

Foi nessa Constituição que se introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o controle judicial de constitucionalidade das normas, na modalidade difusa, seguindo o modelo norte-americano, possibilitando que todo juiz ou tribunal de forma originária e o Supremo em grau recursal pudessem analisar a compatibilidade das normas com a Constituição Federal.

⁵⁷ Art. 60, § 1º, “b”, da **Constituição da República de 1891**.

Nesse sentido, vale trazer à baila a conclusão esboçada por Eduardo PIÑEIRO, segundo a qual:

“[...] ao STF tocava dizer a última palavra para as questões constitucionais agitadas quer no foro federal, quer no estadual, o que fazia dele o árbitro e intérprete final da Constituição. Infere-se, então, que ao tribunal era possível uniformizar a aplicação da Constituição tanto por meio do apelo, originário das justiças da União, quanto por meio de recurso extraordinário, originário das justiças dos estados. Além disso, deduz-se que a influência de sua jurisprudência pelo prestígio do julgado, pela concluidência de seus fundamentos, pela paridade das suas conclusões poderia prestar-se para esse mesmo fim”.⁵⁸

Em suma, essa constituição inaugura no ordenamento constitucional brasileiro o efetivo controle de constitucionalidade na modalidade difusa, com efeitos apenas entre as partes.

2.1.3 A Constituição Republicana de 1934

A Constituição de 1934 manteve na Constituição o controle difuso de constitucionalidade, mas introduziu pelo menos três importantes alterações, quais sejam, a exigência de que, para a declaração de inconstitucionalidade, a decisão do tribunal contasse com a maioria absoluta de seus integrantes, a possibilidade de o Senado Federal suspender, em todo o território nacional, a execução da lei declarada inconstitucional e a possibilidade de Supremo Tribunal exercer o controle concentrado de normas, por intermédio da representação de intervenção.

No que tange à exigência de aprovação de maioria absoluta, o art. 179 previa expressamente “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

A exigência de que os tribunais somente poderiam declarar a inconstitucionalidade por maioria absoluta levantou o debate se continuava ou não a possibilidade de o controle de

⁵⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato - **O Controle de Constitucionalidade: Direito americano, alemão e brasileiro**. p. 149.

fiscalização ocorrer por juiz singular, prevalecendo a tese de que a Constituição não alterou a jurisprudência pacífica formada com base na Constituição anterior que o permitia. Assim sendo, qualquer juiz singular poderia exercer o controle difuso de fiscalização das normas, mas se a análise tivesse sido feita por tribunal seria exigido a maioria absoluta de seus membros.⁵⁹

Contudo, até então a decisão continuava a ter efeitos apenas no caso concreto, vinculando as partes diretamente envolvidas, hipótese com potencial de gerar inúmeras demandas repetitivas e com decisões díspares pelos diversos órgãos jurisdicionais com competência para apreciar a mesma matéria.

Visando a dar maior efetividade à decisão de inconstitucionalidade declarada, a Carta Magna atribuiu ao Senado Federal, que também tinha a responsabilidade de zelar pela coordenação dos poderes e de velar pela Constituição⁶⁰, a possibilidade de suspender, no todo ou em parte, a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.⁶¹

Já a terceira inovação rompe com a tradição e passa a adotar em uma hipótese específica a possibilidade de controle concentrado, permitindo que o Supremo Tribunal Federal aprecie uma representação (ação) movida pelo Procurador Geral da República com o objetivo de decretar a intervenção federal em um dos estados da federação, quando desrespeitados os denominados princípios sensíveis, ou seja, aqueles elencados nos art. 7º da mesma carta⁶².

Essas foram as principais inovações introduzidas por essa constituição na seara do controle de constitucionalidade.

2.1.4 A Constituição Federal de 1937

⁵⁹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato - **O Controle de Constitucionalidade: Direito americano, alemão e brasileiro**, 152.

⁶⁰ "Art. 88 – Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência."

⁶¹ "Art. 91 – Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;"

⁶² " Art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; ... § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. "

Essa Constituição manteve a exigência do quórum qualificado da maioria absoluta, mas trouxe como grande novidade a previsão contida em seu art. 96, atribuindo ao Presidente da República a possibilidade de submeter ao parlamento novamente uma lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, desde que ele entendesse que a permanência da norma era de interesse nacional ou ao bem-estar do povo, retirando, assim, a autoridade final do Poder Judiciário na análise do controle de fiscalização das normas.

Vale ressaltar que essa Carta foi de cunho autoritário e, no particular tinha como finalidade limitar o Poder Judiciário, principalmente levando em consideração que o parlamento estava com suas atividades inoperantes.⁶³

2.1.5 A Constituição Federal de 1946

A Constituição Federal de 1946 representava uma tentativa de conciliação entre a até então dominante burguesia de feição conservadora e a nova realidade social criada como a Constituição anterior, sofrendo forte influência da Constituição Americana de 1787, da qual adotou a descentralização política com a introdução do municipalismo que possibilitou a utilização dos serviços públicos não somente às grandes cidades, mas também aos que habitavam no interior. Da mesma forma, da Constituição Francesa de 1748 trouxe uma alteração substancial no presidencialismo até então vigente, atribuindo aos Ministros de Estados maior responsabilidade do que a de um simples assessor do Presidente da República, além de permitir que os deputados pudessem exercer o cargo de ministros sem a perda do cargo de deputado; já da Constituição Alemã trouxe novos mecanismos de cunho mais social, como o sindicalismo, do direito de greve, direitos do homem etc.⁶⁴

No plano do controle de constitucionalidade, essa norma restabeleceu a tradição do ordenamento pátrio, restabelecendo a autoridade do Poder Judiciário ao suprimir a possibilidade de o Presidente da República descumprir decisão que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei, bem como reintroduziu os institutos da representação interventiva e da suspensão pelo Senado de Norma declarada inconstitucional. No mais, introduziu no ordenamento jurídico, por intermédio da Emenda Constitucional 16/65, a

⁶³ CUNHA JUNIOR, Dirley da - **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. p. 95.

⁶⁴ FERREIRA, Luís Pinto – **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. p. 73/74.

representação genérica de inconstitucionalidade, hoje reconhecida como ação direta de inconstitucionalidade, instituto esse que concerne ao controle concentrado.⁶⁵

2.1.6 A Constituição Federal de 1967/1969

A Constituição de 1967 foi outorgada e decorrente da revolução de 1964 e trouxe grandes alterações em relação ao regime jurídico anterior, como a eleição indireta para o cargo de Presidente da República, bem como passou a serem editados diversos Atos Institucionais – AIs, por meio dos quais se procedeu a demissões, aposentadorias, atribuição de poderes ao chefe do executivo para suspender direitos políticos, alteração do número de ministros do Supremo Tribunal Federal de 11 para 16 e, posteriormente, reduzido novamente para 11 por intermédio do AI 06/69.

Em relação à fiscalização judicial das normas, o AI 01 excluiu da apreciação judicial os atos praticados pelos comandantes da revolução ou pelos parlamentos estaduais e municipais que houvessem cassado mandatos dos membros do poder legislativo.⁶⁶

Vale realçar que a Emenda Constitucional 07/77 introduziu duas novidades no ordenamento jurídico, quais sejam, a possibilidade de ação para possibilitar que o Supremo Tribunal Federal apreciasse a interpretação de leis federais ou estaduais, instituto posteriormente extinto pela Constituição de 1988. A segunda novidade foi a possibilidade de concessão de medidas cautelares a serem apreciadas nas ações genéricas de inconstitucionalidades.⁶⁷

Essa mesma Emenda Constitucional, embora tenha mantido a exigência do quórum de maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade, passou a permitir também que essa maioria fosse aferida também em relação ao Órgão Especial do mesmo tribunal.⁶⁸

⁶⁵ JUNIOR, Dirley da Cunha – Controle de **Constitucionalidade: teoria e prática**. p. 96.

⁶⁶ FERREIRA, Luís Pinto – **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. p. 80.

⁶⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da - **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. p. 97.

⁶⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato - **O Controle de Constitucionalidade: Direito americano, alemão e brasileiro**. p. 161.

2.2 A Constituição Federal de 1988 – atual sistema constitucional

A Constituição de 05 de outubro de 1988 é a que rege o atual sistema jurídico brasileiro, objeto principal desta pesquisa, razão pela qual doravante serão apreciados de forma mais pormenorizada todos os elementos e institutos jurídicos previstos e admitidos quer em lei quer na jurisprudência quanto à fiscalização judicial concreta de constitucionalidade das normas.

2.2.1 Da cláusula de Reserva de Plenário

Ronaldo Poletti sintetiza a realidade do controle difuso brasileiro quanto a quais órgãos podem declarar a inconstitucionalidade, bem como aos efeitos dessa decisão, afirmando expressamente que “hoje é pacífico na doutrina e na jurisprudência que qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo, pode examinar a constitucionalidade de lei e, portanto, declará-la inconstitucional, ao fito de afastá-la de aplicação a um caso concreto”. O mesmo professor, ao analisar os efeitos dessa decisão, ainda concluiu que “tanto o juiz singular, como a mais alta Corte do País não anulam a lei entendida inconstitucional, nem a revoga, simplesmente lhe negam aplicação por entendê-la inconstitucional”.⁶⁹

Embora esse possa ser um resumo, algumas exceções ou peculiaridades merecem uma melhor análise, conforme se fará a seguir.

Não obstante seja pacífico na doutrina e mesmo na jurisprudência que qualquer juiz ou tribunal possa exercer o controle difuso de constitucionalidade, essa autorização não ficou expressa na Constituição Federal Brasileira, como ocorre na Constituição Portuguesa, que assegura expressamente em seu art. 204 que “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.⁷⁰

A regra é que todo órgão jurisdicional brasileiro possa apreciar e eventualmente declarar a inconstitucionalidade de leis tidas como incompatíveis com a Constituição Federal. Entretanto, essa regra alcança apenas os órgãos em sua composição plena ou de eventual

⁶⁹ POLETTI, Ronaldo – **Controle da Constitucionalidade das Leis**. p. 200-201.

⁷⁰ Constituição da República Portuguesa de 1976, art. 204.

órgão especial previsto em seu regimento interno com competência para representar o tribunal em matéria jurisdicional.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro consagrou o que em doutrina se convencionou chamar de cláusula de reserva de plenário, segundo a qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”⁷¹

O instituto da reserva de plenário foi introduzido no ordenamento constitucional brasileiro na Constituição de 1934, originalmente exigindo a maioria absoluta dos votos de tribunal em sua composição plenária. Entretanto, vale realçar que a Emenda Constitucional 07/77, que introduziu importantes novidades no ordenamento jurídico-constitucional em relação ao controle de constitucionalidade, possibilitou que a exigência do quórum da maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade fosse aferida não apenas em relação ao Tribunal Pleno, mas também em relação ao Órgão Especial do mesmo tribunal.

A atual Constituição manteve a inovação introduzida em 1977, conferindo aos Tribunais cuja composição é superior a 25 membros a possibilidade de constituição de um Órgão Especial composto de um mínimo de 11 e o máximo de 25 integrantes para apreciar questão administrativa, desde que devidamente autorizado pelo Tribunal Pleno.⁷²

A exigência da reserva de plenário visa a garantir a integridade do princípio da presunção da constitucionalidade das normas devidamente aprovadas pelo Parlamento, presunção essa que somente pode ser afastada por decisão de um órgão judicial com essa competência, exigindo que a decisão represente efetivamente a maioria dos julgados dessa Corte.

Também encontra apoio no princípio da segurança jurídica, na medida em que gera maior estabilidade às decisões judiciais, dificultando que a mudança de entendimento de apenas poucos integrantes do colegiado possa gerar interpretação que torne ineficaz a decisão que, afastando a presunção de validade da norma, a declarou inconstitucional.

⁷¹ Art. 97 da Constituição Federal do Brasil de 1988.

⁷² "Art. 93, XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; "

Nesse sentido, a reserva de plenário se mostra como tendo a natureza jurídica de verdadeira condição de eficácia jurídica da decisão. Por essa razão, a exigência de quórum qualificado é apenas para a declaração de inconstitucionalidade, mas sendo necessário esse quórum quando o tribunal ou um de seus órgãos fracionários reconhecer a constitucionalidade da norma apreciada, porquanto, nessa hipótese, há perfeita harmonia ao princípio de que já se presume a constitucionalidade das normas regularmente editadas.

Se ao examinar a questão constitucional invocada o órgão fracionário entender que a lei é constitucional poderá de imediato julgar o mérito, tendo em vista que se presume a constitucionalidade das normas.

Todavia, se o órgão fracionário entender que há inconstitucionalidade a ser declarada, o feito deve ser suspenso e encaminhado ao Pleno ou Órgão Especial para julgamento da (in)constitucionalidade e, após essa decisão, retornar àquele órgão fracionário para a análise da matéria de mérito.

Disto resulta que um juiz singular pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, mas uma turma ou seção de um tribunal, ainda que seja do Supremo Tribunal Federal, não o poderá fazer.

Questão igualmente importante é determinar qual deve ser o comportamento de um órgão fracionário diante de uma alegação de inconstitucionalidade de uma lei, se a mesma lei já foi apreciada e declarada inconstitucional pelo Pleno ou pelo Órgão Especial desse mesmo tribunal. Nesse caso, a obrigatoriedade da observância da cláusula de reserva de plenário fica afastada, na medida em que o órgão fracionário nada mais faria que não fazer valer a decisão já proferida pelo Tribunal em sua composição plenária. Aliás, esse foi o entendimento do STF em decisão proferida nos autos do recurso extraordinário nº 190.728, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, publicada no Diário da Justiça de 30 de maio de 1997.

Nesse sentido, o atual Código de Processo Civil é expresso em afastar a necessidade de assunção do feito ao plenário quando a lei já tiver sido declarada inconstitucional pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou mesmo pelo Pleno do Tribunal a que pertence o órgão fracionário que está na apreciação da alegada inconstitucionalidade.⁷³

⁷³ "Art. 949. Se a arguição for: I - rejeitada, prosseguirá o julgamento; II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

Seria de fato descabida fosse o órgão fracionário obrigado a novamente levar o processo ao plenário para que decisão semelhante foi proferida, sem contar o grande prejuízo para as partes no retardo da solução do processo, tendo em vista que normalmente a afetação do processo ao Tribunal Pleno tem como consequência imediata a suspensão do feito no órgão fracionário até a decisão final, podendo levar meses ou até mesmo anos até que o processo possa efetivamente retornar para o julgamento das demais questões de mérito.

A exigência da reserva de plenário permanece mesmo quando o tribunal, embora não declarando expressamente a inconstitucionalidade, deixa de aplicar a lei ao caso concreto suscitado.

Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consagrado na Súmula vinculante nº 10, segundo a qual "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."⁷⁴

Por último, vale trazer a lume a controvérsia em determinar se uma decisão plenária do Supremo Tribunal Federal em controle difuso serviria também de suporte para que fosse dispensada a submissão ao plenário pelos demais tribunais do país, tendo em vista que para esses casos a própria Constituição Federal já prevê que para que os efeitos dessa decisão sejam elásticos se faz necessária a edição de Resolução do Senado Federal, instituto esse que será oportunamente discutido.

Certo é que a exigência de reserva de plenário inclui não apenas a decisão final, mas também eventual concessão de medidas liminares, conforme prevê o art. 10 da Lei nº 9.868/99.

2.2.2 Da Ação Civil Pública

O ordenamento jurídico brasileiro historicamente adotou limites subjetivos e objetivos para o alcance dos efeitos das decisões judiciais proferidas no controle difuso de

⁷⁴ SUPREMO, Tribunal Federal - Súmula Vinculante nº 10, [Em linha] <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 07 maio 2018.

constitucionalidade das leis, assegurando que, em regra, a decisão alcança apenas as partes diretamente envolvidas da relação processual.

Entretanto, em 24 de junho de 1985, foi editada a Lei nº 7.347, visando a tutelar direitos difusos e coletivos⁷⁵ atinentes a evitar danos ao meio ambiente, valores estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, bem como à ordem econômica e, posteriormente, teve seu campo alargado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para incluir também os individuais homogêneos do consumidor.⁷⁶

Esse instrumento jurídico foi alçado ao patamar constitucional que, ao disciplinar as atribuições do Ministério Público, assegurou a possibilidade dessa modalidade de ação para se salvaguardar o patrimônio público e social, especificamente o meio ambiente, além de outros interesses difusos e coletivos.

O surgimento dessa nova classe de ação disponibilizada pelo ordenamento jurídico encontrou forte resistência, tendo em vista que tinha feições nitidamente de ação coletiva, enquanto praticamente todo o sistema jurídico foi constituído numa base mais individualista, ou seja, em que se tutelava primordialmente o direito das partes diretamente envolvidas no conflito.

Esse instituto trouxe efetivamente diversas inovações, como a responsabilidade objetiva, a possibilidade de que seus efeitos se expandissem *ultra partes* ou mesmo *erga omnes*, que ocorresse a coisa julgada apenas *in utilibus*, possibilidade que uma nova demanda pudesse ser novamente ajuizada se a decisão proferida na primeira tivesse como fundamento a ausência ou insuficiência da prova produzida, vinculando ainda os titulares de direitos individuais apenas na hipótese da decisão lhe ter sido favorável.

Adotando a responsabilidade objetiva do autor do dano, esse instituto inova no sistema jurídico, na medida em que não mais se exige por parte do autor da ação a demonstração de

⁷⁵ “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

⁷⁶ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

que o dano tenha sido causado por qualquer modalidade de culpa, bastando comprovar a ocorrência do fato e a existência do dano.

Nesse diapasão, caberia ao réu o ônus de demonstrar que o fato não ocorreu, que não foi o responsável por praticá-lo ou mesmo que o ato não produziu o dano alegado.⁷⁷

Em outras palavras, a decisão de procedência proferida em sede de ação civil pública produz uma condenação genérica que possibilita a execução individual de todos por parte de todos aqueles que foram diretamente prejudicados ou beneficiados pelos atos reconhecidos na sentença.

É exatamente nesse particular, ou seja, no elastecimento subjetivo dos efeitos da decisão proferida em ação civil pública que residem os interesses e os problemas que nos interessam para fins de análise do controle de constitucionalidade.

Efetivamente não pouca controvérsia tem surgido quanto à possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade por intermédio de ação civil pública. O problema reside no fato de a norma assegurar efeito *erga omnes* para suas decisões, ainda que restrita à área de competência do juízo prolator da decisão, hipótese que, em alguns casos, poderia adentrar no campo específico reservado à ação direta de inconstitucionalidade, instituto esse pertinente ao campo do controle abstrato e não no difuso de normas e de competência do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal não tem admitido ação civil pública por meio da qual se busque tutelar direitos difusos e/ou coletivos, com efeito *erga omnes*, tendo em vista que nessa hipótese se estaria usurpando sua competência, na medida em que os efeitos seriam os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, esse Tribunal, ao analisar a reclamação 434, afastou a possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, quando se tratasse de direitos difusos e/ou coletivos.

Entretanto, não haveria esse óbice se os direitos perseguidos fossem individuais homogêneos, já que nesse caso os beneficiários seriam um grupo identificado ou identificável.⁷⁸

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes - **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. p. 165.

⁷⁸ Decisão proferida nos autos da Reclamação 554-2/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, publicado no Diário da Justiça, Seção I, de 26 de novembro de 1997.

Alexandre de Moraes identifica bem a controvérsia, afirmando que o que se pretende é evitar que a ação civil pública seja utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.⁷⁹

Por outro lado, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. discordam do entendimento de que não se pode exercer a fiscalização de norma por intermédio de ação civil pública, fixando premissas que podem ser adotadas para sua validade, quais sejam:

- “a) que não se identifique na controvérsia constitucional o objeto único da demanda;
- b) que a questão de constitucionalidade verse e atue como simples questão prejudicial; c) a existência nos autos de pedido referente a relação jurídica concreta e específica; d) apresente-se como causa de pedir e não como pedido a matéria constitucional”.⁸⁰

O Supremo Tribunal Federal também evoluiu em seu entendimento para admitir a fiscalização de norma por intermédio de ação civil pública, independente dos direitos discutidos, desde que a declaração de inconstitucionalidade não seja o único objeto da demanda, mas este seja apenas incidental.⁸¹

Em resumo, é possível controle de constitucionalidade de normas em sede de ação civil pública, ainda que as matérias discutidas sejam atinentes a direitos difusos e coletivos, desde que a declaração de inconstitucionalidade seja apenas incidental e prejudicial à análise do pedido principal, tendo em vista que, nessas hipóteses, a decisão judicial não faz coisa julgada e os efeitos da decisão se limitam ao caso concreto.

⁷⁹ MORAIS, Alexandre de – **Direito Constitucional**, p. 570.

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p. 315.

⁸¹ "Ação Civil Pública e Controle Difuso (Transcrições) **RCL 1.733-SP** (medida liminar)* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal." Informativo nº 212 do STF, [em linha] <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=RCL+602&pagina=4&base=INFO>. Acesso em: 24 ago. 2018.

2.2.3 Da Ação Popular

A ação popular foi instrumento jurídico introduzido na Constituição de 1934, assegurando a todo cidadão a legitimidade para postular a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos estados ou dos municípios.⁸²

A atual Constituição acresceu o campo de atuação dessa ação, prevendo também que ela poderia ser utilizadas para tutelar pretensão que vise a resguardar de forma específica “ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.⁸³

Essa ação está disciplinada na Lei nº 4.717/65, assegurando a legitimidade para propô-la a todo cidadão, valendo como prova da cidadania o título eleitoral ou documento equivalente. Como a Lei exige que seja cidadão, ficam expressamente excluídos os estrangeiros e as pessoas jurídicas.

Já o objeto da ação deverá ser a nulidade de atos omissivos ou comissivos (art. 6º) tendentes a causar danos ao patrimônio público relativos a valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Assim, para o manuseio desse instituto processual, é necessário preencher os seguintes requisitos: o autor deve ser cidadão, o ato tem que ser ilegal e ainda lesivo ao patrimônio material e imaterial.⁸⁴

Em relação à legitimidade ativa, não é necessário que o autor esteja alistado na mesma circunscrição eleitoral, bastando que comprove que é cidadão, valendo o título eleitoral de qualquer unidade da federação.⁸⁵

⁸² Art. 113, item 38, da Constituição Federal de 1934: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios."

⁸³ Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁴ "5. Tem-se, dessa forma, como imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a procedência da Ação Popular e consequente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes." STJ-RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.237 - MG (2012/0162982-5) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO [em linha] . Disponível em:

https://ww2.sstj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316905&num_registro=201201629825&data=20150309&formato=PDF. Acesso em: 24 ago. 2018.

⁸⁵ "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ELEITOR COM DOMICÍLIO ELEITORAL EM MUNICÍPIO ESTRANHO ÀQUELE EM QUE OCORRERAM OS FATOS CONTROVERSOS. IRRELEVÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CIDADÃO. TÍTULO DE ELEITOR. MERO MEIO DE PROVA. ...omissis 3. A Constituição da República vigente, em seu art. 5º, inc. LXXIII, inserindo no âmbito de uma democracia de cunho representativo eminentemente indireto um instituto próprio de democracias representativas diretas, prevê que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio

Embora alguns objetos sejam comuns na ação popular e na ação civil pública, Hely Lopes de Meirelles defende que uma ação não pode ser utilizada em substituição à outra, explicando que o mesmo fato pode autorizar o ajuizamento de ambas as ações, mas as finalidades são distintas, tendo em vista que a pretensão na ação popular é eminentemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória, enquanto na ação civil pública é predominantemente condenatória.

O mesmo autor ainda chama a atenção para o fato de a legitimidade para propor ambas as ações, porquanto enquanto na ação popular somente o cidadão está legitimado, na ação civil pública inclui outras pessoas jurídicas.⁸⁶

Nesse sentido, pode-se concluir que a ação popular é uma forma de exercício da soberania popular, na medida em que permite que o povo, diretamente, participe da fiscalização do poder público⁸⁷, visando a tutela do interesse coletivo e não do próprio autor.

Em relação aos efeitos da decisão proferida em uma ação popular reside o maior interesse para esta pesquisa, na medida em que a densificação legislativa assegura que o efeito *erga omnes*, ou seja, a decisão alcance a todos.

Em relação à coisa julgada em ação popular, deve-se levar em consideração pelo menos três circunstâncias distintas, quais sejam: quando julga procedente o pedido, improcedente e improcedente por deficiência de prova. Nas duas primeiras hipóteses ocorrerá a coisa julgada e não poderá ser ajuizada nova ação, seja pelo mesmo autor ou por qualquer

histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (destaque acrescentado). 4. Note-se que a legitimidade ativa é deferida a cidadão. A afirmativa é importante porque, ao contrário do que pretende o recorrente, a legitimidade ativa não é do eleitor, mas do cidadão. 5. O que ocorre é que a Lei n. 4717/65, por seu art. 1º, § 3º, define que a cidadania será provada por título de eleitor. 6. Vê-se, portanto, que a condição de eleitor não é condição de legitimidade ativa, mas apenas e tão só meio de prova documental da cidadania, daí porque pouco importa qual o domicílio eleitoral do autor da ação popular. Aliás, trata-se de uma exceção à regra da liberdade probatória (sob a lógica tanto da atipicidade como da não-taxatividade dos meios de provas) previsto no art. 332, CPC. 7. O art. 42, p. único, do Código Eleitoral estipula um requisito para o exercício da cidadania ativa em determinada circunscrição eleitoral, nada tendo a ver com prova da cidadania. Aliás, a redação é clara no sentido de que aquela disposição é Documento: 1067182 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJE: 14/06/2011 Página 1 de 10 Superior Tribunal de Justiça apenas para efeitos de inscrição eleitoral, de alistamento eleitoral, e nada mais. 8. Aquele que não é eleitor em certa circunscrição eleitoral não necessariamente deixa de ser eleitor, podendo apenas exercer sua cidadania em outra circunscrição. Se for eleitor, é cidadão para fins de ajuizamento de ação popular. 9. O indivíduo não é cidadão de tal ou qual Município, é "apenas" cidadão, bastando, para tanto, ser eleitor." STJ-RECURSO ESPECIAL Nº 1.242.800 - MS (2011/0050678-0) RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, [em linha] https://ww2.sstj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067182&num_registro=201100506780&data=20110614&formato=PDF. Acesso em: 10 maio 2018.

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes – **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. p. 154

⁸⁷ MORAIS, Alexandre de – **Direito Constitucional**, p.183.

outro cidadão. Entretanto, em relação à terceira hipótese, ou seja, quando a sentença for pela improcedência por insuficiência de prova, a matéria poderá ser debatida em novo processo, desde que lastreada em novas provas.

Questão mais controversa diz respeito ao debate em se determinar se, considerando que a decisão tem efeito *erga omnes*, é ou não possível o exercício do controle de constitucionalidade em sede de ação popular.

Argumentando em sentido contrário, Meirelles afirma que cabe declaração de inconstitucionalidade na hipótese de sentença de procedência, na medida em que a decisão usurpava a competência do Supremo Tribunal Federal, porquanto a decisão em ação popular tem efeito *erga omnes*, assim como as decisões da Suprema Corte proferida em sede de controle concentrado⁸⁸.

O raciocínio é o mesmo já discutido na ação da ação civil pública, razão pela qual consideramos ser possível o controle de constitucionalidade de normas em ação popular, desde que a declaração de inconstitucionalidade seja apenas incidental e prejudicial à análise do pedido principal, tendo em vista que, nessas hipóteses, a decisão judicial não faz coisa julgada e os efeitos da decisão se limitam ao caso concreto.

Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de controle de constitucionalidade nessas circunstâncias.⁸⁹

2.2.4 Do controle perante o STF

⁸⁸ “Não se pode dizer que o juiz, na ação popular, poderia exercer o controle difuso da constitucionalidade. O controle difuso em como sua característica essência a restrição dos efeitos da eventual declaração de inconstitucionalidade apenas às partes litigantes. Como a Sentença de procedência da ação popular é oponível *erga omnes*, uma declaração de inconstitucionalidade nela embutida implicaria em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.” MEIRELLES, Hely Lopes – **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**, p. 144.

⁸⁹ “Embora seja inquestionável o cabimento do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação popular, é certo que tal controle somente pode se dar como fundamento para a decisão. Não pode essa ação, todavia, ter a declaração de inconstitucionalidade de lei como seu próprio objeto, sob pena de – dada a eficácia *erga omnes* das sentenças de mérito nela proferida (art. 18 da Lei 4.717/65) – substituir-se, em todos os sentidos, à ação direta de inconstitucionalidade, ficando usurpada a competência, tanto dos órgãos que detêm iniciativa para a propositura dessa ação de controle concentrado, quanto do Supremo Tribunal Federal, que detém a competência para processá-la e julgá-la.” (RE 524546 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 22/08/2013, publicado em DJe-168 DIVULG 27/08/2013 PUBLIC 28/08/2013) e disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000199385&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 24 ago. 2018.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula o Poder Judiciário, poderá fazer o controle difuso de constitucionalidade em ação de sua competência originária ou mediante recursos oriundos dos demais órgãos jurisdicionais. Esse controle ainda poderá se dar de forma preventiva ou repressiva/sucessiva. Assim, passa-se à análise dessas hipóteses.

2.2.4.1 Da composição e natureza jurídica do STF

O Supremo Tribunal Federal foi criado pelo Decreto 848/1890 e introduzido na Constituição Federal de 1891 em substituição ao antigo Supremo Tribunal de Justiça⁹⁰.

A composição do Tribunal foi se alterando ao longo de sua história, variando de 17 ministros (para os admitem que ele foi instituído em 1824), 15 na Constituição de 1891, 11 nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, 16 a partir do Ato Institucional 2/65 e na Constituição de 1967 e, finalmente novamente 11 a partir do Ato Institucional 6/69 e na atual Constituição editada em 1988.

Ao longo da história se têm exigido diversos e distintos requisitos para que determinada pessoa possa ser nomeada ministro da Suprema Corte. Atualmente se exige concomitantemente os seguintes requisitos: ter idade entre 35 e 65 anos; ser brasileiro nato e ter notório saber jurídico, além de ter reputação ilibada.⁹¹

Embora a atual Constituição traga expressa a exigência do notório saber jurídico, a Constituição de 1891 exigia apenas o notório saber, não explicitando que esse saber deveria ser jurídico, hipótese que permitiu que o Presidente Floriano Peixoto nomeasse o médico Barata Ribeiro e os generais Galvão de Queiroz e Raimundo Ewerton como ministros.⁹²

Mesmo a expressão notório saber jurídico não tem significado preciso e incontestado, assim, há quem defenda que é indispensável que o candidato a ocupar esse posto seja pelo menos bacharel em ciências jurídicas,⁹³ enquanto outros não veem essa correlação⁹⁴, sendo

⁹⁰ Essa data foi a reconhecida por Walter de Moura Agra – Manual de Direito Constitucional, p. 458, enquanto para que Gilmar Ferreira Mendes a origem dessa Corte data de 1828, data da edição da Lei 18/09/1928, conforme por ele assentado em Jurisdição Constitucional, p. 23.

⁹¹ Art. 12, § 3º, IV e 101 da Constituição Federal de 1988.

⁹² AGRA, Walter de Moura – **Manual de Direito Constitucional**. p. 458

⁹³ *Idem* – ***Ibidem***.

⁹⁴ MORAIS, Alexandre de – **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. p. 216.

certo, contudo, que não se exige que ele seja magistrado de carreira ou mesmo que tenha tido nenhuma experiência anterior no ofício da judicatura.

Cabe exclusivamente ao Presidente da República indicar os integrantes da Suprema Corte para que sejam sabatinados pelo Senado Federal e, uma vez tomado posse, eles serão vitalícios.

O Supremo Tribunal Federal tem competência ampla, alcançando ações originárias em diversas matérias, como, por exemplo, o julgamento de pessoas com foro privilegiado em matéria penal, bem como recurso que verse sobre matéria constitucional oriunda dos demais tribunais da república, sendo ainda o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro difere em muito de outras cortes constitucionais.

Em regra, os tribunais constitucionais são encarregados de velar em última instância pelo respeito e supremacia da constituição e podem ou não integrar a estrutura do Poder Judiciário.

Assim, ao abordar a realidade dos tribunais constitucionais, principalmente à luz do ordenamento jurídico português, o professor Pedro Rosário do Travão foi expresso ao consignar que “O Tribunal Constitucional é um tribunal especial e, sempre, estranho à ordem judiciária comum, a qual, se encontra hierarquizada até ao Supremo Tribunal de Justiça.”⁹⁵

Nesse sentido, ao analisar as características básicas dos tribunais constitucionais, José de Albuquerque Rocha ressalta as seguintes características:⁹⁶

“a) *estatuto constitucional*, que é a previsão do Tribunal na Constituição; b) *designação dos juízes por critérios político-democráticos*, onde a escolha dos membros é feita por eleição de representantes do Poder Executivo e Judiciário, Ministério Público, bem como da sociedade civil; c) *duração de mandato*, pois os membros de um autêntico Tribunal Constitucional possuem mandato por tempo determinado e improrrogável; d) *incompatibilidade*, que é a garantia de independência dos seus membros para não exercer outros empregos ou funções, principalmente de natureza política; e) *competência*, embora seja variável nos tribunais constitucionais, o fundamental é garantir a primazia da Constituição”.

⁹⁵ ROSÁRIO, Pedro do Travão – O Recurso Constitucional de Amparo. p. 55.

⁹⁶ ROCHA, José de Albuquerque – **Estudos sobre o Poder Judiciário**. p. 82-83.

Em relação à forma de indicação dos membros que compõem uma corte constitucional, Jorge Miranda identifica oito modalidades de indicação, indo de indicação exclusiva pelo Parlamento ou pelo chefe do Executivo, outras vezes uma parte sendo indicada pelo Parlamento e outra pelo Executivo, outras vezes indicação conjunta desses dois poderes etc.⁹⁷

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes justifica a necessidade de uma composição política dos tribunais constitucionais porque a decisão visa a assegurar a supremacia da constituição e os atos do Parlamento que representam a vontade popular. Assim, entende que a indicação deve obedecer a três requisitos, a saber: pluralismo, ou seja, deve representar todas as classes, incluindo a proteção aos grupos minoritários, com mandato determinado para permitir o rodízio; representatividade, por intermédio do qual se deve exigir a maioria qualificada do parlamento para a indicação dos membros da Corte Constitucional e; complementariedade, ou seja, a necessidade de que o juízes tenham tido experiências distintas anteriormente, seja na magistratura ou em qualquer outro campo de atuação na seara do direito⁹⁸.

Esses requisitos podem ser importantes em uma Corte constitucional que analise exclusivamente a constitucionalidade das normas, esteja ela vinculada ao Poder Judiciário (como ocorre na Alemanha) ou não (a exemplo do Tribunal Constitucional Português), entretanto, deve-se questionar se essa composição política se deve aplicar a Corte que tem dupla natureza jurídica, como a que ocorre no Supremo Tribunal Federal do Brasil.

É que o STF, embora seja uma corte constitucional, no sentido de que cabe a ele a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade de normas é também o órgão e a cúpula do Poder Judiciário como competência que excede em muito a fiscalização das normas, abrangendo inclusive matéria penal em competência originária.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal não se limita a apreciar a constitucionalidade das normas, como ocorre com o Tribunal Constitucional Português, pelo contrário, após superar essa fase ele mesmo passa a julgar a matéria de fundo do caso concreto.

Parece que a situação fica mais preocupante ainda, porque os ministros são de indicação exclusiva do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sem um prazo fixo para o término, pelo contrário, uma vez empossados passam a ser vitalícios, e tampouco há exigência de que a indicação deva observar necessariamente a experiência

⁹⁷ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI. p.132.

⁹⁸ MORAIS, Alexandre de – **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. p. 78-79.

jurídica e profissional pregressa, de forma que sua composição plenária pudesse representar as diversas correntes e interesses jurídicos, sendo possível que entre todos os integrantes da Corte nenhum deles tenha sequer sido magistrado de carreira ou mesmo membro do Ministério Público.

A exigência genérica de notório saber jurídico não diz muita coisa e não é razoável que a simples conclusão do curso de bacharelado em direito preencha esse requisito, principalmente em um país em que os cursos de direito se multiplicaram na última década sem um controle efetivo da formação acadêmica desses alunos.

2.2.4.2 Do controle preventivo em ação originária – Mandado de Segurança

Em regra, a fiscalização preventiva, ou seja, enquanto as normas ainda estão em sua fase de elaboração, ocorre apenas por órgãos que não seja integrante do Poder Judiciário, a exemplo do controle exercido pelo Parlamento brasileiro nas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara (art. 32, III, do Regimento Interno) ou do Senado Federal (art. 101 de seu Regimento Interno), ou mesmo pela faculdade de veto atribuída ao Presidente da República no art. 66, § 1º, da Constituição Federal.

O controle jurisdicional difuso, em sua análise clássica, é feito de forma repressiva ou sucessiva. Entretanto, dado ordenamento jurídico pode prever hipótese em que o controle seja prévio, exceção essa que somente confirma a regra.

Os arts. 59 a 69 da Constituição Federal do Brasil consagram as normas primárias reconhecidas no ordenamento jurídico, bem como as regras a serem seguidas nos processos legislativos para cada norma. Segundo Meirelles, Mandado de Segurança:

“é o meio constitucional posta à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, ou ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam”.⁹⁹

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes – **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. p. 21-22.

O mandado de segurança é uma invenção brasileira, introduzida pela Carta de 1934, com inspiração no *habeas corpus*, e sem correspondência no direito comparado, estando atualmente fixada no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁰

Nesse sentido, a tutela de direitos individuais somente pode ser efetuada em mandado de segurança pelo titular do direito lesado (mandado de segurança repressivo) ou ameaçado de lesão (mandado de segurança preventivo).

Questão não pouco tormentosa diz respeito a se determinar o que significa a expressão direito líquido e certo. Assim, Meirelles leciona que direito líquido e certo é o que se apresenta com os requisitos para ser reconhecido no momento da impetração, comprovado de plano e que não necessite de dilação probatória.¹⁰¹

O Supremo Tribunal Federal tem admitido o controle difuso, incidental e preventivo de constitucionalidade por intermédio de mandado de segurança¹⁰². Essa é, sem dúvida, a única hipótese de controle jurisdicional difuso preventivo conhecido no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando essa excepcionalidade, a doutrina tem elencados dois critérios para que se admita o controle concreto de fiscalização de norma por intermédio de mandado de segurança, sendo um objetivo e outro subjetivo.

Em relação ao critério subjetivo, tanto a doutrina quanto as jurisprudências dominantes seguem o entendimento de que somente o parlamentar que deve participar do processo legislativo tem legitimidade para a impetração do mandado de segurança para obstar o andamento de discussão de projeto de lei que viole a Constituição Federal. Isso ocorre

¹⁰⁰ BUZAID, Alfredo apud CUNHA JUNIOR, Dirley da - **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. p. 116.

¹⁰¹ *Idem. Op. Cit.* p. 35.

¹⁰² “Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. - Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido.” MS 20.257-DF, Min. Moreira Alves, disponível no sítio:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2820257%2E%2E+OU+20257%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hhsaufm>. Acesso em: 28 nov. 2016.

porque se entende que o parlamentar tem o direito individual subjetivo de não participar da discussão de um processo legislativo viciado, ou seja, que não siga as regras ditadas na Constituição Federal para a confecção de lei hígida.

Em relação ao critério objetivo, a matéria também não alcança unanimidade, sendo que uns defendem que é necessária a violação das regras atinentes ao processo legislativo elencadas na própria Constituição. Assim sendo, a violação das normas regimentais que disciplinam o processo legislativo não serviria de suporte para que a Suprema Corte admita o controle concreto prévio de constitucionalidade por intermédio de mandado de segurança, porquanto configurarem atos de interpretação *interna corporis*.

Alexandre de Moraes, por outro lado, defende interpretação mais ampla, para admitir também a possibilidade da fiscalização de norma no caso concreto, quando houver também a violação dos regimentos internos das respectivas casas do parlamento, por entender que tais regimentos decorrem de resoluções que são normas primárias.¹⁰³

O Supremo Tribunal Federal abordou a problemática pela primeira vez ao apreciar o Mandado de Segurança nº 20.257/DF, em 08/10/1980, ainda sob regência da CF de 1969, por intermédio do qual se pretendia suspender ato da Mesa do Congresso Nacional que admitiu a deliberação de emenda constitucional que supostamente atacava determinadas cláusulas pétreas.

Naquela demanda se questionava a possibilidade de uma emenda constitucional alterar o prazo do mandado em curso de parlamentares, defendendo seus autores que não seria possível, porquanto violaria a cláusula pétrea que assegura a periodicidade.

O mandado de segurança foi admitido no particular, por se entender que a norma disposta no art. 47 § 1º, da Constituição de 1967 vedava expressamente até mesmo a deliberação de proposta que tivesse como finalidade abolir cláusulas pétreas.¹⁰⁴

Entretanto, quanto ao mérito, a decisão foi no sentido de que a alteração constitucional proposta de alterar o prazo do mandado parlamentar não violava a cláusula pétrea, na medida em que ainda permanecia incólume a exigência da periodicidade do voto, havendo apenas o elastecimento do prazo de cada mandato.

¹⁰³ MORAIS, Alexandre de – **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. p. 225.

¹⁰⁴ Norma semelhante permanece também na atual Constituição, qual seja: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: ... § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Esse julgamento foi importante, porquanto reconhece a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade em caso concreto, em relação a vício material da proposição legislativa. Essa hipótese é a única de controle material, porque a tramitação do processo legislativo é o mérito da própria vedação constitucional e se aplica apenas quando o projeto for de emenda à constituição e não edição de norma infraconstitucional.

Uma vez assentado que é possível o controle de tramitação de proposição legislativa em seu aspecto material acima analisado, surge também a discussão em relação ao limite do controle no caso de violação formal do processo legislativo, se incluir somente as normas do processo legislativo elencadas na Constituição ou também aqueles constantes dos regimentos internos das respectivas casas legislativas.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão na análise do Mandado de Segurança 22.503/DF, que abordava a PEC 33-A, que pretendia introduzir uma reforma na Previdência Social, tendo havido duas grandes correntes de divergência entre seus integrantes.¹⁰⁵

Embora tenha havido unanimidade no sentido de que é possível o controle do vício de forma no processo legislativo de emenda à Constituição, a maioria firmou entendimento no sentido de que somente o desrespeito às normas constantes no processo legislativo dispostas no próprio corpo da Constituição Federal poderiam ser objeto de controle difuso por via de mandado de segurança, tendo em vista que os regimentos internos configuram atos *interna corporis* não suscetíveis de controle judicial.

A corrente minoritária entendia a possibilidade de controle do processo legislativo, inclusive sobre as normas dispostas nos regimentos internos e mesmo às suas interpretações, porquanto os parlamentares, enquanto representantes do povo, têm direito a participar de um processo legislativo hígido na sua integralidade.

2.2.4.3 Do Mandado de Injunção

O artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, introduziu no ordenamento constitucional brasileiro um instituto denominado Mandado de Injunção, consignando que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne

¹⁰⁵ Alexandre de Moraes, em seu livro – Direito Constitucional, p.575/580, faz uma análise minuciosa da posição de cada ministro nessa discussão.

inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Esse instituto não é da tradição do direito brasileiro, tendo sido introduzido, assim como o mandado de segurança coletivo, apenas na atual Constituição.

No que tange à sua origem, há autores que defendem que ele teve inspiração no *Writ of Injunction* do direito norte-americano,¹⁰⁶ enquanto outros indicam que a semelhança no particular é apenas na nomenclatura, tendo em vista que o caso brasileiro tem campo de aplicação mais restrito, referentes apenas às liberdades constitucionais fundamentais, enquanto que nos Estados Unidos o instituto tem aplicação mais ampla, podendo ser manuseada até mesmo pra defesa de direito privado.¹⁰⁷

Há ainda quem defenda que a origem do instituto é o direito alemão, *Verfassungsbeschwerde*, art. 93, nº 4, da Lei Fundamental de Bonn) que permite a defesa de direitos constitucionais perante Tribunal Constitucional, após exaurida a jurisdição ordinária.¹⁰⁸

Entretanto, é possível que o Mandado de Injunção tenha inspiração no nosso próprio ordenamento jurídico, tomando como norte o mandado de segurança. Ele surgiu para dar resposta à crítica generalizada no sentido de que boa parte da Constituição não era efetivamente aplicada, porquanto não era regulamentada pelo legislador ordinário.

Nesse sentido, são requisitos para o ajuizamento dessa ação a existência de norma constitucional que assegure direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania e falta de norma regulamentadora, tornando impossível o exercício desses direitos,¹⁰⁹ ressaltando, contudo, que a soberania aqui protegida é popular e não a do país.¹¹⁰

O mandado de injunção, assim como a ação direta de inconstitucionalidade, incide apenas quando houver omissão legislativa, ou seja, quando determinado direito previamente assegurado na Constituição não puder ser usufruído, por falta de regulamentação. Nessa hipótese, em regra, o Supremo apenas notificava o órgão competente para a edição da norma que ele está em mora.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 446.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes – **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. p. 214.

¹⁰⁸ MARCIEL, Adhemar Ferreira apud CUNHA JUNIOR, Dirley da – **Op. Cit.** p. 129.

¹⁰⁹ LENZA, Pedro – **Op. Cit.** p. 583

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes – **Op cit.** p. 214.

Ressalte-se que não é toda omissão constitucional que autoriza o mandado de injunção, mas apenas aquelas expressamente acima consignadas.

Além do dispositivo acima citado, a Constituição tratou do instituto em mais quatro lugares, em todos eles disciplinando a competência, quais sejam: o art. 102, “q”, assegura ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar originalmente:

“o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Cabe ainda ao Supremo julgar recurso ordinário da decisão proferida em única instância pelos Tribunais Superiores quando a decisão for denegatória (art. 102, II, “a”), e recurso extraordinário quando a decisão recorrida violar a Constituição Federal (art. 102, III, “a”). No mesmo sentido, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar o mandado de injunção quando a ausência da norma for de entidade distinta daquela cuja competência seja do STF (art. 105, I, “h”) e aos Tribunais Regionais Eleitorais, com recurso ordinário para o Tribunal Superior Eleitoral (art. 121 § 4º, V), podendo tais normas serem replicadas nos estados-membros por intermédio de suas Leis de Organização Judiciárias locais.

Embora tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quanto o Mandado de Injunção sejam instrumentos jurídicos que atuam no campo da omissão, eles não se confundem; Aquela é processo objetivo, no sistema abstrato de controle de normas, com legitimados limitados aos expressamente consignados, sendo em regra o efeito *erga omnes*, podendo haver ou não a modulação e a tutelar a constituição; enquanto o Mandado de Injunção é processo subjetivo, que visa a tutelar o direito subjetivo de impetrante em um caso concreto; e os efeitos, em regra, deveriam alcançar apenas as partes.

Embora o Instituto tenha sido criado em 1988 para resolver o problema crônico da omissão do legislador, ele mesmo somente foi regulamentado em 2016, ou seja, 28 anos após sua criação, o que gerou comentários do tipo “o que foi sem nunca ter sido”.¹¹¹

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto – **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 170.

Nesse vácuo legislativo, coube à doutrina e à jurisprudência tentar fixar praticamente todo o arcabouço de apreciação desse novo instituto, gerando enormes divergências, que praticamente o tornou uma peça de decoração na Constituição Federal.

Nesse sentido, Pedro Lenza¹¹² resume as controvérsias doutrinárias citando as seguintes teorias: a) Posição Concretista Geral: apregoava que, na ausência da norma, invocando a normatividade geral o STF deviria, ao julgar um caso concreto, dar efeito *erga omnes* até que a matéria fosse regulamentada por quem tivesse competência para tal; b) Posição Concretista Individual Direta: Considerando que o instituto foi criado para ser utilizado no controle difuso, porquanto no concentrado já existe instituto assemelhado, qual seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão do Órgão Julgador deveria implementar o direito, mas beneficiando apenas o autor da ação; c) Posição Concretista Individual Intermediária: Segundo os defensores dessa corrente, ao analisar o caso concreto o Julgador fixaria um prazo para que o órgão competente regulamentasse a matéria e, não o fazendo, seria garantido ao autor da ação o exercício do seu direito; e d) Posição não Concretista: Nesse caso, a decisão apenas declararia a mora do órgão competente para editar a norma sem que o Julgador pudesse assegurar o efetivo direito do impetrante.

O cerne da controvérsia é determinar se o objetivo do mandado de injunção é garantir o exercício do direito do impetrante, por intermédio do suprimento judicial da omissão regulamentar ou se é apenas estimular que o tribunal notifique o órgão que deveria editar a norma para que este o faça.

A corrente concretista geral tem a utilidade de permitir que desde logo seja assegurado ao autor o exercício do direito postulado, entretanto, ao conferir efeito *erga omnes* à decisão, acaba por desconfigurar o sistema difuso do controle de normas que encontra no limite dos efeitos da decisão apenas entre as partes uma de suas principais características.

No que tange à teoria concretista individual, seja direta ou intermediária, ela tem o mérito de garantir o efetivo gozo de um direito garantido constitucionalmente ao autor, sendo que a intermediária ainda presta homenagem ao princípio da separação dos poderes ao oportunizar que o órgão competente edite a norma antes da concretização pelo judiciário, além de preservar o efeito da decisão apenas às partes envolvidas no processo, como é típico do controle difuso. Não obstante, sendo editado a norma pelo órgão competente, os efeitos da nova regulamentação alcançariam a todos.

¹¹² LENZA, Pedro - *Op. Cit.* p. 585/586.

Ao enfrentar a matéria pela primeira vez, o STF, no MI 107-3, de relatoria do Ministro Moreira Alves, embora tenha esboçado a divergência entre seus integrantes preferiu adotar a corrente não concretista. Nesse sentido, invocando o princípio da separação dos poderes, decidiu que caberia ao julgador, ao constatar a omissão, apenas expedir ofícios ao órgão competente para editar a norma que pudesse tornar efetivos os direitos constitucionalmente assegurados.¹¹³

De todas as correntes acima indicadas, o Supremo Tribunal Federal escolheu aquela com o potencial de tornar totalmente irrelevante o instituto, razão pela qual por longos anos ele não teve nenhuma utilidade prática.

Em relação à alegação de que a concretização do direito pelo julgador violaria o princípio da separação dos poderes não convence, na medida em que essa atribuição é concedida pela própria Constituição Federal, dentro do princípio que estabelece o controle e o equilíbrio entre os poderes. É com base nesse mesmo princípio que reside praticamente quase todo o controle de constitucionalidade de normas pelo Poder Judiciário, sem que, com isso, tenha-se reconhecido nenhuma violação à separação dos poderes.

Admitir que a finalidade do mandado de injunção é a simples declaração de inconstitucionalidade da omissão acaba por praticamente igualar esse instituto à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão que, como se sabe, não traz nenhum efeito prático imediato ao autor cujo exercício do direito está sendo obstado por ausência de norma. Não teria sentido que a Constituição tivesse criado dois institutos com a mesma finalidade e, ainda assim, que quem se sentir lesado pela omissão não possa lançar mão de um instrumento jurídico para fazer valer seu direito.

Analisando os fundamentos da corrente não concretista adotada pelo STF, José Afonso da Silva fazia duras críticas, ressaltando que não faz sentido dois institutos com a mesma finalidade e resultado prático duvidoso, porquanto o legislador não seria obrigado a suprir a lacuna; o constituinte em várias oportunidades negou a legitimidade ampla ao cidadão, não sendo razoável achar que ele o fez por via transversa do Mandado de Injunção; seria absurdo exigir que o titular de um direito concreto tenha que ajuizar duas ações para ter seu direito assegurado, sendo uma para garantir a regulamentação da lei e outra para sua

¹¹³ O posicionamento de cada ministro no julgamento desse mandado de injunção foi analisado detidamente por Alexandre de Moraes em seu Curso de Direito Constitucional p. 177/181.

aplicação. Nesse sentido, ele conclui que o objeto da decisão em Mandado de Injunção é a garantia imediata do direito concreto postulado.¹¹⁴

Após fortes críticas, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o MI 283-5, passou a admitir que fosse não apenas a notificação, mas que fosse fixado o prazo de 60 dias para que o órgão competente editasse a norma, sob pena de o autor ter a possibilidade de ajuizar ação própria para reparar o dano¹¹⁵.

No MI 232-1, de relatoria do ministro Moreira Alves, cuja decisão foi publicada no Diário da Justiça em 27 de março de 1992, o Tribunal passou a admitir que, se o prazo concedido para edição da norma não fosse cumprido, o autor passaria a exercer de imediato o direito postulado.

No mesmo sentido, a partir de 2007, ao analisar o direito de greve do servidor público que ainda não havia sido regulamentado, o STF passou a admitir o exercício desse direito, fixando que se deveria observar a lei que regulava a greve no setor privado e ainda estendeu esse direito para todos os servidores públicos, ou seja, deu efeito *erga omnes* à decisão.¹¹⁶

Na senda dessa nova orientação jurisprudencial, a Lei nº 13.300, de 23 de Junho de 2016, introduziu significativas alterações na regulamentação desse instituto, positivando premissas que já estavam sendo adotadas pela jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir, desde logo, que o tribunal não apenas fixasse os prazos para que o órgão competente suprisse a omissão normativa, mas também estabelecesse desde logo as condições em que o autor do direito subjetivo pudesse desde logo exercer tais direitos ou mesmo quais medidas deveriam tomar se o prazo fixado para o preenchimento da lacuna legislativa.

Tal norma ainda assegura a possibilidade de que o Mandado de Injunção seja coletivo e que os efeitos sejam *ultra partes* ou mesmo *erga omnes*, quando for necessário, permitindo, ainda que por decisão do relator, que ela seja aplicada a casos análogos após seu trânsito em julgado.

Sem dúvida, a possibilidade de se admitir a existência de Mandado de Injunção coletivo e de estender seus efeitos *erga omnes* aproxima em muito esse instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, diferenciando-se, praticamente, pelo simples fato

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 449.

¹¹⁵ Decisão publicada no **Diário da Justiça** de 14.11.91, p. 16.355-16.356.

¹¹⁶ Mandados de Injunções 670, 708 e 712, publicado no **Diário de Justiça da União** de 06/11/2007.

de que neste processo o tribunal apenas notifica o órgão julgador da omissão, enquanto no Mandado de Injunção se permite que o direito seja desde logo exercido por seu titular.

Evidencia-se, assim, que o legislador brasileiro, na ânsia de dar efetividade jurídica e estancar a enorme quantidade de processos semelhantes, mais uma vez atribui ao Mandado de Injunção, que é instituto de controle concreto, características típicas do controle concentrado, modelo esse que vai tornando o controle difuso em sua feição original praticamente limitada a juízes de primeira instância.

Em suma, atualmente se admite o mandado de injunção individual ou coletivo, cujo objeto é a tutela do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando ausente norma regulamentadora, cuja decisão pode assegurar desde logo o exercício do direito, podendo os efeitos da decisão ser estendido até mesmo *erga omnes*, entendendo-se por norma regulamentadora toda medida para tornar efetiva norma constitucional.

2.2.4.4 Do controle em sede recursal

A competência para o controle de constitucionalidade do STF inclui não apenas as ações originárias, mas também a esfera recursal, por intermédio de recurso ordinário ou extraordinário, institutos esses que, em regra, deveriam vincular apenas as partes envolvidas no caso concreto. Entretanto, tanto a jurisprudência da Colenda Corte quanto as legislações posteriores têm criado institutos que permitem elastecer os efeitos das decisões para alcançar quem não fez parte da relação processual. Nesse sentido, há, pelo menos, três institutos jurídicos que podem alcançar essa finalidade, a saber: a súmula vinculante, o reconhecimento da repercussão geral, a suspensão pelo Senado Federal da aplicabilidade da lei declarada inconstitucional em *incidenter tantum* pelo STF e, pelo menos, um com potencial de restringir tais efeitos.

Esses institutos serão a seguir apreciados, sendo que o foco desta pesquisa é preponderante analisá-los quanto à extensão ou restrição de seus efeitos.

2.2.4.4.1 Do Recurso Extraordinário

O instrumento mais comum a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade é o recurso extraordinário.

Para fins deste estudo, esse instituto será apreciado apenas como instrumento de controle de constitucionalidade, principalmente quanto aos seus efeitos, não sendo objetivo analisar todos os pormenores quanto aos seus aspectos processuais.

Esse recurso se encontra disciplinado no art. 102¹¹⁷ da atual Constituição Federal e tem como principais requisitos para sua utilização a necessidade de esgotamentos das vias recursais ordinárias, prequestionamento, ou seja, que a matéria tenha sido discutida nas instâncias inferiores e, em regra, que a violação constitucional seja de forma direta e não reflexa ou oblíqua, ressaltando, ainda, que, considerando a natureza extraordinária do recurso, nele não se pode analisar fatos e provas, mas apenas a questão de direito posta em debate.

Em princípio o recurso extraordinário visa apenas a tutelar os direitos subjetivos de seus autores, mas poderá eventualmente beneficiar terceiros, como quando o recurso tem como titular o Ministério Público.

Nesse sentido, Eduardo Schenato Pineiro¹¹⁸ sintetiza as funções desse recurso afirmando que:

“é um recurso dirigido ao STF e por este julgado quando dotado de repercussão geral, com a função de assegurar, por meio do interesse jurídico que se busca resguardar na causa, a aplicação uniforme tanto de lei federal, quando essa conflita com a aplicação de lei local, quanto da constituição Federal em todo o território federal”.

Em termos históricos, a decisão proferida no Recurso extraordinário tem efeito apenas entre as partes e *ex tunc*, como é típico do sistema difuso, salvo se o dispositivo declarado inconstitucional tiver sua aplicação suspensa por resolução do Senado Federal, hipótese em que os efeitos na prática se estenderão a todos.

¹¹⁷ "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ...omissis...III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) ...omissis... § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)."

¹¹⁸ PINEIRO, Eduardo Schenato - *Op. cit.* p. 191.

Assim, no particular nos interessa alguns elementos aplicados ao recurso extraordinário que possam permitir o elastecimento ou redução de seus efeitos normais, fatores esses que serão a seguir apreciados.

2.2.4.4.2 Da Resolução Editada pelo Senado Federal

Na concepção original da Constituição Federal de 1988, atualmente em vigor, em regra, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede controle difuso teria efeito apenas entre as partes, entretanto, esses efeitos poderiam ser potencializados.

Conforme já examinado, na Constituição de 1934 foi criada a possibilidade de dar maior efetividade quanto a seus efeitos à decisão do Supremo Tribunal Federal, quando declarasse a inconstitucionalidade de uma norma.

Nesse sentido, o art. 52, X, da Constituição Federal do Brasil de 1988, manteve essa tradição e fixou como competência do Senado Federal a possibilidade de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, o Senado Federal poderá suspender a execução dessa lei, no todo ou em parte, hipótese em que o ato normativo não produzirá mais efeitos futuros para ninguém, não prejudicando, contudo, quem já usufruiu do direito antes desse ato.

Vale ressaltar de plano que o Senado Federal, ao editar a Resolução, não declara a inconstitucionalidade da norma, mas apenas exclui a execução da Lei em todo o território nacional, o que implica, na prática, estender os efeitos da decisão do STF para todos. Essa foi a única hipótese prevista pelo constituinte para ampliar os efeitos de uma decisão proferida em controle difuso.

Barroso chama a atenção para a razão histórica desse instituto, ao analisar que o modelo de controle difuso brasileiro tem origem no direito americano, que prevê que as

decisões da Suprema Corte são vinculantes para os demais órgãos. Nesse sentido, a pretensão brasileira foi apenas de dar a mesma efetividade, mas por intermédio do Senado Federal.¹¹⁹

A comunicação ao Senado Federal pode ser feita pelo Procurador Geral da República, pelo próprio STF (art. 178 de seu Regimento Interno), ou mesmo por iniciativa de ofício.¹²⁰ O art. 386 do Regimento interno do Senado Federal prevê também reconhecimento da matéria quando foi apresentado projeto de resolução cuja iniciativa tenha sido da Comissão de Constituição e Justiça da própria Casa.

Embora a Constituição não traga expresse, é certo que esse dispositivo somente tem aplicabilidade quando a decisão do STF é proferida em sede de controle difuso, na medida em que, em regra, quando o processo é objetivo a própria decisão já tem o condão de retirar a norma do mundo jurídico, ao contrário do que ocorre no caso concreto em que o julgador apenas deixa de aplicar a norma por considerá-la contrária à constituição. Esse entendimento consta expressamente do art. 178 do Regimento Interno do STF.

Questão igualmente importante é determinar que tipo de norma pode ser suspensa pelo Senado Federal. Embora a exata redação do texto utilize a expressão “lei”, deve-se entender que esse termo foi utilizado em sentido amplo, ou seja, a toda e qualquer norma que tenha sido declarada inconstitucional, seja no plano formal ou material, porquanto o objetivo é impedir que uma norma contrária à constituição possa continuar produzindo efeitos.

Por outro lado, como o Senado não declara inconstitucionalidade nem tampouco a revoga, mas apenas amplia os efeitos de uma decisão da Suprema Corte, é razoável concluir que a suspensão deve-se limitar à parte da norma declarada inconstitucional, o mesmo ocorrendo com os efeitos temporais da decisão, ou seja, se o STF declarou que os efeitos da decisão são *ex tunc*, como é típico do controle difuso, esse também deverá ser o limite da resolução do Senado que pretender ampliar tais efeitos¹²¹. Em sentido contrário, José Afonso da Silva entende que a norma continua válida e produzindo efeito até sua suspensão pelo Senado, concluindo que os efeitos da decisão do Senado é apenas *ex nunc*.¹²²

¹¹⁹ BARROSO, Luis Roberto – **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p. 166.

¹²⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da - **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. p. 172.

¹²¹ Nesse sentido foi a decisão do STF proferido no MS 17.976, de relatoria do Ministro Amaral Santos, cuja ementa segue, *verbis*: "A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisórias, sendo impróprio o mandado de segurança." [em linha] <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114815>. Acesso em: 23 maio 2018.

¹²² SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 54

Importante debate jurídico diz respeito a determinar se a competência do Senado Federal na edição da resolução é discricionária ou vinculada. Os que entendem ser competência discricionária levam em consideração o princípio da separação dos poderes e da oportunidade e conveniência de o fazer, na medida em que a decisão é política e também não teria como obrigá-lo a editar a resolução. Por outro lado, os defensores da competência vinculada partem da premissa de que não se trata de uma faculdade, mas de um dever constitucional, tendente a evitar decisões díspares e provocar insegurança jurídica.

Não obstante essa discussão, tanto o Senado Federal¹²³ quanto o Supremo Tribunal Federal¹²⁴ já enfrentaram a matéria e concluíram ser uma faculdade e não uma obrigação, porquanto o Senado não é mero órgão homologador do STF, além de que, sendo uma decisão política, deve-se analisar também a oportunidade e a conveniência dessa suspensão.

Vale ressaltar que a decisão do STF acima indicada foi proferida ainda com base na Constituição de 1946, que incumbia essa competência ao Senado, enquanto a atual Constituição apenas prevê a possibilidade e não a obrigatoriedade.

Diversos autores vêm defendendo que no atual estágio de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil essa norma perdeu sua importância, na medida em que outro mecanismo assegura a atribuição de efeitos *erga omnes* das decisões do STF, seja em fiscalização difusa ou concentrada, havendo até mesmo quem proponha a aplicação da técnica “mutação constitucional” para que o significado do dispositivo seja apenas de atribuir ao Senado a faculdade de dar amplo conhecimento da decisão da Suprema Corte.¹²⁵

¹²³ Ao apreciar a mensagem encaminhada pelo Supremo em relação à declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 7.689/1988, a Comissão de Constituição e Justiça não suspendeu a execução da mencionada lei, por entender que ela era inconveniente, na medida em que afastava o a contribuição sobre o lucro líquido de pessoas jurídicas em um momento de crise econômica. Precedente analisado em BARROSO, Luís Roberto – O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 166.

¹²⁴ Na análise do Mandado de Segurança 7.248 de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal apreciando a matéria, ainda na vigência da constituição de 1946, que no art. 64 dispunha que incumbia ao Senado Federal suspender a execução no todo ou em parte de lei ou decreto declarados inconstitucional em decisão definitiva pela Corte Suprema, o ministro Victor Nunes Leal esboçou seu entendimento no sentido de que “o Senado Federal não é um autômato, compete-lhe ponderar sobre a conveniência de dar eficácia genérica a um pronunciamento do Supremo Tribunal em um caso concreto, pelo menos para verificar se não se trata de uma decisão ocasional, que eventualmente não expresse o verdadeiro pensamento do Tribunal.” [Em linha] <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=107246>. Acesso em: 24 maio 2018.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira – **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, p. 257 e 266.

2.2.4.4.3 Aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99

Antes da Emenda Constitucional 45/2004, prevalecia o entendimento do STF, ao analisar questões constitucionais em grau recursal, que os efeitos da decisão alcançavam apenas as partes e a eventual declaração de inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*.

Entretanto, como no Brasil se adota o sistema misto de fiscalização da constitucionalidade das normas, à Constituição Federal de 1988 são garantidos diversos institutos a serem utilizados no controle concentrado, entre os quais as ações diretas de inconstitucionalidade por ação ou por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, representação interventiva e a ação direta por descumprimento de preceito fundamental.

Veio a lume a Lei nº 9.868/99, com a finalidade de regulamentar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Essa nova lei disciplina, entre outros pontos, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas nas mencionadas ações.

A disposição legal está vazada nos seguintes termos:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Embora a lei disciplinasse apenas processo submetido ao sistema concentrado, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a aplicação desse dispositivo também a processo submetido ao sistema de controle concreto, uma dessas decisões foi proferida nos autos do recurso extraordinário 197.917-SP.

Nesse processo se discutia a constitucionalidade de norma municipal que fixava o número de vereadores superior à proporção entre a quantidade de habitantes no município e o número de representantes no legislativo local, prevista na Constituição Federal.

A Suprema Corte observou que a lei local fixou o número de 11 vereadores enquanto o permissivo constitucional máximo seria de 9. Assim sendo, se a regra de efeito imediato ou

mesmo *ex tunc* à decisão fosse seguida, a Câmara dos Vereadores deveria exonerar imediatamente dois de seus membros.

A Suprema Corte, contudo, concluiu que o cumprimento imediato da decisão poderia colocar em risco todo o sistema legislativo local, que já estava funcionando com os 11 vereadores. Nesse sentido, tomando decisão inovadora e invocando o princípio da segurança jurídica, resolveu aplicar a orientação contida no art. 27 da Lei nº 9.868/99 e modular os efeitos da decisão para o futuro, permitindo que a situação permanecesse como estava até a nova eleição municipal, ocasião em que se deveria reduzir o número de vereadores para 9.¹²⁶

No julgamento, o STF deixou claro que a modulação dos efeitos estava sendo adotada como medida excetiva, e não como regra, e que não deveria ocorrer de forma irrestrita, como bem pontuou o eminente ministro Joaquim Barbosa, no sentido de que “a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pressupõe a inequívoca excepcionalidade do quadro em que se insere a prestação jurisdicional. Tal excepcionalidade se caracteriza pelo risco extremo à segurança jurídica ou ao interesse social.”¹²⁷

O dispositivo legal em análise é de duvidosa constitucionalidade mesmo em relação ao controle concentrado, tendo em vista que quando de sua vigência a Constituição Federal admitia apenas a nulidade absoluta de lei inconstitucional com efeitos *ex tunc*, valendo ressaltar que por diversas vezes se tentou aprovar uma emenda constitucional que permitisse sua flexibilização sem que, até aquele momento tivesse alcançado êxito, hipótese que desautorizaria ainda mais sua aplicação no sistema difuso de controle.

Até então esse era o entendimento dominante naquela Corte, sendo certo que posteriormente houve substancial alteração no âmbito constitucional e legal que passou a

126 “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. [...] 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. RE 197.917-SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, disponível no sítio:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917%2EENUME+197917%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zk6anvt>. Acesso em: 28 nov. 2016.

¹²⁷ STF-AI 560.305-AGR, [em linha] acórdão disponível no site:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=407098>. Acesso em: 16 mar. 2017.

permitir aplicação generalizada não apenas na modulação dos efeitos temporais da decisão, mas também quanto aos elementos objetivos e subjetivos que serão a seguir apreciados.

2.2.4.4.4 Do Instituto da Repercussão Geral

O recurso extraordinário, de fato, está largamente inserido no sistema constitucional brasileiro desde seus primórdios, mas inicialmente apenas em seus parâmetros básicos, ou seja, como seus efeitos alcançando em regra apenas as partes litigantes no caso concreto.

Entretanto, a prática forense revelou que os tribunais superiores, de forma geral, e o STF, de forma específica, eram instados a decidir inúmeros recursos com o mesmo objeto. Nesse sentido, Rodrigo Cunha Veloso cita estatísticas, demonstrando que naquele ano foram protocolados mais de 100.000 (cem mil processos), somente na Suprema Corte, que, como se sabe, é composta de apenas 11 ministros, o que equivale a uma distribuição de aproximadamente mais de 10.000 (dez mil) para cada ministro julgar.¹²⁸

Essa situação ocasionava que os recursos levavam até mesmo dezenas de anos para serem julgados, provocando um acúmulo de processos, o que evidenciava a morosidade da Justiça e ainda gerava grande insegurança jurídica e a sensação de impunidade.

Visando a minorar esse problema, a Emenda Constitucional 45/2004 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a denominada repercussão geral, segundo a qual:

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

Nesse sentido, verifica-se que a emenda constitucional criou um novo pressuposto para a admissibilidade do recurso extraordinário, mas fez uso de um conceito legal indeterminado, na medida em que não explicita o conteúdo da expressão “repercussão geral”.

A Lei nº 11.418/2006 regulou a matéria, acrescentando os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil e, visando a dar concretude ao conceito legal indeterminado

¹²⁸ VELOSO, Rodrigo Cunha – **Análise de algumas problemáticas sobre os efeitos da repercussão geral no controle difuso de constitucionalidade**. p. 8.

previsto na Constituição, disciplinou que na análise da repercussão geral se deveria observar “o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Por esse instituto, o Supremo Tribunal Federal, antes de admitir a análise do recurso extraordinário, deverá primeiro reconhecer que a matéria discutida transcende aos interesses das partes, mas que interessa a uma coletividade maior.

A mesma Lei Regulamentadora passou a exigir que a repercussão geral fosse demonstrada em preliminar de recurso, bem como adaptou o quórum de 8 ministros exigidos para o Tribunal Pleno pela Constituição, para 4 ministros para o julgamento em cada Turma, hipótese em que se dispensaria a remessa ao Pleno.

Embora a Lei tenha fixado parâmetros mais específicos para a configuração da repercussão geral, mesmo assim ainda deixa a matéria ao critério do julgador, na medida em que não definiu objetivamente o que configura repercussão geral, apenas indicando o campo em que as matérias poderiam estar inseridas para serem consideradas relevantes.

Em relação ao quórum, o que a Lei fez foi adotar a mesma proporção exigida pela Constituição para o Tribunal Pleno, o equivalente a 4/5, visto que efetivamente os recursos extraordinários são julgados pelas Turmas e não pelo Pleno. Entretanto, tenho que a fixação desse quórum configura desrespeito ao texto constitucional, que exige o mínimo de 8 ministros para rejeitar a existência de repercussão geral.

É certo que, quando da edição da Emenda Constitucional 45/2004, já estava em vigor o regimento do Supremo Tribunal Federal e era fato público e notório que o Tribunal é dividido em duas Turmas, bem como que o recurso extraordinário é julgado por uma dessas Turmas, razão pela qual, se esse fosse o objetivo, o constituinte teria de plano fixado a quantidade de votos necessários nas turmas e, não o fazendo, por certo pretendia que, considerando que se presume que as matérias que chegam à Suprema Corte sejam de interesse de uma gama maior de jurisdicionados, exigiu que o recurso extraordinário somente não fosse admitido com base nesse novo pressuposto recursal se a maioria qualificada de 8 ministros firmasse entendimento de que tal matéria não tinha repercussão geral, ou seja, limitava-se apenas aos interesses dos litigantes no caso concreto.

Não por outra razão o Regimento Interno do STF prevê que a análise da repercussão geral seja feita pela composição Plena, geralmente em Plenário Virtual, em que o Ministro

Presidente ou o relator indica sua proposta de acolhimento ou não e os demais ministros apresentam seus votos em 20 dias.¹²⁹

Embora o recurso extraordinário seja apresentado no Tribunal *a quo* para análise dos pressupostos recursais, a Constituição restringiu a análise desse novo pressuposto apenas ao Supremo Tribunal Federal.¹³⁰

Para fins da presente pesquisa, a maior relevância diz respeito em determinar quais são os efeitos da decisão da Suprema Corte que reconhece ou não a repercussão geral. Nesse sentido, Barroso esclarece que: “Na prática, tendo sido reconhecida a repercussão geral, ficam sobrestados os recursos versando sobre a mesma controvérsia e, uma vez julgado o mérito da repercussão geral pelo STF, os demais órgãos jurisdicionais deverão seguir essa orientação”.¹³¹

Embora a decisão do STF não produza, de imediato e obrigatoriamente, os mesmos efeitos em todos os processos que abordem a mesma matéria, na medida em que os tribunais de instâncias inferiores podem não seguir tal orientação, na prática o que se espera é que os demais juízes e tribunais passem a adotar o mesmo entendimento, sob pena de a decisão contrária a esse entendimento ser cassada em sede de recurso extraordinário. É uma vinculação material, embora não formal.

Entretanto, como a decisão não tem força vinculante formal, ou seja, os tribunais não são obrigados a seguir essa decisão nos demais processos que envolvam a mesma matéria, a não observância dessa orientação, salvo no caso concreto apreciado pela Suprema Corte, não poderá ser atacado por reclamação constitucional, na medida em que esse instituto tem como campo de atuação preponderante a manutenção da autoridade da decisão proferida por tribunais superiores, no caso, o Supremo Tribunal Federal.¹³²

¹²⁹ "Art. 323 Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral." [Em linha] <http://www.stf.jus.br/arquivo/CMS/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 24 ago. 2018.

¹³⁰ Não obstante a clareza da limitação constitucional, o STF decidiu questão de ordem, no sentido de que a análise do pressuposto recursal da repercussão geral pode e dever ser feito tanto pelo tribunal a quo quanto pelo ad quem, ressaltando, contudo, a análise final se há ou não a efetiva repercussão geral caberia à Suprema Corte (decisão proferida em 18/06/2007, no proc. AI-QO – 664.567-2, oriundo do Rio Grande de Sul, cuja relatoria foi do Ministro Sepúlveda Pertence. [Em linha], <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485554>. Acesso em: 29 maio 2018.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto - *Op. Cit.* p. 149.

¹³² Nesse sentido, foi a decisão proferida pelo STF na Reclamação 5.735: “1. Não cabe reclamação para assegurar a autoridade de ato judicial que não possui efeito erga omnes. 2. As circunstâncias que autorizam a propositura de reclamação – preservação da competência dessa Corte e a garantia da autoridade de suas decisões,

Vale ressaltar que, uma vez reconhecida a repercussão geral, ela paralisa todos os processos que versem sobre a mesma matéria no país inteiro, até que o mérito seja julgado ou até um ano. Não sendo julgado, os processos suspensos voltam aos seus trâmites normais, conforme disposto no art. 1.035 do atual Código de Processo Civil.

O STF vem admitindo também a presença do *amicus curiae* nos processos submetidos ao regime da repercussão geral, hipótese que seria impensável se os efeitos se restringissem apenas às partes litigantes.

Esse tem sido mais um instrumento jurídico de que se tem valido o legislador brasileiro para estender os efeitos jurídicos de uma decisão proferida no controle difuso, fazendo com que a decisão seja aplicada nos demais processos que versem sobre o mesmo tema. Novamente saímos de um caso subjetivo para atribuir efeitos objetivos e *ultra partes*.

Pesquisa realizada no sítio da Suprema Corte demonstra que aproximadamente 1.000 (mil) temas já foram submetidos à análise do requisito da repercussão geral, sendo reconhecida em torno de 70% e rejeitada em aproximadamente 30%.¹³³

Diante desse novo instituto, surge novamente o questionamento se ainda se justifica a existência de um controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.4.4.5 Da Súmula Vinculante

É fato público que o Poder Judiciário brasileiro não tem tido condições de julgar em tempo satisfatório os milhões de ações que ingressam no sistema todos os anos, acarretando a sensação de que, por mais que se trabalhe ou mesmo aumente a quantidade de juízes e tribunais, a justiça é morosa.

Isso ocorre por várias razões, entre as quais a excessiva facilidade decorrente da concessão da justiça gratuita ao que dela necessita, sendo exigido na prática apenas que se declare pobre, aliado a um sistema processual que permite uma quantidade de recursos em cada processo que podem chegar a dezenas antes de efetivamente ocorrer o término do

aquelas cuja eficácia estenda-se orga omnes e vincule a Administração Pública e o Poder Judiciário.” [em linha] <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606657>. Acesso em: 05 jun. 2018.

¹³³ Informação extraída do endereço eletrônico: C:\Users\TRT\Downloads\Total_RG_Geral.mhtml. Acesso em: 06 jun. 2018.

processo com o seu trânsito em julgado, principalmente quando utilizados por bons advogados.

É fato também que em muitos processos ajuizados no país inteiro se discutem as mesmas matérias, obrigando o mesmo julgador a analisar e julgar a mesma matéria inúmeras vezes. Nesse sentido, a edição de súmulas poderia facilitar a divulgação do entendimento das cortes sobre determinada matéria e assim acelerar os julgamentos.

Pedro Lenza vê a origem do “direito sumular” no Brasil a partir das Ordenações Manuêlinas de 1521, com a criação dos denominados “assentos”, posteriormente transformados em Assentos da Casa de Suplicação pelas Ordenações Filipinas, institutos que foram definitivamente abolidos no Brasil pela Constituição de 1891.¹³⁴

Entretanto, a partir de 1963 o Supremo Tribunal Federal passou a prever em seu Regimento Interno a edição de Súmula de Jurisprudência Dominante, ainda que sem força vinculante, possibilitando que os julgamentos fossem mais céleres na medida em que se poderia apenas invocar tais enunciados. Essa prática se disseminou nos demais tribunais superiores.

É nesse contexto que a Emenda Constitucional 45/2004, também conhecida como reforma do judiciário, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro outro instituto, qual seja, a Súmula Vinculante, e o fez acrescentando o art. 103-A à Constituição¹³⁵. A matéria foi regulamentada pela Lei nº 11.417/2006.

A doutrina faz diversas distinções entre súmula e precedente vinculante. Na Súmula o entendimento vinculante já é resumido e publicado pela corte julgadora, enquanto no precedente cabe também aos demais operadores do direito extrair da decisão os pontos que foram decididos e serão vinculantes e; a súmula exige processo formal e quórum qualificado,

¹³⁴ LENZA, Pedro - *Op. Cit.* p. 434.

¹³⁵ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

enquanto no precedente basta a maioria simples do colegiado, o que torna o sistema de precedentes mais flexível.¹³⁶

Em relação à legitimidade, ela é ampla, na medida em que pode ser tomada de ofício pelo próprio STF ou por provação dos mesmos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade disposta no art. 103, entre os quais se inclui os chefes dos Poderes Executivo (federal, estadual e municipal), Legislativo (estadual ou federal), Ministério Público, Conselho Federal da OAB, além dos tribunais e outras entidades de âmbito nacional.

Em relação ao objeto, o campo também é vasto, porquanto alcança a validade, a interpretação ou mesmo a eficácia de normas federais, estaduais ou mesmo municipais que tenham o condão de causar divergências relevantes entre os órgãos do Poder Judiciário ou mesmo entre esses e a Administração Pública.

Contudo, são requisitos para que edição de súmula vinculante que tenha havido reiteradas decisões da Suprema Corte sobre a matéria e conte com a aprovação de pelo menos 2/3 (dois terços) de seus integrantes. A norma também não fixa quantas decisões devem ter sido tomadas para que se autorize a edição de uma súmula vinculante, ficando a critério do próprio tribunal, que ainda poderá analisar outros fatos, entre os quais a conveniência e a oportunidade.

Em relação aos efeitos subjetivos da decisão, eles são os mais amplos possíveis, na medida em que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário, do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal, incluindo a administração pública direta, indireta, autárquica ou fundacional.

Embora, em regra, a edição de súmula vinculante tenha eficácia imediata, a lei regulamentadora em seu art. 4º ainda foi além do texto constitucional e permitiu que o Supremo Tribunal Federal, invocando os princípios da segurança jurídica ou de excepcional interesse público, pudesse modular os efeitos da decisão, permitindo que fossem apenas *ex nunc* ou em qualquer outro momento fixado na decisão, desde que contasse com a aprovação de 2/3 dos seus membros, mesmo quórum fixado para a edição da própria súmula vinculante.

Nesse sentido, é possível concluir que a súmula vinculante difere da repercussão geral, na medida em que esta é prévia ao julgamento, enquanto naquela pressupõe a existência de diversos julgados da Suprema Corte sobre o mesmo caso já transitado em julgado. Como o

¹³⁶ BASTO, Carlo Pereira de Lemos – **Precedentes vinculantes e jurisdição constitucional**. p. 141/143.

efeito é *erga omnes* e vinculante, a decisão que desrespeitar a decisão é passível de ser atacada por reclamação, o que não ocorre no caso da repercussão geral.

As razões que se têm apresentado para a adoção da Súmula vinculante, entre as quais: o aumento da litigiosidade que no Brasil ultrapassam os milhões todos os anos, repetição de ações envolvendo as mesmas questões constitucionais e a presença massiva de termos polissêmicos na legislação, que produz interpretações proativas e díspares pelos juízes e tribunais, causando decisões díspares que acabam por fomentar ainda mais o ajuizamento de ações, que serviriam para quase todos os institutos que se estão adotando no Brasil para aproximar o controle difuso do concentrado.¹³⁷

De todos os institutos estudados até agora nenhum deles tem um alcance tão grande quanto esse, devendo-se ressaltar que no sítio da Suprema Corte constata-se que atualmente já foram aprovadas cerca de 56 súmulas vinculantes e as propostas de edição de súmula nesse sentido já chegam a 131.¹³⁸

2.2.4.4.6 Da Mutação Constitucional

Conforme já assentado nesta pesquisa, a Constituição existe para regulamentar os elementos básicos do Estado e, por essa razão, deve gozar de supremacia sobre as demais normas e ser a mais duradoura possível. Nesse sentido, faz-se necessário que ela seja preponderantemente rígida, ou seja, que para sua alteração seja exigido um processo mais complexo, observando, ainda, diversas restrições tanto em seus aspectos materiais quanto formais.

Inobstante, considerando que a realidade social é dinâmica, não é possível que a Constituição seja imutável, sob pena de se tornar anacrônica e perder a respeitabilidade. Nesse sentido, os diversos ordenamentos constitucionais têm se valido da via formal para a alteração da Norma Maior, por adoção de institutos como as Emendas e as Revisões constitucionais.

¹³⁷ Essas questões são apresentadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Op cit., p. 104/106.

¹³⁸ Dados extraído do sítio do STF:

<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPropostaSumulaVinculante>. Acesso em: 06 jun. 2018.

É possível, ainda, que haja, em menor nível, alguma alteração pela via informal da interpretação, por intermédio de técnicas de interpretação sem que o próprio texto seja alterado, sendo necessário fixar quais são os limites dessa alteração. É nesse campo que se insere o instituto da mutação constitucional.

O estudo desse instituto no presente estudo se justifica, na medida em que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, recentemente, pelo menos aparentemente, tem se valido da aplicação da mutação constitucional em alguns casos que são, no mínimo, questionáveis, na medida em que tais decisões, a pretexto de preservação da Constituição, acabam por desconfigurar ou mesmo violar esse Diploma Maior.

Luiz Roberto Barroso conceitua mutação constitucional afirmando que “consiste em uma alteração do significado de determinada norma, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.”¹³⁹ Canotilho, por sua vez, qualifica a mutação como sendo um instituto que “muda o sentido sem mudar o texto.”¹⁴⁰

No mesmo sentido, Kildare identifica a mutação como sendo um método informal de modo progressivo, lento e pouco perceptivo de alteração do significado, sentido ou alcance do texto constitucional.¹⁴¹

A mutação não deve ser confundida com a interpretação, porquanto, para que esta ocorra de forma legítima, se faz necessário que o termo a ser interpretado comporte polissemia, para que o intérprete possa aferir qual desses sentidos melhor explica a norma, enquanto naquele o que se pretende é buscar um sentido que não está expresso no normativo.

Barroso resume essa diferença afirmando que a mutação por intermédio de interpretação consiste na mudança de sentido da norma constante de uma interpretação anterior dada, ou seja, a norma passa a ter um sentido oposto ao que fora dado anteriormente.¹⁴²

A reforma da Constituição é a modificação do texto pelos procedimentos definidos pelo próprio constituinte, suprimindo ou alterando o texto, enquanto que a mutação não se

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 160.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 231.

¹⁴¹ KILDARE, Gonçalves Carvalho – **Direito Constitucional**. p. 290.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 165.

altera o texto, mas o significado e o sentido interpretativo.¹⁴³ Entretanto, surge a controvérsia em se determinar quais os fundamentos jurídicos e os limites dessa mutação.

É fato que a evolução social ocorre de forma mais rápida do que a normativa, principalmente quando se está diante de uma Constituição rígida. É nessa discrepância que os defensores da aplicação desse instituto o justificam. Em outras palavras, seria mais fácil alterar a Constituição por intermédio da mutação do que pela emenda constitucional.

Não seria desarrazoado lembrar que uma Constituição rígida existe exatamente para dificultar sua alteração, permitindo que ela seja modificada somente quando a coletividade efetivamente compreenda que ela deve sofrer alteração para continuar representando os ideais dessa comunidade. Apoiar a mutação constitucional, principalmente pela via jurisdicional seria, salvo melhor juízo, negativa da própria razão de existir da Constituição rígida.

De forma geral, é possível identificar de forma objetiva pelo menos dois tipos de mutação constitucional, ou seja, as que preservam o texto ou o espírito da Constituição e aquelas que atentam contra sua literalidade.¹⁴⁴

Tratando a matéria com os cuidados que o tema exige, Canotilho¹⁴⁵ parece admitir a primeira hipótese de mutação, ao afirmar que ela não poderia contrariar os princípios estruturais, políticos e jurídicos da Constituição. Por outro lado, ele é reticente quando a mutação produz alteração radical no sentido e claramente contra quando a mutação fere a literalidade do texto constitucional.

O mesmo autor considera que seria radical a interpretação do art. 36º, 1,¹⁴⁶ da Constituição Portuguesa, que incluísse também o casamento entre pessoas do mesmo sexo. No mesmo sentido, considera como mutação inaceitável aquela defendida pela corrente que propõe a interpretação da Constituição a partir das normas infraconstitucionais, com o fundamento de que elas estão mais próximas dos fatos. Ele chama a atenção para o fato de que isso corresponderia a uma Constituição paralela. Assim, conclui chamando atenção para o

¹⁴³ LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. p. 60

¹⁴⁴ Kildare cita a classificação elaborada por Hsü Dau-Lin reconhecendo quatro hipóteses de mutação, a saber: “1 – mutação constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita; 2 – mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; 3 – mutação constitucional em razão da prática que contradiz a Constituição; 4 – mutação constitucional mediante interpretação”. Op. Cit. p. 290.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 232/233.

¹⁴⁶ “Artigo 36.º Família, casamento e filiação. 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”

fato de que, muitas vezes, as diferenças entre uma mutação constitucional e outra inconstitucional são quase imperceptíveis.

Ainda abordando a mesma temática da mutação, Barroso observa dois limites: os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado e os princípios fundamentais que dão identidade à Constituição. Fora desses parâmetros, deve-se convocar o poder constituinte.¹⁴⁷

Feitas essas considerações teóricas, passa-se à análise de três recentes e importantes casos concretos de aplicação de mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

O primeiro caso que será apreciado diz respeito à interpretação do art. 226 da Constituição Federal, que disciplina a formação da família, abordando as figuras do casamento e da união estável.¹⁴⁸

O dispositivo está inserido no capítulo que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso e é expresso em conceituar que considera entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher ou por um dos pais e seus descendentes, deixando claro, ainda, que os poderes e deveres da sociedade conjugal podem ser exercidos pelo homem ou pela mulher.

Essa norma constitucional de 1988 já representava um grande avanço, na medida em que já atribui ao casal e não mais apenas ao homem a representação da família, além do fato de que também reconhecia como família a união estável.

Se Canotilho, ao apreciar a Constituição Portuguesa, já achava que seria desarrazoado concluir que a previsão genérica de casamento já inclui o relacionamento homoafetivo, com muito mais razão não seria razoável concluir que o constituinte brasileiro incluiu no conceito de entidade familiar o relacionamento homoafetivo ou mesmo o poliafetivo.

Isso ocorre porque o texto nem sequer afirma que a entidade familiar é composta por duas pessoas, ainda que não identificasse o sexo, pelo contrário, é expresso no sentido de que tem que ser um homem e uma mulher. A conclusão lógica é que não estão ao abrigo dessa

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 162/163.

¹⁴⁸ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

norma outras formas que não a expressamente consignada, posicionamento esse que é da tradição do direito brasileiro.

Entretanto, não se nega que parte da sociedade tem valores diferentes do que tinha quando da promulgação da atual Constituição. Por isso, têm sido propostas diversas alterações legislativas com a finalidade de estender esse conceito, sendo que até o momento não se logrou êxito de alterar a Carta Magna.

Diante dessa tensão, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a apreciar duas ações em que se discutia a constitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil, que também reconhecia como entidade familiar apenas o relacionamento entre um homem e uma mulher.¹⁴⁹

O processo teve a relatoria do eminente Ministro Ayres Brito que, segundo alega, fez uma interpretação conforme caráter não reducionista do termo família. No corpo do seu voto chega a afirmar que:

“a Constituição Federal não faz a menor diferença entre família formalmente constituída e aquela existente de fato. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”.

Embora conste do acórdão que se fez uma interpretação conforme não reducionista, é pouco provável que essa técnica tenha efetivamente sido utilizada, na medida em que seria necessário que os termos utilizados no texto constitucional comportassem vários sentidos, entretanto, ao contrário, utiliza expressamente os termos “um homem e uma mulher” como sendo os elementos que compõem a entidade familiar. Seria difícil compreender como um homem não é um homem e como uma mulher não é uma mulher na visão do constituinte.

Salvo melhor juízo, o Tribunal efetivamente se valeu da técnica de mutação constitucional, na medida em que atribuiu aos termos significados opostos ao que efetivamente têm tanto na percepção jurídica quanto da maioria da população.

¹⁴⁹ Decisão proferida na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.277/ DF, disponível no endereço eletrônico do STF: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>. Acesso em: 12 jun. 2018.

Vale ressaltar que não se pretende fazer aqui uma análise valorativa de nenhum dos tipos de relacionamentos entre pessoas, mas apenas de uma análise jurídica da utilização do instituto da mutação, mormente consideração o princípio da supremacia constitucional sobre todos os Poderes da República.

O segundo caso a ser analisado diz respeito à possibilidade de prisão aos condenados em segunda instância.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal vigente afirma expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” Uma sentença transita em julgado quando ela não pode mais ser atacada por nenhum recurso¹⁵⁰, embora ainda possa ser objeto de ação rescisória e revisão criminal.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro prevê algumas hipóteses de prisão antes do trânsito em julgado, mas essas medidas têm caráter provisório e cautelares. Nesse sentido, o art. 283 do Código de Processo Penal é expresso no sentido de que:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

A prisão preventiva é cabível apenas para garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou quando descumpridas outras medidas cautelares impostas. Nos demais casos caberá apenas a prisão provisória.

Entretanto, não obstante a clareza desses dispositivos, o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar a possibilidade de prisão a partir da condenação em segunda instância, ou seja, sem que tenha efetivamente ocorrido o trânsito em julgado da decisão.

Nesse sentido, ao apreciar o *habeas corpus* 126.292¹⁵¹, o Tribunal concluiu que a execução provisória da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição não viola a presunção de inocência prevista no texto constitucional.

¹⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa – **Novo Processo Civil Brasileiro**. p. 187/188.

¹⁵¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação,

Ocorre que não se está apenas discutindo os diversos sentidos atribuídos pela doutrina ao princípio da presunção de inocência, mas a opção do legislador brasileiro que expressamente exige que, salvos nos casos cautelares, o cumprimento da pena somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da decisão, o que somente se dá quando não é mais possível atacar a decisão por nenhum recurso previsto no ordenamento jurídico.

Não se discute que o mencionado dispositivo constitucional alberga o princípio da presunção de inocência, mas além disso ele optou por uma aplicação mais garantista ao exigir que a prisão somente ocorresse após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Também neste caso tem-se que foi utilizado o instituto da mutação constitucional, na medida em que se atribuiu ao um novo significado ao conceito de trânsito em julgado, sob a alegação de que aos fatos e provas somente podem ser analisados até o segundo grau de jurisdição e não em sede de recursos de cunho extraordinário que, como se sabe, têm a finalidade de preservar a uniformização da lei federal ou da própria Constituição.

O terceiro caso que se pretende analisar aqui diz respeito ao disposto no art. 52, X, da Constituição Federal que atribui ao Senado Federal a prerrogativa para suspender, no todo ou em parte, lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, dispositivo esse que foi apreciado quanto ao seu conteúdo em tópico anterior.

Na concepção constituinte originário a decisão do STF em controle difuso tinha efeito apenas entre as partes, cabendo ao Senado Federal estender esses feitos *ultra partes*, por intermédio da suspensão da aplicação em todo o território nacional da parte declarada inconstitucional.

Ocorre que, com as diversas alterações constitucionais, foram previstos institutos como repercussão geral e súmula vinculante, além da edição de normas infraconstitucionais que também atribuíram ação popular, ação civil pública e mesmo ao mandado de injunção a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão pelo próprio órgão jurisdicional, tornando letra morta a exigência constitucional de intervenção do Senado Federal.

Diante desse quadro, há quem defenda, e entre eles se encontra o ministro Gilmar Mendes¹⁵² do Supremo Tribunal Federal, que se aplique o instituto da mutação constitucional, para atribui novo sentido à disposição do art. 52, X, da Constituição Federal, ou seja, a

ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. STF-HC 126.292, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, in DJE de 17/05/2016, Ata 71/2016.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira – **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. p. 280.

atuação desse órgão teria apenas o condão de dar visibilidade ou amplo conhecimento à decisão da Suprema Corte e não mais a função de suspender a execução da lei.

Essa controvérsia foi abordada pela Suprema Corte na análise da Reclamação 4335, na qual se discutia a extensão dos efeitos da decisão do STF proferida no *habeas corpus* 82959, em fevereiro de 2006, que declarou inconstitucional o art. 2º da Lei nº 8.072/90. Naquela decisão se autorizou a progressão de regime para crimes hediondos, hipótese que havia sido vedada pela mencionada Lei.

No julgamento da Reclamação os Ministros Eros Graus e Gilmar Mendes defenderam o acolhimento da ação por entender que as decisões do STF já têm o condão de que seus efeitos se estendam *ultra partes*, ainda que em controle difuso, porquanto a resolução do Senado teria apenas o efeito de dar publicidade à decisão. Vale ressaltar que a ação foi admitida por outro fundamento, qual seja, a violação de súmula vinculante editada apenas 3 anos após a decisão.

É certo que o STF ainda não tem entendimento majoritário para adotar a mutação constitucional aqui analisada, mas é provável que esteja em vias de o fazer em breve.

Historicamente a resolução do Senado tem o condão de suspender a execução da lei e não apenas de dar publicidade a uma decisão do STF, porquanto ao ser publicada em órgão de publicação nacional, seja no Diário Oficial ou mesmo no Diário de Justiça Eletrônico, os julgados já se tornam públicos.

A aplicação da mutação ao caso em análise equivaleria, na prática, a uma revogação desse dispositivo constitucional.

2.2.5 Considerações finais

Do que foi abordado neste capítulo, é possível afirmar que o sistema de fiscalização de normas no Brasil tornou-se muito complexo, mantendo o que tem sido chamado de controle misto, ou seja, ele pode ser feito tanto na forma difusa, cuja competência é atribuída a todos os juízes e tribunais do país em sua composição plena, mas não pode ser feito por órgão fracionário, ante a exigência da cláusula de reserva de plenário, como também de forma concentrada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

O controle pode ainda ocorrer de forma preventiva ou repressiva, sendo necessário o esgotamento da via recursal para que a matéria possa ser apreciada definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal, que o fará por intermédio da apreciação de recurso extraordinário.

É certo que o controle de constitucionalidade no Brasil tem sido um campo fértil para a atuação legislativa a partir da vigência da Constituição atual, promulgada em 1988. Nesse sentido, são vários os institutos que possibilitam à Suprema Corte realizar a fiscalização de forma concentrada, entre os quais a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Ação ou por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação por Descumprimento de Preceitos Fundamentais e a Ação Interventiva, em todas elas a decisão tem efeito *erga omnes* e pode haver a modulação dos efeitos temporais.

Nesse sentido, vale ressaltar a constatação de Gilmar Mendes, para quem:

“a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103) permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.¹⁵³

Por outro lado, é no controle difuso que tem havido mais densificação legislativa, com a criação de novos institutos, como a Repercussão Geral, a Súmula Vinculante e a adoção da regulamentação assegurada no art. 28 da Lei nº 9.868/99, além da ampliação do alcance dos efeitos de institutos como a Ação Civil, Pública, a Ação Popular e o Mandado de Injunção, sendo que todas essas alterações tenderam a permitir a ampliação do alcance da decisão no seu aspecto subjetivo, permitindo que os efeitos não se restrinjam apenas às partes envolvidas no caso concreto, mas a algumas outras pessoas não incluídas na demanda original (*ultra partes*) ou mesmo vincular a todos (*erga omnes*).

Essa ampliação dos efeitos da decisão ocorreu não apenas no campo subjetivo, mas também no temporal, na medida em que se pode atribuir o tradicional efeito *ex tunc*, típico do controle difuso, mas avançar também para permitir que uma decisão que tenha declarado determinada norma incompatível com a Constituição produza efeitos apenas *ex nunc* ou em qualquer momento no futuro (*in futuro*).

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira – **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. p. 208.

Essas alterações legislativas, embora pretendessem fortalecer o princípio da supremacia da constituição, não primaram para simplificar ou dar maior coerência ao sistema, gerando, em várias hipóteses, sobreposição de um instituto sobre o outro ou mesmo do sistema difuso sobre o concentrado e vice-versa.

Um exemplo claro da sobreposição é a possibilidade de aplicação das normas previstas na Lei nº 9.868/99 quanto à ampliação dos efeitos da decisão, sabidamente ligada ao sistema concentrado, ou seja, atribuir efeito *erga omnes* a uma decisão proferida em análise de um caso concreto, quando o art. 52, IX, da Constituição Federal exige que a ampliação desses efeitos somente poderia ocorrer por intermédio de Resolução do Senado Federal.

Assim sendo, teríamos a aplicação de um instituto legal previsto para regular o controle concentrado, sendo utilizado para praticamente tornar sem efeito uma norma constitucional cuja finalidade era disciplinar o processo difuso, conforme já anteriormente examinado. O contrário também pode ocorrer, ou seja, que um instituto previsto para ser usado o sistema difuso acabe por tornar irrelevante um outro concebido para o concentrado. Nesse sentido, o Mandado de Injunção, nos moldes em que é disciplinado atualmente, ao permitir a imediata implementação do direito perseguido não só às partes envolvidas no processo que discute um caso concreto, mas com efeito *erga omnes* torna a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de pouca utilidade.

Também não se pode olvidar que a possibilidade da suspensão dos processos que se encontram tramitando nas instâncias inferiores, quando a causa esteja em sede de controle difuso, como ocorre na hipótese de aplicação da Repercussão Geral, causa enorme prejuízo ao jurisdicionado, na medida em que tais suspensões têm ocorrido por anos a fio, à espera que o STF dê definitivamente uma decisão.¹⁵⁴

Vale ressaltar que nesse particular o ordenamento jurídico brasileiro fez opção totalmente oposta ao português, que mantém incólume a separação de ambos os sistemas e nem sequer permite que um tribunal suspenda a tramitação de um feito, ainda que a matéria

¹⁵⁴ Já ocorreram mais de 1000 caso em que a repercussão geral foi apreciada, conforme está disposto no endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoInformacaoGeral/anexo/Edio53.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

esteja sendo objeto de análise no controle concentrado pelo Tribunal Constitucional, como ocorreu no julgamento do processo 257/97 ¹⁵⁵.

Ainda se deve lamentar que com todo esse aparato jurídico o legislador brasileiro não assegurou a possibilidade de que a matéria constitucional pudesse ser levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal de forma mais célere, com a possibilidade de recurso extraordinário imediato, permanecendo a sistemática de se exigir o esgotamento das instâncias ordinárias, o que somente ocorre depois de muitos anos de a matéria ter sido debatida nas cortes inferiores, gerando ainda mais insegurança jurídica.

A admissão de recurso imediato para o Supremo Tribunal Federal traria celeridade e segurança jurídica e permitiria, ainda, a manutenção de cada sistema de controle independente entre si nas suas feições teóricas originais.

Nesse sentido, não seria desarrazoável questionar se realmente há justificativa teórica e jurídica na manutenção de ambos os sistemas no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que eles se encontram misturados em seus efeitos.

Após a análise dos instrumentos utilizados pela legislação brasileira no controle difuso, no próximo capítulo será analisado, ainda que de forma não tão exaustiva, as opções adotadas pelo direito comparado, a saber, os ordenamentos jurídicos português, norte-americano e alemão.

¹⁵⁵ Proc. Nº 256/97, Plenário, Rel.: Consª Maria Fernanda Palma, disponível no sítio: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980200.html>. Acesso em: 29 nov. 2016.

CAPÍTULO III

3 CONTROLE DIFUSO NO DIREITO COMPARADO

Após a análise do controle difuso no ordenamento jurídico brasileiro, no presente capítulo serão analisados a forma em que é feito o controle difuso nos ordenamentos jurídicos português, americano e alemão, tendo em vista a relevância e a influência desses países na formação do direito brasileiro, principalmente em sede de Direito Constitucional.

3.1 Controle Difuso no Ordenamento Jurídico Português

A Constituição portuguesa consagra o entendimento no sentido de que são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

O ordenamento jurídico português também adotou um sistema misto de fiscalização de constitucionalidade das normas, reconhecendo expressamente tanto o concentrado quanto o difuso. Entretanto, ao contrário do que ocorre no Brasil, a Constituição Portuguesa em vigor prevê apenas o controle jurisdicional e não mais o político.

O controle difuso deve ser realizado por todo e qualquer tribunal, na medida em que o art. 204 da Constituição da República Portuguesa (C.R.P) é expresso no sentido de que “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

Dessa orientação constitui corolário que, além das partes, o juiz pode e deve, de ofício, proceder à fiscalização da constitucionalidade de qualquer lei que seja invocada para a solução de um caso concreto, submetido à sua apreciação.

Nesse mesmo sentido, foi a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional no acórdão 200/98, ao apreciar caso em que o Supremo Tribunal de Justiça suspendeu a análise de um caso concreto para aguardar a decisão daquele Tribunal em demanda de controle concentrado. Nessa decisão o Tribunal Constitucional entendeu que a suspensão do processo pelo STJ viola o dever de o tribunal analisar a adequação da norma à Constituição.¹⁵⁶

¹⁵⁶ “10. Por outro lado, e, decisivamente, tendo presente que o sistema de controlo da constitucionalidade normativa é difuso na base e concentrado no topo, os juízes têm o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade das normas nos casos que lhes são submetidos a julgamento (artigo 204º da Constituição), independentemente de

O ordenamento jurídico português prevê a fiscalização de constitucionalidade no sistema difuso apenas de forma repressiva e não a preventiva, como, a contrassenso, ocorre com o mandado de segurança no Brasil, tema já apreciado no item 6.3.2 supra.

O controle difuso, embora possa ser realizado por qualquer tribunal, somente pode chegar ao Tribunal Constitucional por intermédio da via recursal, nas hipóteses expressamente previstas na Constituição.

Nesse particular, o ordenamento português também diverge do brasileiro, tendo em vista que neste a matéria constitucional pode ser apreciada, como competência originária, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que ocorre tanto no mandado de segurança quanto no mandado de injunção, institutos já referidos nos itens anteriores.

Por outro lado, ao contrário do que ocorre em outros sistemas jurídicos em que se instituiu Corte Constitucional (Alemanha, por exemplo), o constituinte português não admitiu a remessa de ofício (reenvio necessário), por intermédio do qual se facultaria ao juiz enviar a questão constitucional alegada no caso concreto para apreciação da Corte Constitucional.¹⁵⁷

Em linhas gerais, Canotilho elenca diversos elementos com pressupostos processuais para que se possa suscitar um incidente de constitucionalidade, elementos esses que podem ser sintetizados como sendo: a questão constitucional deve ser suscitada em um processo que analise um caso concreto, perante um tribunal com atividade jurisdicional, pelas partes, Ministério Público ou pelo próprio juiz; a questão constitucional deve ser prévia, incidental, relevante e necessária para a solução do caso concreto.¹⁵⁸

Embora o controle difuso possa ser realizado por qualquer tribunal, encontra no Tribunal Constitucional o seu grau máximo de realização, o qual o fará apenas pela via recursal.

só a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, em processo de fiscalização abstracta sucessiva, ter efeito sobre a vigência da norma (artigo 282º da Constituição). Assim, a interpretação normativa realizada pelo Supremo Tribunal de Justiça esvazia de conteúdo o referido poder-dever dos tribunais de apreciarem a conformidade à Constituição das normas aplicáveis aos pleitos submetidos a juízo e subverte verdadeiramente o sistema de fiscalização de constitucionalidade desenhado pela Constituição portuguesa”. Proc. Nº 256/97, Plenário, Rel.: Consª Maria Fernanda Palma, disponível no sítio <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980200.html>. Acesso em: 29 nov. 2016.

¹⁵⁷ “Na verdade, o artigo 280º da Constituição prevê com clareza, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas, a existência de um *recurso* para o Tribunal Constitucional e não de uma espécie de mecanismo de reenvio a título prejudicial para este Tribunal, para resolução de questões de constitucionalidade que surjam na pendência de processos judiciais.” Proc. n.º 549/03, 1ª Secção, Relatora: Maria Helena Brito, disponível no sítio <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030596.html>, consultado em 29/11/2016.

¹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Op. Cit.*, p. 1045-1051.

Em linhas gerais, o controle de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico português, conforme se analisará nos tópicos seguintes, admite um sistema misto, com quatro possibilidades, quais sejam: fiscalização preventiva de inconstitucionalidade por ação, de competência exclusiva do Tribunal Constitucional em sede de controle abstrato; a fiscalização sucessiva concreta, cuja competência é atribuída a todos os Juízes e Tribunais do país, sendo a do Tribunal Constitucional por intermédio da via recursal, por iniciativa das partes envolvidas na discussão do caso concreto ou mesmo de forma oficiosa pelo julgador; a fiscalização sucessiva abstrata de qualquer norma, cuja competência também é exclusiva do Tribunal Constitucional, sendo ainda possível a conversão de um procedimento de controle concreto para o abstrato. Há ainda a possibilidade do controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão, de exclusiva competência do Tribunal Constitucional, cujos efeitos se limitam a reconhecer a omissão e a certificar ao órgão competente, como ocorre com a decisão proferida em ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão adotada no Brasil.¹⁵⁹

No mesmo sentido, Jorge Barcelar Gouveia¹⁶⁰ chama a atenção para as características primordiais do sistema de controle de normas portuguesas, ressaltando que é um sistema jurisdicional e não político; é um sistema misto, na medida em que a constitucionalidade pode ser submetida a todos os tribunais (difuso) o especificamente ao Tribunal Constitucional (concentrado); é um sistema que admite tanto o controle preventivo quanto o repressivo (sucessivo); com alcance tanto quando ocorrer ação quanto omissão do poder competente.

Esses institutos serão abordados nos tópicos seguintes, mas sempre priorizando a análise das amplitudes dos efeitos da decisão, matéria central desta pesquisa.

3.2 Do Controle de Constitucionalidade em Grau Recursal

O controle difuso de constitucionalidade em grau recursal é realizado pelo Tribunal Constitucional, por intermédio do recurso constitucional, cuja legitimidade caberá às partes ou ao Ministério Público.

Assim, sendo o Tribunal Constitucional o órgão específico e soberano no controle de constitucionalidade, torna-se relevante analisá-lo com maiores detalhes, principalmente

¹⁵⁹ CANOTILLO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – **Fundamentos da Constituição**, p 240/242.

¹⁶⁰ GOUVEIA, Jorge Barcelar – **Manual de Direito Constitucional**, vol. II, 3ª Edição. p. 13/49

quanto à sua composição, natureza jurídica e competência, elementos que serão analisados nos tópicos seguintes.

3.2.1 Do Tribunal Constitucional

O Tribunal Constitucional português foi criado por ocasião da segunda revisão constitucional levada a cabo nos anos de 1981/1982, dispondo o art. 221 da CRP que é o "tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional".

Ele é composto por 13 ministros, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por seus próprios membros. A sua composição terá, necessariamente, pelo menos 6 membros juízes de carreira, oriundos dos demais tribunais, independentemente de que tribunal ou grau de jurisdição estejam, e os demais devem ser juristas com doutorado ou licenciatura em Direito (art. 13 da Lei de Organização do Tribunal Constitucional).

Os membros designados pela Assembleia da República devem ser indicados perante o Presidente da Assembleia por no mínimo 25 e, no máximo, 50 deputados, com o devido aceite do candidato, sendo eleito aquele que obtiver 2/3 dos votos dos presentes, desde que respeitada a maioria absoluta dos deputados em atividade. Os três cooptados pelo próprio Tribunal serão indicados pelos 10 outros eleitos pela Assembleia, por voto secreto, exigindo-se o quórum mínimo de 7 votos para a designação.

Os juízes do Tribunal Constitucional tomam posse perante o Presidente da República, que não tem maiores participações no processo de escolha. Ao contrário do que ocorre no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, que exige idade mínima para ingresso de 35 e máxima de 65 anos, o Constituinte Português não fixou idade como requisito para o cargo.

Também em relação à duração do mandato, enquanto no Brasil ele é indefinido, exceto pela aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade, como ocorre com os demais juízes, em Portugal o prazo é fixado em 9 anos e não pode ser prorrogado.

Em uma análise preliminar, parece que a opção do legislador português, ao exigir que pelo menos 6 dos membros de seu Tribunal Constitucional fossem oriundos de juízes com alguma experiência na função de julgador, constitui uma escolha mais acertada que a brasileira, porquanto, pelo menos em tese, espera-se que tais julgadores tomem decisões mais

de cunho técnico-jurídico do que os demais que são, sabidamente, decorrentes de escolhas políticas advindas do embate de força típica dos parlamentos.

No caso brasileiro, como a Constituição exige apenas que o candidato tenha notório saber jurídico e reputação ilibada, pode ocorrer que nenhum dos seus integrantes, ou apenas alguns poucos, seja magistrado com experiência prévia na judicatura, como ocorre na atual composição do Supremo Tribunal Federal, em que não mais que dois ministros foram juízes de carreira.

Não se ignora, contudo, que na prática a opção portuguesa pode não produzir nenhuma diferença, caso os membros da judicatura indicados forem também escolhidos pela sua opção política, como chama a atenção António de Araújo ao analisar a escolha dos juízes decorrentes da cooptação pelos demais membros da Corte.¹⁶¹

O presidente e o vice-presidente do Tribunal são eleitos por seus pares e exercerão suas funções por um período corresponde à metade do mandato de um juiz do Tribunal e podem ser reconduzidos.

A Corte, em sua organização interna poderá funcionar em sessões plenárias ou por uma de suas três seções não especializadas, sendo que cada uma delas é composta pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal e por mais quatro juízes, designados pelo Tribunal no início de cada ano judicial, sendo exigido o quórum mínimo, equivalente à maioria dos respectivos membros em efetividade nas funções.¹⁶²

Questão também de relevância diz respeito a determinar a natureza jurídica do Tribunal Constitucional Português, ou seja, saber se ele é órgão de cúpula do Poder Judiciário e se é um Tribunal Superior como os demais, especializado apenas em matéria constitucional.

É certo que a Constituição Portuguesa, embora não diga expressamente a posição jurídico-constitucional, expressamente o reconhece como sendo um tribunal,¹⁶³ entretanto, não é unânime a doutrina quanto à sua natureza jurisdicional, porquanto, embora detenha competência jurisdicional, também a tem em matéria extrajudicial (art. 225, 2, "a", "b" e "d",

¹⁶¹ ARAUJO, António de - **O Tribunal Constitucional**. p. 35

¹⁶² As informações quanto à composição e funcionamento do Tribunal Constitucional estão reguladas na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, Lei n° 28/82, disponível no endereço eletrônico: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis. Acesso em: 24 ago. 2018.

¹⁶³ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O Recurso Constitucional de Amparo**. p. 55.

tem composição e indicação política de seus membros, enquanto outros entendem que é natureza jurisdicional, na medida em que as decisões decorrem de um processo judicial.¹⁶⁴

No mesmo sentido, é magistério de Pedro Rosário do Trovão ao afirmar que “na ordem jurídica portuguesa a actividade do Tribunal Constitucional restringe-se à apreciação, em diversas condições, da conformidade constitucional de normas jurídicas...”¹⁶⁵

Certo é que a natureza do Tribunal Constitucional não é idêntica à do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, na medida em que este, por ser órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao apreciar a inconstitucionalidade no caso concreto, sua decisão substitui a do tribunal *a quo*, inclusive quanto ao mérito do direito material discutido, enquanto naquele apenas se reconhece a constitucionalidade/inconstitucionalidade e devolve o processo para que o tribunal de origem prossiga na análise da matéria de fundo.

Uma vez analisados os elementos do Tribunal Constitucional, cabe agora a análise do instrumento jurídico previsto pelo legislador que assegura a forma como esse Tribunal atua no controle difuso de constitucionalidade.

3.2.2 Do Recurso Constitucional

Das decisões dos tribunais cabem recursos para o Tribunal Constitucional nas hipóteses previstas no art. 280 da C.R.P, resumidas nos seguintes termos: a) recusem a aplicação de qualquer norma com suporte em sua inconstitucionalidade ou ilegalidade; b) que aplique norma inconstitucional alegada no curso do processo; c) que aplique norma previamente declarada inconstitucional pelo Tribunal constitucional.

Discute-se também na doutrina qual é a natureza jurídica do recurso constitucional, havendo quem defenda que se trata de recurso de amparo, outro de queixa constitucional e

¹⁶⁴ A discussão sobre a natureza jurídica da jurisdição constitucional é desenvolvida com maior detalhes por Canotilho, demonstrando que as posições vão desde as que negam sua natureza jurisdicional, admitindo o cunho político, até aqueles que reconhecer sua natureza *sui generis*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**, p. 762/763.

¹⁶⁵ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O Recurso Constitucional de Amparo**. p. 60. O mesmo autor ainda chama a atenção para o acórdão 313/2010, proferido no Processo 424/2010, cujo entendimento é no sentido de que “inexistindo entre nós a figura do recurso de amparo ou outra equivalente, não tem o Tribunal Constitucional competência para conhecer de recurso que tenha como objeto não uma questão de constitucionalidade normativa mas a própria decisão judicial.”

ainda quem entenda que ele tem natureza mista, ou seja, visa a tutelar tanto o direito subjetivo quanto ao ordenamento jurídico constitucional.¹⁶⁶

Os pressupostos do recurso ordinário se estendem desde a competência do Tribunal, e passa pela legitimidade, objeto, prazo e efeitos da decisão.¹⁶⁷

Em relação à competência, cabe ao Tribunal Constitucional, que tem jurisdição em todo o território nacional, ao analisar o recurso no caso concreto determinar quais normas, sentidos ou interpretações são constitucionais, bem como seus fundamentos, não ficando, contudo, vinculado aos argumentos invocados pelo tribunal de origem.

No que tange à legitimidade, ela está assegurada não somente às partes interessadas no caso concreto, mas também ao Ministério Público de forma facultativa ou obrigatória, na medida em que se pretende assegurar não apenas o direito subjetivo, mas o objetivo, ou seja, a adequação e subordinação de todas as normas à Constituição.

Vale ressaltar que, em relação às partes, elas somente poderão interpor esse recurso se tiver suscitado a questão constitucional no curso do processo e tenha sido vencido nesse particular, mas beneficiará aos demais litigantes no caso de recurso em aplicação da norma por inconstitucionalidade ou aplicação na hipótese de norma já anteriormente julgada incompatível com a Constituição.

Já o recurso interposto pelo Ministério Público beneficia aos demais legitimados para recorrer. A petição do recurso deve ser assinada por advogado devidamente habilitado, salvo nos processos oriundos dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que podem ser assinados pelos representantes da Fazenda Pública.

O prazo para interposição de recurso é de 10 dias e tem o condão de interromper os prazos para a interposição de outros que também caibam da mesma decisão e somente recomeçam a correr após cessar a interrupção.

Sendo o recurso facultativo para as partes, também deve-se assegurar o direito à renúncia ou desistência do recurso, salvo se for prévia à decisão que caiba o recurso ou nas hipóteses em que o Ministério Público é obrigado a recorrer.

¹⁶⁶ Canotilho analisa a controvérsia, indicando Vieira de Andrade como um dos defensores de que a natureza jurídica do recurso seria de recurso de amparo; por outro lado, Jorge Miranda se alinha aos defensores da natureza mista, por entender que ele visa a tutelas não somente o direito subjetivo das partes envolvidas no processo do caso concreto, mas também a ordem jurídica. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**, p. 1063.

¹⁶⁷ Para uma análise mais analítica dos pressupostos do recurso constitucionais, cf. FONSECA, Guilherme da; DOMINGOS, Inês – **Breviário de Direito Processual Constitucional**, p. 10 e seguintes.

No que se refere ao objeto, as razões recursais devem se limitar à inconstitucionalidade ou ilegalidade, sendo importante sempre lembrar as lições de Jorge Miranda, no sentido de que o objeto do recurso é a norma infraconstitucional e não a decisão do juiz, os fatos, a subsunção ou mesmo a questão principal discutida no caso concreto.¹⁶⁸

Quanto aos efeitos da decisão proferida em recurso constitucional, evidenciam-se o alcance apenas *inter parts*, ou seja, alcançam apenas as partes envolvidas no processo e; tem efeito de coisa julgada da matéria constitucional no processo, obrigando que todos os tribunais que tiverem que atuar no processo, ainda que em grau de recurso, tenham que seguir a decisão do Tribunal Constitucional.

Posto isso, passa-se à análise de cada uma dessas hipóteses, levando em consideração a legitimidade, o momento e a obrigatoriedade ou não de recorrer, bem como os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional.

3.2.2.1 Do Recurso Constitucional de decisões que reconhecem a inconstitucionalidade

Ocorre essa modalidade quando um tribunal deixa de aplicar no caso concreto uma norma, por entender explícita ou implicitamente que ela é inconstitucional. A decisão da inconstitucionalidade tem que influir na decisão do mérito, ou seja, a recusa na aplicação da lei deve ser determinante para a análise da matéria de fundo discutida no caso concreto.¹⁶⁹

Nesse caso, o recurso é facultativo para as partes, mas obrigatório para o Ministério Público, se a norma tida por inconstitucional constar de convenção internacional, de decreto legislativo ou de decreto regulamentar.

Não há obrigatoriedade de exaurimento da via recursal, podendo as partes interpor recurso para o tribunal hierarquicamente superior impugnando tanto a matéria constitucional como a matéria de fundo e, posteriormente, o recurso para o Tribunal Constitucional, se a decisão for mantida, ou interpor desde logo o recurso diretamente para o Tribunal Constitucional, mas apenas quanto à questão constitucional, com suspensão do feito na instância *a quo*.

¹⁶⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI. p. 217.

¹⁶⁹ FONSACA, Guilherme da; DOMINGOS, Inês – **Breviário de Direito Processual Constitucional**. p. 41/42.

Entretanto, sendo obrigatório o recurso para o Ministério Público, ele deve ser feito imediatamente para o Tribunal Constitucional.

A decisão proferida pela Corte Constitucional que reconhecer a inconstitucionalidade nesse caso faz coisa julgada apenas entre as partes e somente em relação à questão constitucional discutida.

3.2.2.2 Do Recurso Constitucional de decisões que não reconhecem a constitucionalidade

Considerando que se presume a adequação das normas ao diploma constitucional, na hipótese de um tribunal não acolher a alegação de inadequação do ato normativo impugnado, essa decisão somente poderá ser acatada pelas próprias partes que tiverem suscitado o incidente e ainda facultativamente. Do mesmo modo, somente será possível o recurso para o Tribunal constitucional após o exaurimento da via recursal comum.

Vale ressaltar que a norma que não foi reconhecida por inconstitucional deve ter sido a fundamental para o deslinde da controvérsia no caso concreto e não apenas uma qualquer porventura referida na decisão, mas que não teve influência no convencimento do julgador.

No mesmo sentido, a provocação do pronunciamento judicial deve ter ocorrido durante o processo, entendido como tal a que ocorre antes de a decisão ter sido proferida, conforme fundamentos de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão 15/95.¹⁷⁰

Por último, se a decisão for por não reconhecer a inconstitucionalidade, isso não implica que ela seja constitucional em todos os aspectos não postos em análise nesse primeiro exame, razão pela qual pode ser considerada inconstitucional sob outras vertentes não alegadas em outros casos, entretanto, será vinculante em relação ao processo em que proferida, devendo o juiz aplicar ao caso concreto.

¹⁷⁰ “II - 1 - É, pois, com invocação do artigo 70º, nº 1, alínea b), da Lei nº 28/82, de 15 de novembro, que a A. pretende recorrer para o Tribunal Constitucional. O recurso ali previsto, 'das decisões dos tribunais que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo', pressupõe a exaustão prévia dos recursos ordinários e ainda que a parte haja suscitado a questão de constitucionalidade antes da decisão recorrida e que nesta se aplique a norma (ou normas) sobre que incide a mesma questão. [...] a locução 'durante o processo' exprime precisamente o desiderato da suscitação na pendência da causa da questão de constitucionalidade, em termos de essa mesma questão ser tida em conta pelo tribunal que decide.” Acórdão 15/95, [em linha] disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1995&numero_actc=15. Acesso em 24 ago. 2018.

3.2.2.3 Do Recurso Constitucional de decisões que aplicam norma anteriormente tida por inválida pelo tribunal constitucional

A terceira hipótese a ser analisada diz respeito à aplicação de norma já reconhecida como inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, desde que o referido Tribunal não tenha alterado sua jurisprudência no particular.

Segundo Canotilho, isso pode ocorrer em dois casos, a saber: a norma foi julgada inconstitucional em decisão de recurso de constitucionalidade ou foi julgada inconstitucional e desaplicada pelo próprio Tribunal Constitucional.¹⁷¹

Jorge Miranda argumenta que isso somente pode ocorrer se a decisão do Tribunal Constitucional se deu em controle difuso, tendo em vista que se tiver ocorrido em controle concentrado, que já tem força obrigatória geral, ou seja, efeito vinculante, caberia recurso com outra nomenclatura, podendo ser denominado ou reclamação.¹⁷²

Nesse caso, a interposição de recurso constitucional é facultativa para a parte que a suscitou e obrigatória para o Ministério Público e não se exige a exaustão da via recursal ordinária.

O objetivo de obrigar o Ministério Público a recorrer é manter a supremacia do Tribunal Constitucional quanto à fiscalização de adequação de normas inferiores à Constituição e, em última razão, a garantia objetiva da ordem constitucional.¹⁷³

3.2.3 Das possibilidades de apreciação pelo Plenário

Em regra, o recurso constitucional é julgado perante órgãos fracionários, Seções, do Tribunal Constitucional, conforme disposto nos arts. 224º, nº, 2, da Constituição Portuguesa e 70º, nº, 1, da Lei do Tribunal Constitucional.

A decisão poderá ser monocrática pelo relator quando a decisão for simples, entendida como tal a que já tiver sido julgada pelo Tribunal em outro processo, seja no controle difuso

¹⁷¹ CANOTILHO, J.J Gomes - *Op. Cit.* p. 1054.

¹⁷² MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. vol. III. p. 257.

¹⁷³ MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional**. Tomo II. p. 697.

ou no concentrado, podendo ocorrer com a simples remissão às decisões anteriores, embora esse procedimento não seja unânime na doutrina, tendo em vista que não leva em consideração a possibilidade de haver ainda controvérsia na doutrina ou mesmo julgados em sentido contrário. Moraes adota esse posicionamento e ainda acrescenta que também se deve considerar questões simples aquelas que a inconstitucionalidade seja evidente, manifesta ou incontrovertidas.¹⁷⁴

Das decisões do tribunal *a quo* que indeferir a subida do recurso ou das decisões monocráticas proferidas pelo relator em processos considerados simples poderá caber reclamação para a conferência, que é composta pelo presidente ou vice-presidente, pelo juiz relator e por outro juiz indicado pelo Pleno da Secção em cada ano judicial.

Os demais recursos de controle de constitucionalidade não classificados como simples serão julgados pelo Pleno da Secção. Entretanto, o ordenamento jurídico prevê pelo menos duas hipóteses em que a matéria poderá ser apreciada pelo Pleno do Tribunal Constitucional, a saber: a Intervenção do Plenário ou o Recurso para o Plenário.

A intervenção do Plenário está disciplinada no art. 79-A da Lei 28/82 e é cabível quando o Presidente do Tribunal vislumbrar que pode haver decisões divergentes entre as Secções ou quando a natureza da questão se mostra de tal relevância que justifique esse ato. Para que isso ocorra, os demais integrantes do Tribunal devem concordar.

O instituto tem a finalidade de evitar decisões díspares entre as três Secções que o compõem. Contudo, ao permitir a utilização desse instituto em razão da natureza da questão a ser decidida, a Lei fez uso de conceito genérico, na medida em que não explicitou em que hipótese se configuram esses requisitos, sendo razoável concluir que deve ser utilizada em caráter de excepcionalidade, em que interesses públicos relevantes estejam em risco.

A determinação do Presidente deve ser prévia e ainda contar com a concordância do Tribunal. A Lei, contudo, não explicita como se aferirá essa concordância quanto à questão formal, ou seja, se haverá votação aberta ou fechada ou mesmo mera consulta informal. Também não indica o quórum para que essa concordância seja reconhecida, se maioria simples ou qualificada.

O art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal Brasileiro possui disciplina semelhante, só que autorizando que o processo que originalmente deveria ser

¹⁷⁴ MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional**. Tomo II, p. 815

julgado por uma de suas Turmas possa ser afetado direto ao Plenário da Corte, por decisão do Ministro Relator, quando se antever que a matéria pode causar dissenso entre as Turmas.¹⁷⁵

A segunda hipótese, ou seja, o recurso para o Plenário, está disciplinada no art. 79-D do mesmo diploma legal, e poderá ser aplicada quando qualquer das Secções do Tribunal mudar de entendimento e passar a julgar a mesma matéria de forma contrária ao posicionamento anterior.

Ao contrário do que ocorre com a Intervenção do Plenário por iniciativa do Presidente que é prévia, o Recurso ao Plenário ocorre apenas após o julgamento por uma das Secções do Tribunal.

Assim, o requisito essencial desse recurso é que tenha havido previamente um outro julgamento que tenha abordado a mesma matéria de mérito e tenha concluído em sentido contrário, ainda que o julgado anterior já tenha sido objeto de incidente de unificação da jurisprudência, na medida em que a decisão não tem força obrigatória geral.¹⁷⁶

Nessa situação, o recurso será facultativo para as partes e, caso o Ministério Público seja parte, será obrigado a recorrer. Entretanto, se não for parte ou recorrente, não poderá recorrer facultativamente, embora haja quem defenda que a legislação fosse alterada nesse sentido, na medida em que é função do Ministério Público ser garantidor também da constitucionalidade e da segurança jurídica.¹⁷⁷

Ambos os institutos têm como finalidade preservar a segurança jurídica e a autoridade da Corte Constitucional, bem como servir de norte para as decisões dos demais tribunais.

3.2.4 Da possibilidade de outorga de Força Obrigatória Geral decorrente de processos julgados em controle difuso

¹⁷⁵ "Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário." [Em linha] disponível no sítio <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018

¹⁷⁶ Nesse sentido, é a orientação do Tribunal Constitucional constante do Acórdão nº. 553/99, proferido nos autos da Reclamação nº 396/99, 1ª Secção, Rel. Maria Helena Brito, em 19/10/1999.

¹⁷⁷ MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional**. Tomo II. p. 820.

Em regra, os efeitos das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade em Portugal têm efeito *ex tunc* e eficácia apenas entre as partes, não obstante que a mesma matéria seja discutida e decidida e, por fim, declarada inconstitucional, em inúmeros outros processos até mesmo perante o Tribunal Constitucional, mantendo, ainda assim, os efeitos apenas às partes envolvidas em cada caso concreto.

Por outro lado, a regra é atribuir força obrigatória geral aos processos que tramitam no sistema concentrado e abstrato, desde que suscitados por um dos legitimados constitucionalmente (art. 281º, 1, da CRP).

O item 3 do mesmo artigo assegura também a possibilidade de o Tribunal Constitucional decidir com a mesma força a inconstitucionalidade ou ilegalidade de qualquer norma, quando já a tenha reconhecida a inconstitucionalidade na análise de três casos concreto.

Esse procedimento tem sido chamado por Jorge Miranda de "passagem da fiscalização concreta à fiscalização concentrada"¹⁷⁸ enquanto Canotilho o denomina de "processo de declaração da inconstitucionalidade com base em controle concreto".¹⁷⁹ ou mesmo processo aplicável à repetição do julgado, como o denomina o art. 82 da Lei que regulamenta o Tribunal Constitucional.¹⁸⁰

No que tange à legitimidade, esse processo pode ser desencadeado por qualquer juiz do Tribunal Constitucional ou pelo Ministério Público, desde que a Corte tenha declarado a mesma norma inconstitucional em pelo menos três processos distintos, seja originalmente ou em grau de recurso, ainda que com base em fundamentos distintos, porquanto o que importa é que a norma tenha sido declarada inconstitucional e não a disposição constitucional que ela contraria.

Embora tenha como suporte jurídico decisões proferidas no controle difuso, esse processo efetivamente se insere no controle concentrado e tem os efeitos daí decorrentes, qual seja, eficácia geral, mas restrita aos limites em que os três casos foram julgados.

¹⁷⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VI. p. 267

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. p. 1080.

¹⁸⁰ "Artigo 82.º Processo aplicável à repetição do julgado. Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao Presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei."

O objetivo é possibilitar que a Corte Constitucional não seja obrigada a julgar uma quantidade considerável de processos que tenham por finalidade a apreciação da constitucionalidade de uma mesma norma.

No julgamento o Tribunal não fica vinculado ao que é decidido nos processos anteriores, mas poderá reconhecer a constitucionalidade ou, ao contrário, manter o mesmo entendimento ou até mesmo modular os efeitos, como é permitido em qualquer processo que tramita no sistema concentrado.

Essa modalidade de procedimento se aproxima daquela adotada à súmula vinculante no Brasil e parece ser mais ágil, porquanto tenha menos burocracia.

3.3 Controle Difuso no Direito Norte-americano

Embora possa não ter sido o primeiro sistema jurídico a reconhecer a supremacia de uma norma sobre as outras, é certo que foi nos Estados Unidos que o controle de constitucionalidade difuso encontrou seu amparo para alcançar os patamares atuais, sendo adotado nos maiores dos estados, ora de forma pura, ora misto.

No mesmo sentido, não obstante se possa afirmar que a decisão proferida pelo Juiz Marshall também não tenha sido a primeira, foi ela que fixou de forma clara não só a supremacia da Constituição, mas também a competência de um órgão judicial julgar e ainda com força para impor essa decisão aos demais órgãos do Estado.

A análise de controle de constitucionalidade efetuado nos Estados Unidos não é tarefa fácil, na medida em que se exige um entendimento prévio da estrutura organizacional do Poder Judiciário, dividido em Cortes Estaduais e Federais claramente definidas e com competência não apenas para legislar, mas também para criar e fixar a forma de sua organização judiciária, tornando essa atividade extremamente complexa.

Cada Estado Membro tem autonomia para criar normas em suas constituições, adotando até mesmo nomenclatura distinta para sua Cortes.

Em regra, contudo, o judiciário estadual americano é composto de um tribunal de primeiro grau (*Trial Courts*), normalmente dividido em dois níveis, sendo um com jurisdição ampliada (chamada de *Superior Court* ou *Distrits Courts*, dependendo de cada estado) e o segundo nível de jurisdição mais restrito seja em razão da matéria ou do valor.

Como órgão de cúpula do Poder Judiciário local estão as *Appellate Courts* ou *Supreme Courts*. Essas Cortes, além da aplicação da legislação local, podem apreciar e aplicar também a legislação federal, inclusive quando colidem com normas estaduais, devendo, nesse último caso, fazer valer a lei federal em detrimento da local.

Essa Corte Suprema dos Estados tem total autonomia na aplicação de lei estadual, não estando nesse particular nem mesmo sujeita à Suprema Corte Americana ou mesmo aos demais tribunais federais.

Além das cortes estaduais, existem, também, as federais, distribuídas em treze circunscrições, numeradas de um a onze e ainda as *District of Columbia Circuit* e *Court of appeals for the Federal Circuit*.

No plano federal também há dois níveis, sendo o primeiro a *Federal District Court* e o segundo a *Court of Appeal*, sendo que as primeiras somente estão subordinadas à *Court of Appeal* de sua própria jurisdição e esta somente está vinculada à interpretação da Suprema Corte dos Estados Unidos.¹⁸¹

No ápice da Pirâmide está a Suprema Corte, cujas decisões vinculam a todos os tribunais. Vale ressaltar que, considerando a adoção do federalismo, a autonomia das Cortes Estaduais não podem nem mesmo ser revista pela Suprema Corte quanto às normas estaduais, salvo quando a Suprema Corte Estadual tenha apreciado o mérito em admissão discricionária de matéria que também tenha suporte na Constituição norte-americana.¹⁸²

Em apertada síntese, pode-se observar que o controle difuso no Direito Americano poder ser feito por todos os tribunais, mas apenas quando necessário para a solução do caso concreto, tendo em vista que a regra é a presunção de constitucionalidade das normas e que a decisão tem efeitos *ex tunc* e vincula apenas as partes envolvidas, salvo as decisões da Suprema Corte, que serão a seguir analisadas.

3.3.1 Da Suprema Corte Americana

¹⁸¹ A matéria é examinada com mais detalhes por PIÑEIRO, Eduardo – O Controle de Constitucionalidade: Direito americano, alemão e brasileiro, p. 29/34149.

¹⁸² NOGUEIRA, Gustavo Santana – *Stare Decisis et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. p. 155.

A Suprema Corte Americana é o órgão mais importante do Poder Judiciário e é o único com assento e competência assegurado na Constituição Americana, embora sua composição esteja disciplinada em norma infraconstitucional.

Embora sua existência tenha sido questionada no início, porquanto os Estados Federados não queriam ter um tribunal superior ao seu, ele se torna indispensável para a existência harmônica e para a própria sobrevivência da federação, na medida em que soluciona as controvérsias, entre outras, que envolvem os próprios entes federados.

3.3.1.1 Da composição

Essa Corte é formada, atualmente, por nove membros, indicados pelo Presidente da República e nomeados após a aprovação por maioria simples pelo Senado, para um mandato vitalício, não exigindo a lei nenhuma qualificação prévia, nem mesmo formação em direito, idade mínima ou máxima, e somente poderá ser destituído por intermédio do *impeachment*, sendo-lhe vedado, contudo, ter qualquer relação ou vínculo com os Poderes Executivo e Legislativo.

É ainda assegurado a seus integrantes aposentadoria integral, bem como remuneração paritária com os membros da ativa ao completar 65 anos de idade e 15 anos na função ou 70 anos e 10 anos no serviço.

A Suprema Corte é dirigida por um Presidente (*Chief Justice*) escolhido pelo Presidente da República especificamente para esse cargo, podendo recair sobre um dos juízes que já a compõe ou ser indicado outro que nem sequer fazia parte do Tribunal, sendo que, nesse último caso, como ocorre com os demais juízes, deve haver prévia aprovação pelo Senado. O cargo de Presidente da Suprema Corte também é vitalício.

3.3.1.2 Da competência

Considerando a complexidade na estruturação do Poder Judiciário americano que, a exemplo do que ocorre no Brasil, alcança não apenas o plano federal, mas também a

autonomia, ainda que relativa, dos estados federados, a Suprema Corte tem competência¹⁸³ de forma originária ou recursal e, nesse última caso, pode incluir revisão tanto das decisões oriundas das cortes estaduais quanto das federais, desde que a controvérsia de alguma forma esteja relacionada com a Constituição dos Estados Unidos.

3.3.1.2.1 Da competência originária

As competências originárias da Suprema Corte estão assentadas na Constituição e na seção 1251, do título 28, do Código dos Estados Unidos, podendo ser exclusiva ou não.

Será de competência originária exclusiva aquelas demandas que envolvam dois ou mais estados. Será, contudo, não exclusiva quando envolverem embaixadores, altos representantes diplomáticos e cônsules de Estados Estrangeiros, entre os Estados Unidos e um estado-membro e as ações envolvendo um estado e cidadãos de outro estado ou contra estrangeiros.

Contudo, mesmo no caso de competência exclusiva a Suprema Corte tem feito interpretação restritiva, exigindo o preenchimento de alguns requisitos, como: que a matéria não possa ser julgada por outra Corte, como, por exemplo, as *District Court*. Em razão dessa interpretação restritiva, na prática a competência originária ao longo do tempo tem sido de pouca importância.

3.3.1.2.2 Da competência recursal

183A competência da Suprema Corte está prevista na Constituição Americana, vazada nos seguintes termos: Art. III, Seção 2 - A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer." [em linha], disponível em: https://pt.wikisource.org/wiki/Em_Tradu%C3%A7%C3%A3o:Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos_da_Am%C3%A9rica#Se%C3%A7%C3%A3o_2_3. Acesso em: 04 jul. 2018.

A maior relevância da jurisdição da Suprema Corte Americana consiste, indubitavelmente, quando atua como Corte Recursal.

A atuação em sede recursal também pode ser obrigatória ou facultativa. Será obrigatória quando houver: decisões de tribunais federais ou estaduais que tenham declarada a inconstitucionalidade de lei federal; decisões de tribunais estaduais que tenha validado lei estadual contestada em face da Constituição ou de leis federais; decisões de tribunais federais que afaste a aplicação de lei estadual contestada em face da Constituição ou leis federais e; decisões de tribunais distritais federais compostos de três juízes e facultativa nos demais casos.¹⁸⁴

A demanda pode chegar ao exame da Corte por três caminhos distintos: Apelo Direito, *Writ of Certiorari* e Questões Certificadas.

O Apelo Direito poderá ocorrer das decisões proferidas pelas *Federal Districts Courts* especializadas, compostas por três juízes e quando declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Nesses casos, não há necessidade de que a demanda seja primeiramente apreciada por uma corte de apelação.¹⁸⁵

A segunda hipótese, *Certiorari*, alberga o maior número de processos oriundos das Cortes Federais de Apelação ou das Cortes Supremas de cada estado-membro, desde que envolvam controvérsias atinentes a leis federais ou da Constituição.

Nessa hipótese, a admissão é discricionária e depende de uma análise da relevância que extrapole os interesses das partes no caso concreto e a Corte não fica obrigada nem mesmo a expor os fundamentos pelas quais não admite o recurso.

Para admissão do reexame, o Presidente do Tribunal forma uma lista (lista de exame) dos casos que entende que tenham relevância, realiza um relatório e submete aos juízes, a começar pelo mais novato, sendo necessário pelo menos a concordância de quatro juízes para que seja admitido, regra essa que ficou sendo conhecida como *rule of four*.

Sendo admitido, a Suprema Corte emite um *writ of certiorari*, determinando que o tribunal *a quo* envie os autos para a revisão. Ainda que o caso não tenha sido incluindo inicialmente na lista pelo Presidente do Tribunal, qualquer dos juízes pode requerer que ele seja submetido à apreciação de admissibilidade. O pedido de revisão deve ser feito pelas

¹⁸⁴ MORAIS, Alexandre de – **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. p. 92.

¹⁸⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana – ***Stare Decisis et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro***. p. 159

partes, devendo articular as razões de importância pelas quais o Tribunal deveria rever a decisão.

As decisões de mérito são analisadas apenas pelo Plenário, com quórum mínimo de deliberação de seis juízes e com aprovação de maioria simples.

A terceira modalidade, ou seja, as Questões Certificadas ocorrem quando uma *Court of Appeals* solicita orientação para julgamento de um caso concreto, mediante um relato dos fatos em análise.

3.3.1.2.3 Dos efeitos da decisão em sede de controle difuso

Embora não tenha sido expressamente assegurado o processo de controle de constitucionalidade na Constituição Americana¹⁸⁶, é certo que ela assegura a prevalência de determinadas normas sobre outras e que essa supremacia deveria ser observada pelos juízes na análise do caso concreto.

A fiscalização de constitucionalidade americana é exclusivamente difusa e concreta, não comportando a análise abstrata e, por conseguinte, mantendo suas matrizes teóricas, também não admitindo o controle preventivo, mas apenas sucessivo.

Quanto aos efeitos temporários da decisão, ao declarar a invalidade da norma o faz com efeito *ex tunc*¹⁸⁷, não se aceitando a modelação de seus feitos para o momento da decisão ou mesmo em caráter prospectivo, como aliás é a regra no controle difuso. Nesse sentido, o sistema americano não se atraiu pela mescla, como ocorre no Brasil, que, mesmo nos processos submetido a esse sistema, reconhece tanto a possibilidade de controle preventivo quanto a modulação dos efeitos temporais e subjetivos, conforme já apreciado no capítulo II desta dissertação.

Por outro lado, é na discussão quanto aos efeitos subjetivos que reside a matriz mais importante do controle de constitucionalidade do direito norte-americano para os demais países que, de alguma forma, o adotaram.

¹⁸⁶ Há quem defenda que a Constituição previu o controle de constitucionalidade, a exemplo do Justice Gibson apud PIÑEIRO, Op. Cit. p. 41.

¹⁸⁷ Nesse sentido, é a conclusão da Suprema Corte, sintetizada na frase do Justice Holmes: "Eu não conheço autoridade nesta Corte para dizer que, em geral, decisões estatais farão direito somente para o futuro. Decisões judiciais têm tido eficácia retroativa há cerca de mil anos". UNITED STATE SUPREME COURT Kuhn v. Fairmond apud PIÑEIRO, Op. Cit. p. 49.

Assim sendo, vale uma análise em se determinar a quem a decisão vincula, se somente às partes envolvidas no caso concreto ou se constitui um precedente que deve vincular não apenas a essas, mas também ao Poder Judiciário e à Administração Pública ao se analisar casos idênticos (*stare decisis*), bem como a determinação precisa do que na decisão efetivamente tem conteúdo efetivamente vinculante fora do processo, se apenas as razões fundamentais (*Ratio Decidendi*) ou todos os fundamentos que forem indicados no curso do julgamento (*Obiter Dictum*).

No que tange ao conteúdo, é certo que apenas a *Ratio Decidendi*, ou seja, a razão de decidir, tem efeito vinculante, mas não é fácil determiná-la nem por acadêmicos e nem mesmo pelos julgadores, o que torna o sistema de precedentes fragilizado.

Se encontra na doutrina divergência quanto ao que efetivamente é a *Ratio Decidendi*, indo desde a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diferente; a resposta do tribunal aos estímulos dos fatos discutidos e; até os fatos considerados na ótica do julgador como fundamentais e a própria decisão do juiz.¹⁸⁸

Já as *Obiter Dictum* são todas as demais considerações feitas pelo julgador que não são essenciais para o deslinde do caso concreto. São afirmações ou conclusões laterais que, mesmo se excluídas, não têm o condão de alterar a decisão. Todos os fundamentos e argumentos utilizados pelo julgador têm importância, até mesmo para explicar e convencer as partes, mas somente os essenciais devem ser vinculantes.

A doutrina e a prática têm reconhecido duas técnicas que permitem a não aplicação de um precedente na análise de um caso concreto, a saber: o *Distinguishing* e o *Overruling*.

No *Distinguishing* as partes e/ou o juiz procuram demonstrar que o caso concreto não se amolda perfeitamente ao precedente, razão pela qual negam sua aplicação. Não basta qualquer distinção, ela deve ser juridicamente relevante para justificar uma decisão diferente.

Já na utilização da técnica do *Overruling*, a corte reconhece que a interpretação adotada no precedente está superada, seja pela alteração na realidade fática, mudança de valores, ou mesmo pela alteração legislativa. Ao se aplicar o *Distinguishing* a nova decisão a ser proferida configura direito novo do que até então era reconhecido.

No plano dos efeitos subjetivos da decisão, ele pode ser considerado sob dois aspectos, horizontal e vertical.

¹⁸⁸ Essa discussão é apresentada por NOGUEIRA, Gustavo Santana – **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. p. 169.

No Plano horizontal, ou seja, a observância do mesmo precedente dentro da própria Corte que o formou, embora não seja vinculante para ela, para que essa decisão tenha efetiva aplicação vinculante ou credibilidade para convencer outros tribunais a aplicá-lo, faz-se necessário que esse posicionamento seja estável (característica fundamental do sistema *stare decisis*) e não fique variando a cada vez que a matéria é novamente apreciada, seja em função das partes envolvidas no processo ou mesmo pela alteração na composição da Corte.

O que deve prevalecer é a jurisprudência da Corte na função de orientar os demais tribunais e não o posicionamento de cada julgador. Embora a Corte Emissora do precedente não esteja vinculada a ele, é desejável que a decisão uma vez tomada seja estável a menos que ocorra alteração nas circunstâncias ou de direito que justifique a alteração, com a aplicação das técnicas do *Distinguishing* ou do *Overruling*.

A mera alteração momentânea na composição da Corte não deve ser elemento suficiente para se alterar também o precedente, sob pena de ele não gozar da estabilidade necessária e estimular a sua não observância.

No plano vertical o precedente vincula todos os tribunais inferiores, bem como a Administração Pública.

O precedente pode não ser aplicado no caso concreto por qualquer juiz se cabível a técnica do *Distinguishing*, e somente pela Corte que o elaborou ou pelo Poder Legislativo, no caso do *Overruling*, fora dessas hipóteses ele é vinculante para todos os tribunais e juízes inferiores.

Em suma o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade pode ser sintetizado como o fez Carmen Luiza Dias de Azambuja¹⁸⁹ nos seguintes termos: é judicial e difusa por todos os tribunais, quer por provocação das partes ou de ofício pelo julgador; a lei declarada inconstitucional é nula desde sua origem, sendo desnecessário providência do parlamento para sua retirada do sistema; como é retirada do sistema ela tem efeitos *erga omnes* e não necessita de controle abstrato de norma; a decisão da Suprema Corte é final e irrecurável, fazendo, assim, coisa julgada material; não há procedimento especial do processo que aprecia a inconstitucionalidade daquele em que se discute as demais matérias.

¹⁸⁹ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de – **Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado: Efeito Erga Omnes de seu Julgamento**. p.132/133.

3.4 Controle Difuso no Direito Alemão

O poder Judiciário alemão é composto pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais e pelos tribunais dos estados.

O ordenamento jurídico-constitucional alemão atual adota também um sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, reconhece tanto a possibilidade de fiscalização concentrada quanto concreta, mas diverge das formas adotadas no Brasil, em Portugal ou mesmo nos Estados Unidos, na medida em que admite a fiscalização difusa por qualquer juiz ou tribunal apenas quanto ao exame preliminar de compatibilidade na norma, mas não a declaração de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o art. 100, I, da Constituição Federal Alemã, assegura a todo juiz ou tribunal a competência para, ao julgar o caso concreto, examinar a constitucionalidade da norma e, decidindo pela compatibilidade da norma, prosseguir no julgamento. Por outro lado, se entender que a norma é inconstitucional deve suspender o processo e apresentá-lo a uma Corte Constitucional.¹⁹⁰

Cada estado tem sua própria Corte Constitucional que deverá apreciar a compatibilidade de normas estaduais com a Constituição de seu estado-membro. Somente as cortes constitucionais federais ou estaduais podem declarar a inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle concreto. Embora elas não tenham o monopólio do exame, têm, contudo, o de reprovabilidade.¹⁹¹

3.4.1 Do Tribunal Constitucional Federal

Nesta parte de nossa pesquisa será analisada mais pormenorizadamente a Suprema Corte Alemã e, como se realizou a análise de tópicos atinentes ao direito português e ao americano, importa destrinchar a composição, a competência, o recurso constitucional para

¹⁹⁰ “Artigo 100 [Controle concreto de normas] (1) Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.” [em linha] disponível no sítio <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Consultado em 11/07/2018, às 16h10min. Acesso em: 24 ago. 2018.

¹⁹¹ HESSE, Konrad - **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 496

tutela dos direitos fundamentais e, principalmente, os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de fiscalização.

3.4.1.1 Da composição

O Tribunal Constitucional Federal Alemão é um órgão constitucional¹⁹² ¹⁹³ da Federação, autônomo e independente, e é composto por 16 (dezesseis) juízes divididos em dois Senados de igual hierarquia.

Cada Senado é composto de 8 (oito) juízes federais com idade mínima de 40 anos e máxima de 68 anos, para um mandato de 12 anos, ocorrendo a aposentadoria compulsória se a idade de 68 anos ocorrer antes do término do mandato. O quórum de deliberação é de 6 (seis) juízes e exige-se apenas a maioria simples para a decisão.

Três membros de cada Senado devem ser escolhidos dentre os juízes de tribunais federais e os demais por outros juristas. Metade dos juízes que compõem os membros são eleitos pelo Parlamento Federal e a outra metade pelo Conselho Federal, sendo ainda exigido que nenhum dos juízes podem pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou aos órgãos correspondentes dos estados-membros.¹⁹⁴

A metade dos membros do Tribunal que são escolhidos pelo Conselho Federal devem ser escolhidos por intermédio de eleição direta, na qual cada estado tem apenas um voto. Já os membros escolhidos pelo Parlamento Federal observarão uma eleição indireta, por uma comissão composta por 12 parlamentares, de forma que represente a proporcionalidade dos partidos que compõem o Parlamento, sendo exigido, ainda, o quórum mínimo de 2/3 (dois terços). A exigência desse quórum praticamente obriga o consenso entre os dois maiores partidos.¹⁹⁵

¹⁹² HARTMUT, Maurer – **Contributo para o Direito do Estado**. p.220. O autor chama a atenção para o fato de que, da sua qualificação do órgão constitucional, decorre que ele não está associado a nenhum ministro federal, podendo editar seu próprio regulamento interno, seus integrantes não são juízes federais, mas juízes no tribunal constitucional, em cargo jurídico-público.

¹⁹³ Heck apresenta os seguintes elementos como requisitos para que um órgão seja reconhecido como sendo órgão constitucional, quais sejam: sua constituição se dê por meio da própria Constituição; que sua competência também esteja estabelecida na Constituição e; compartilhe de forma decisiva a política global do Estado. HECK, Luis Afonso – **O Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**. p. 102

¹⁹⁴ HECK – Luis Afonso – **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. p. 68.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira – **Jurisdição Constitucional**. p. 5.

O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal são eleitos de forma alternada pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, sem prazo para o mandato, devendo permanecer nessa função enquanto for juiz dessa Corte.

O Tribunal Pleno é formado por 2/3 (dois terços) dos membros de cada Senado, sendo independente e organizacional, com competência regulada na Lei do Tribunal Constitucional.

196

Os ministros do Tribunal Constitucional são nomeados pelo Presidente da República em atividade vinculada, após a indicação dos órgãos competentes.

3.4.1.2 Da competência

Várias são as competências do Tribunal Constitucional enumeradas de forma exhaustiva no art. 100 da Constituição Federal, bem como na Lei que o regulamenta, entre os quais se inserem os processos que tratam da perda de direitos fundamentais, partidos políticos, recurso contra decisão do Parlamento Federal referentes a eleições, acusação contra o Presidente da República, conflitos sobre a extensão dos direitos e deveres entre órgãos federais, conflitos entre a Federação e os estados federados, efeitos das leis internacionais públicas, bem como os controles de constitucionalidade abstrato e concreto e o recurso constitucional. Para fins desta pesquisa, serão examinadas apenas aquelas que digam respeito diretamente ao controle de constitucionalidade e, primordialmente, àquele realizado de forma concreta e o recurso constitucional.

Embora a competência se restrinja àquelas expressamente consignadas na Constituição e na Lei que o regulamenta, Hartmut chama a atenção para o fato de que, como as hipóteses previstas são genéricas, praticamente todas as controvérsias de cunho jurídico-constitucional que, em tese não seriam de competência desse Tribunal, acabam por se submeter à sua jurisdição, na medida em que se tem feito uma interpretação generosa.¹⁹⁷

¹⁹⁶ HARTMUT, Maurer – **Contributo para o Direito do Estado**. p.223

¹⁹⁷ *Idem*, **ibidem**. p.226

3.4.1.3 Do controle de constitucionalidade

O controle abstrato de normas é realizado pelo Tribunal Constitucional sempre de forma repressiva, desde que solicitado pelo Governo Federal, por um governo estadual ou por, pelo menos, um terço do Parlamento Federal, quando ocorrer divergência formal ou material de opiniões de uma lei federal ou estadual em face da Constituição ou sobre a compatibilidade de uma lei federal em face de uma estadual.

O controle abstrato, aí incluídos o exame e a reprovabilidade (competência para declarar a inconstitucionalidade), cabe exclusivamente ao Tribunal Constitucional Federal, por intermédio do Primeiro Senado.¹⁹⁸

Em relação ao controle concreto do julgador, ao concluir que a norma é inconstitucional, deve suspender o processo e apresentar a questão constitucional ao Tribunal Constitucional, na medida em que todos os tribunais têm competência apenas para examinar a compatibilidade da norma, mas não para declarar sua inconstitucionalidade, ao contrário do que ocorre no sistema português em que, na fiscalização concreta, cada julgador pode apreciar e decidir, em sentido positivo e negativo, a constitucionalidade e, após, julgar o processo conforme essa conclusão.

No sistema alemão a competência para declarar inconstitucionalidade é exclusiva do Tribunal Constitucional.

O objeto do controle pode ser emendas constitucionais, constituição estadual, tratados, leis federais ou estaduais e até regulamentos jurídicos,¹⁹⁹ mas não se incluem aí as normas consuetudinárias, os decretos, as prescrições administrativas, os estatutos de empresas estatais e os regimentos internos dos órgãos públicos.²⁰⁰

Ao apresentar a questão de inconstitucionalidade, o julgador deve apresentar de forma fundamentada sua compreensão e os motivos que o levou a concluir pela incompatibilidade da norma, a fim de permitir que o Tribunal Constitucional tenha acesso a toda a controvérsia jurídica, seja de outros tribunais ou mesmo da doutrina.

Vale ressaltar que a apresentação da questão perante o Tribunal Constitucional só poderá ocorrer se para a solução do caso concreto for indispensável a declaração de

¹⁹⁸ HESSE, Konrad - **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 496.

¹⁹⁹ *Idem* – **Op. Cit.** p. 497.

²⁰⁰ PIÑEIRO, Eduardo Schenato - **O Controle de Constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**, p. 96.

invalidade da norma. Se o caso concreto pode ser decidido sem a invalidade da norma alegada, ainda que com a utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição, a matéria não poderá ser levada à Corte Suprema, consoante exigência disposta no § 80 da LTC.

Entretanto, em pelo menos duas hipóteses não será cabível a apresentação, a saber, quando o processo já tiver sido apreciado por um tribunal superior e a inconstitucionalidade tiver sido rejeitada como a remessa dos autos à apreciação do julgador *a quo* ou quando a matéria já tiver sido analisada pelo próprio Tribunal Constitucional, tendo em vista que nesse último caso há efeito vinculante da decisão.²⁰¹

O objetivo dessa apresentação visa a preservar as leis do Parlamento e a segurança jurídica.

3.4.2 Do Recurso Constitucional para tutela dos direitos fundamentais

Ao disciplinar os direitos fundamentais, a Constituição Alemã assegurou que todas as pessoas poderiam se valer da via judicial para fazer cessar a violação de seus direitos fundamentais pelo poder público,²⁰² contudo isso não implica que a violação seja apenas de qualquer direito fundamental, mas também dos direitos a esses assemelhados e expressamente enumerados nos arts. 20 §4 (direito de resistência), 33, 38 (forma de eleição dos deputados do Parlamento) 101 (vedação de tribunal de exceção), 103 (exigência de anterioridade da lei penal e vedação do *bis in idem*) e 104 (exigência de que o detido tenha que ser submetido a uma audiência de custódia até o término do dia seguinte).

Os direitos fundamentais podem, em um aspecto formal, significar o direito que a lei reconhece como tal e têm natureza jurídica tanto de um direito subjetivo quanto de elementos fundamentais da ordem jurídica objetiva.²⁰³

A legitimidade cabe a qualquer cidadão ou a pessoas jurídicas com ou sem personalidade jurídica, desde que tenha sido violado um direito fundamental. No mesmo

²⁰¹ *Idem – Ibidem.*

²⁰² Art. 19, alínea 4: "Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase."

²⁰³ HESSE, Konrad - **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 230.

sentido, não se exigem qualificação especial ao autor nem tampouco a representação por advogado.

O objeto do recurso é a defesa própria contra a violação de direitos fundamentais ou outros a eles assemelhados exaustivamente indicados, podendo ser atos omissivos ou comissivos do Poder Público, aí incluídos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, podem ser atos legislativos ou mesmo sentença judicial, exigindo-se, contudo, que a parte se valha inicialmente da jurisdição ordinária dos demais tribunais e somente em casos de insucesso nestas instâncias poderá o cidadão acionar a Corte Suprema.²⁰⁴

Embora o recurso ordinário tenha caráter subsidiário, ou seja, em regra só pode ser acionado quando esgotadas as vias ordinárias, excepcionalmente o Tribunal pode afastar essa exigência, quando a demora puder causar grave prejuízo ao autor ou a matéria tiver um caráter mais geral, embora raramente o Tribunal tenha se valido dessa faculdade.²⁰⁵

Embora não seja concedida a faculdade de o Tribunal Constitucional escolher discricionariamente qual processo pode julgar, o § 93 da Lei que o regulamenta prevê a possibilidade de a admissão do recurso ser feita apenas por uma Câmara composta por 3 juízes em decisão unânime, entretanto, sendo admitido a decisão que declara a inconstitucionalidade somente pode ser dada pelo Senado.

Vale ressaltar que, além dos cidadãos, ainda é cabível recurso ordinário pelos municípios quando uma lei federal ou estadual violar sua autonomia administrativa, sendo que nessa última hipótese só cabe recurso ao Tribunal Constitucional Federal se ele não puder ser interposto no tribunal constitucional estadual.

O recurso ordinário deve ser interposto no prazo de 30 dias do ato que alegadamente produziu a violação dos direitos fundamentais ou assemelhados (§ 93 da LTC).

Por último, vale destacar que, embora o controle de constitucionalidade seja efetuado pelos Senados, a matéria pode ser levada à análise do Plenário quando um dos Senados pretender passar a julgar de forma diferente do que vem decidindo o outro Senado, conforme dispõe o § 16 da LTC, exigindo-se o quórum de deliberação de 2/3 (dois terços) dos membros de cada Senado. Essa possibilidade de afetação ao Plenário se assemelha àquela prevista no ordenamento jurídico português que confere essa faculdade ao Presidente do Tribunal, bem

²⁰⁴ *Idem* – **Op. Cit.** p. 271.

²⁰⁵ MORAIS, Alexandre de – **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** p. 165.

como a prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal Brasileiro atribuída ao relator de um processo que tramita em uma das Turmas, já anteriormente analisadas.

3.4.3 Dos efeitos das decisões em controle concreto

Quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle de constitucionalidade concreto, incluindo aquelas que são objeto do recurso constitucional, eles podem ser apreciados sob o prisma subjetivo, objetivo e temporal.

Considerando que o sistema jurídico alemão consagrou o monopólio do Tribunal Constitucional quanto à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, suas decisões no plano subjetivo não apenas vinculam todos os órgãos constitucionais da Federação e dos estados e ainda os tribunais e as autoridades, bem como todos os cidadãos (§ 31 da LTC), possuindo, assim, uma vinculação universal.²⁰⁶

No aspecto objetivo há controvérsia se a vinculação diz respeito apenas ao dispositivo da decisão, à razão de decidir (*ratio decidendi*), como ocorre nas decisões da Suprema Corte Americana, ou aos demais fundamentos que apoiam a decisão.²⁰⁷

Como o § 31, alínea 2, da LTC determina que apenas a parte dispositiva seja publicada no Diário Oficial, inicialmente tem havido divergência quanto a qual parte seria vinculante, sendo que, posteriormente, ambos os Senados acabaram por decidir que o efeito vinculante inclui tanto o dispositivo da decisão quanto as razões de decidir.

Quanto aos efeitos temporais da decisão, em regra elas têm efeito *ex tunc*, ou seja, obsta a produção de efeitos desde seu nascedouro, tendo em vista que ela seria nula. Essa decisão teria o efeito de retirar a norma do ordenamento jurídico, sem a necessidade de nenhuma outra ação estatal, como previsto no art. 52, X, da Constituição Federal Brasileira, ao exigir a edição de uma resolução do Senado Federal para que uma norma declarada inconstitucional em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal tenha sua executividade suspensa.

²⁰⁶ PIÑEIRO, Eduardo Schenato - **O Controle de Constitucionalidade: Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. p. 205.

²⁰⁷ HARTMUT, Maurer – **Contributo para o Direito do Estado**. p.232, analisa de forma mais pormenorizada as controvérsias, demonstrando que ainda não há uma decisão definitiva, principalmente porque permanece a discussão sobre o significado das expressões “fundamentos apoiadores da decisão” ou “conexão necessária ao pensar”.

Contudo, em alguns casos o Tribunal Constitucional, com suporte em princípios como a boa-fé, a segurança jurídica e a igualdade, tem abrandado os efeitos da nulidade, principalmente quando a decretação da nulidade possa provocar uma injustiça ainda maior, como, por exemplo, quando uma lei, ao regular determinada matéria, beneficia apenas um grupo ou parte dele, em detrimento dos outros, hipótese em que se recomenda o Apelo ao Legislador.

Em conclusão, poderia se afirmar que a decisão proferida em sede de controle concreto que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem força de lei²⁰⁸, razão pela qual a torna nula e a retira do mundo jurídico e que, se a inconstitucionalidade decorrer de uma decisão judicial, ela é anulada e os autos do processo devem retornar ao tribunal *a quo* para que prossiga no julgamento à luz da nova decisão do Tribunal Constitucional.

²⁰⁸ Observar que o fato de a decisão ter força de lei não significa que ele seja efetivamente uma lei em sentido formal e material, mas apenas que ela se assemelha a uma lei pelos efeitos vinculantes gerais que ela tem, conforme chama atenção HECK, Luis Afonso – **O Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**. p. 159.

CONCLUSÃO

O sistema de controle de constitucionalidade atualmente adotado no Brasil tem se mostrado de grande complexidade, com a adoção de um sistema misto²⁰⁹, na medida em que se optou por se realizar a fiscalização tanto pelo sistema difuso quanto pelo concentrado, com uma variedade enorme de institutos jurídicos acarretando, muitas vezes, a sobreposição de uns sobre outros.

No início desta pesquisa se pretendia analisar, em seus aspectos gerais, o controle de constitucionalidade em sua concepção clássica, observando sua conceituação, pressupostos ou fundamentos, classificação ou características, natureza jurídica, bem como os efeitos atribuídos a essas decisões.

Era ainda objetivo aferir as distinções entre os sistemas de controle difuso e concentrado adotados na teoria geral da fiscalização das normas e mais especificamente analisar a forma como o legislador brasileiro disciplinou a matéria, fazendo uma análise histórica das constituições brasileiras quanto ao tema, bem como identificar os institutos jurídicos adotados, os órgãos jurisdicionais competentes, os legitimados, bem como os efeitos das decisões proferidas em cada hipótese de cabimento, valendo-se, para isso, não só da doutrina, mas também da legislação específica e da jurisprudência.

Objetivava-se ainda uma análise comparativa da opção brasileira com aquelas adotadas por outros países que, de forma mais contundente, influenciaram o legislador brasileiro, a saber, os sistemas jurídicos português, americano e alemão.

Após as análises supracitadas, foi possível constatar que a fiscalização das normas acolhidas no sistema jurídico brasileiro o torna um dos mais complexos do mundo, na medida em que adotou um modelo misto, ou seja, que assegura a possibilidade de que o controle de constitucionalidade possa ser efetuado tanto no modelo difuso, em que a competência é atribuída a todos os juízes e tribunais do país quando da análise de um caso concreto, quanto no modelo concentrado, cuja competência é assegurada apenas ao Supremo Tribunal Federal em análise abstrata de normas.

²⁰⁹ MORAIS, Blanco de Moraes – **Justiça Constitucional**, Tomo I. p. 300.

Embora o Supremo Tribunal Federal não seja uma típica Corte Constitucional, ele tem natureza dúplice, ou seja, funciona como se Tribunal Constitucional fosse e ainda é órgão de Poder Judiciário.

A complexidade não reside apenas em se adotar um sistema misto de fiscalização, como fazem outros países, mas principalmente pela adoção de muitos institutos jurídicos previstos para serem utilizados por apenas um dos modelos, ou no difuso ou no concentrado, mas que, por sua amplitude, acabam por gerar uma sobreposição de uns sobre os outros, o que, ao fim e ao cabo, acaba por eliminar a justificação teórica de existência de tais sistemas.

Nesse sentido, torna-se possível que tanto no modelo difuso quanto no concentrado, seja possível o controle de normas de forma preventiva ou sucessiva e por ação ou por omissão.

No que tange aos efeitos subjetivos, o sistema brasileiro atual permite uma ampliação quase inigualável, na medida em que os efeitos de uma decisão proferida no controle difuso em análise de um caso concreto podem se restringir às partes, ou se estender *ultra partes*, ou até mesmo ter efeito vinculante *erga omnes*.

No campo temporal, deixou a tradição de aplicação dos efeitos apenas *ex tunc* (retroativo), para permitir que seja *ex nunc* ou mesmo fixado qualquer outro prazo no futuro (*in futuro*).

A fixação de um campo tão vasto para a aplicação do controle de fiscalização, aliado ao fato de os ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal serem indicados apenas pelo Presidente da República, ainda que dependa da aprovação do Senado Federal, pode acarretar naquilo que se vem sendo denominado de “Império das Togas”, principalmente considerando que a atual Constituição Brasileira é muito analítica, composta por centenas de artigos, e o fato de que em diversos casos a Suprema Corte tem admitido até mesmo o controle quando a alegada violação é apenas indireta ou oblíqua, hipótese que permite que praticamente todas as matérias se revistam de cunho constitucional.

Mesmo com toda essa estrutura, não há nenhum instituto que permita o recurso direto à Corte Suprema, ou seja, sem o esgotamento das vias ordinárias. Dessa forma, não é incomum que uma questão constitucional seja discutida nas instâncias inferiores por muitos anos e, após o esgotamento das vias ordinárias, chegue ao Supremo Tribunal Federal e, por intermédio da aplicação do instituto da Repercussão Geral, seja suspenso não só esse processo,

mas todos aqueles que abordem a mesma matéria e estejam em tramitação no país inteiro por mais um longo período, gerando mais morosidade e insegurança jurídica.

Por outro lado, Portugal, que também adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade de normas,²¹⁰ fez opções distintas daquelas escolhidas pelo legislador brasileiro, na medida em que manteve o controle difuso com suas características tradicionais, ou seja, tem aplicação apenas de forma sucessiva (repressiva), preponderantemente com efeito *ex tunc* (retroativo)²¹¹ e vinculando apenas as partes envolvidas no processo objeto do caso concreto.

O ordenamento jurídico português, embora mais conservador que o brasileiro na manutenção do controle difuso nos moldes clássicos, alberga institutos que permitem a questão constitucional ser rapidamente levada à apreciação do Tribunal Constitucional, por intermédio do recurso constitucional, sem o obrigatório esgotamento das vias ordinárias.

Com igual desiderado, a possibilidade de que a análise da matéria seja deslocada das Secções diretamente para o Plenário do Tribunal Constitucional contribui não só para a celeridade, mas também para garantir mais segurança jurídica.

A possibilidade de transmutação do sistema difuso para o concentrado com Força Obrigatória Geral, quando a matéria já tiver sido apreciada e declarada a inconstitucionalidade na análise de pelo menos três casos concretos, privilegia a clássica separação entre os sistemas difuso o concentrado e ainda garante celeridade na solução da questão constitucional.

Não se ignora, contudo, que já há na doutrina portuguesa quem defenda a criação de novas modalidades de acesso, como, por exemplo, o recurso de amparo e até mesmo a aplicação da modulação dos efeitos da decisão, a exemplo do que já ocorre no Brasil, embora em Portugal não se tenha encontrado nesta pesquisa decisões de tribunal português nesse sentido.

Em relação ao sistema americano, cuja organização judiciária é dividida no âmbito federal e estadual e muito semelhante ao modelo adotado no Brasil, embora em regra a decisão da Suprema Corte tenha efeitos que vinculam os demais juízes, preserva a clássica

²¹⁰ MORAIS, Blanco de Moraes – **Justiça Constitucional**, Tomo I, p. 346

²¹¹ Embora a maioria da doutrina entenda não ser possível a modulação em fiscalização concreta, há quem defenda a aplicação do disposto no art. 282, nº, 4º, da Constituição Portuguesa no particular, seja no sistema difuso ou no concentrado. Nesse sentido, MEDEIROS, Rui – **A Decisão de Inconstitucionalidade**. p. 743.

noção de que os efeitos são *ex tunc*²¹², não seguindo o mesmo caminho trilhado no Brasil que, como se viu, tem admitido ampla manipulação dos efeitos.

Já em relação ao sistema alemão, embora o sistema difuso seja muito simplificado se comparado ao regime brasileiro, tendo em vista ser tradição predominante o controle concentrado, há mecanismos que permitem acesso direto à Suprema Corte, como ocorre com o recurso constitucional (chamado de recurso de amparo por alguns doutrinadores), sem se observar também a manipulação ampla dos efeitos da decisão.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema jurídico misto de fiscalização de normas, sendo que mesmo no difuso se mostra extremamente complexo, com manipulação dos efeitos que tornam os sistemas híbridos sem precedentes na legislação comparada e de pouca eficiência.

²¹² Embora essa seja a regra, não se ignora que mesmo lá também há controvérsia e defesa de uma maior flexibilização, principalmente quando a nova decisão superar o entendimento anterior (Overruling), hipótese que justificaria a aplicação apenas prospectiva da nova orientação. Cf. MEDEIROS, Rui – **A Decisão de Inconstitucionalidade**. p. 743, em que há uma análise mais abrangente sobre os casos em que a Suprema Corte tem flexibilizado a aplicação dos efeitos retroativos de certas decisões.

BIBLIOGRAFIA

A) FONTES DOCUMENTAIS

CÓDIGO de Processo Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União** (17-03-2015), p.1. [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO Política do Império do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824**, p. 7. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil, de 25 de março de 1824. **Diário Oficial** (24-02-1891), p.1. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. [Em linha] **Diário Oficial** (16-07-1934). p.1. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. [Em linha]. **Diário Oficial** (10-11-1937), p.1. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial** (19-09-1946), p.1. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. [Em linha] **Diário Oficial** (24-01-1967), p.1. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. [Em linha] **Diário Oficial da União** (05-08-1988), p.1. [Em linha]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 25 de abril. **Diário da República, Série I**, n.155 (12-08-2005), p.4642-4686.

LEI nº 4.717/65. **Diário Oficial**, (05-07-65), p. 1.

LEI nº 7.347/85. **Diário Oficial da União**, (25-07-85), p. 10.649.

LEI nº 8.078/905. **Diário Oficial**, (12-09-90), p. 1.

LEI nº 9.868/99. **Diário Oficial da União, Seção I**, (11/11/99), p. 1-7

LEI nº 28/82. **Diário da República, Série I**, n. 264 (15-11-82), p.180-193.

SUPREMO Tribunal Federal – Acórdão proferido no processo RE 190.728. Rel. Ministro Ilmar Galvão. Diário da Justiça de 30-05-1997.

SUPREMO Tribunal Federal - Acórdão proferido no processo REC 554-2/MG. Rel. Maurício Correia. Diário da Justiça. Seção I, de 26-11-1997.

SUPREMO Tribunal Federal - Acórdão proferido no processo REC 1.733/SP Rel. Celso de Melo. Diário da Justiça. Seção I. Informativo nº 212 do STF, [em linha] <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.aspxs1=RCL+602&pagina=4&base=INFO>.

SUPREMO Tribunal Federal - Acórdão proferido no processo MI 283-5. Rel. Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça de 27-03-1992.

SUPREMO Tribunal Federal - Acórdão proferido no processo RE 190.728. Rel. Ministro Ilmar Galvão. Diário da Justiça de 30-05-1997.

SUPREMO Tribunal Federal - Acórdão proferido no processo AG-RE 524.546. Rel. Ministro Teori Zavaski. Diário da Justiça Eletrônico de 28-08-2013. [Em linha]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000199385&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 24 ago. 2018.

SUPREMO Tribunal Federal - Súmula Vinculante nº 10, [Em linha] <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>, consultado em 07/05/2018, as 12h35min. Acesso em: 24 ago. 2018.

TRIBUNAL Constitucional - Acórdão 200/98 proferido Processo Nº 256/97, Plenário, Rel.: Cons^a Maria Fernanda Palma. [Em linha], disponível no sítio <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980200.html>. Consultado em 29/11/2016.

B) FONTES BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walter de Moura – **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARAUJO, António de – **O Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1997.

ARRABAL, Alessandro Knaesel – **Diferença entre Definição e Conceito** [Em linha]. Disponível no sítio <http://www.praticadapesquisa.com.br/2015/06/diferenca-entre-definicao-onceito.htm>. Consultado em 29/11/2016. Acesso em: 24 ago. 2018.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de – **Controle Judicial e Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro e Comparado: Efeito Erga Omnes de seu Julgamento**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARROSO, Luís Roberto – **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

———. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTO, Antonio Carlos Pereira de Lemos - **Precedentes Vinculantes e Jurisdição constitucional: Eficácia transcendente das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993.

———. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital – **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro – **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984

- CUNHA JUNIOR, Dirley da – **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JUSPODVM, 2016.
- DELGADO, Maurício Godinho – **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2003.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil - processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2008.
- FERREIRA, Luís Pinto – **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 6. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1983.
- FONSACA, Guilherme da; DOMINGOS, Inês – **Breviário de Direito Processual Constitucional: Recurso de Constitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- GOUVEIA, Jorge Barcelar – **Manual de Direito Constitucional**. vol. II, 3. ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2009.
- HECK, Luis Afonso – **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- . **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. 2. ed. Revista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- HESSE, Konrad - **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- KILDARE, Gonçalves Carvalho – **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2006.
- MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MAURER, Hartmut – **Contributo para o Direito do Estado**. Tradução: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- MEIRELLES, Hely Lopes - **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. 21. ed. atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira – **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- . **Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar *et al.* – **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge – **Contributo par uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1996.
- . **Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**, Tomo VI. Coimbra: Coimbra, 2005.
- MORAIS, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- . **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade**, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa - **Novo processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- NAVAS, Francisco José Sospedra – **Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales**. Navarra: Thomson Reuters, 2011.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana – **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- PALU, Oswaldo Luiz – **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.
- PIÑEIRO, Eduardo Schenato - **O Controle de Constitucionalidade: Direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2012.
- POLETTI, Ronaldo – **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- ROSÁRIO, Pedro do Trovão – O Recurso Constitucional de Amparo. **Jurismat**. Portimão, nº 1, 2012, p. 43/63. [Em linha]. Disponível no sítio <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/3871/O%20Recurso%20Constitucional%20de%20Amparo.pdf?sequence>. Acesso em: 21 set. 2018
- SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de – **O Valor Jurídico do Ato Inconstitucional**. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.
- VELOSO, Rodrigo Cunha – **Análise de algumas problemáticas sobre os efeitos da repercussão geral no controle difuso de constitucionalidade**. Olinda: Livro Rápido, 2014.